

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA DISMINUCIÓN DE LAS GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES**

OLGA MERCEDES REYES SOLARÉS

GUATEMALA, MARZO 2021

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA DISMINUCIÓN DE LAS GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OLGA MERCEDES REYES SOLARES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo 2021

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL I, en sustitución del Decano

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos

Vocal: Lic. Rolando Alberto Morales

Secretario: Lic. Franklin Azurdia

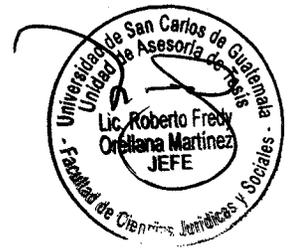
Segunda Fase:

Presidente: Licda. Ileana Noemí Villatoro

Vocal: Lic. Otto Daniel Ardón Medina

Secretario: Lic. Héctor Efraín Veliz López

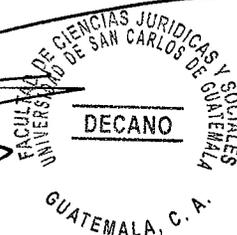
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 17 de febrero de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante OLGA MERCEDES REYES SOLARES, titulado EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA DISMINUCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.

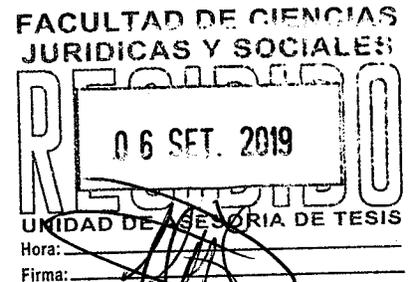


Lic. César Augusto García Vásquez
Abogado y Notario



Guatemala, 27 de agosto de 2019

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Tengo el agrado de dirigirme a usted con el objeto de manifestarle que en cumplimiento a la resolución de la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha 05 de marzo de 2015, asesoré el trabajo de tesis presentado por la bachiller: **Olga Mercedes Reyes Solares**, quien se identifica con el carné estudiantil 199917512 y que elaboró el trabajo de tesis intitulado: **EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA DISMINUCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**.

Habiendo asesorado la investigación encomendada, es de mi agrado hacer de su conocimiento que:

1. Contiene un extenso contenido jurídico de derecho penal y de la problemática actual en cuanto a que el derecho penal del enemigo impacta de manera negativa en las garantías que la Constitución Política de la República de Guatemala protege, donde se comprueba claramente que en la práctica penal no existe la certeza jurídica que las normas nacionales pregonan.
2. El procedimiento para la elaboración de la investigación incluyó la técnica de fichas bibliográficas y documental, de la misma forma, se hizo uso del método de investigación sintético, toda vez que se establecieron los fundamentos legales por los cuales es de suma importancia para toda la sociedad, que las garantías constitucionales prevalezcan sobre los efectos que el derecho penal del enemigo genera en la actualidad.
3. La relación que se hizo en el desarrollo de la investigación, reúne los requisitos indispensables para el estudio científico del derecho penal guatemalteco, acogiendo información actualizada e idónea para el desarrollo de la tesis, apoyándose en la bibliografía necesaria de acuerdo con el tema investigado.

1.º Avenida 6-56 zona 02, San José El Placer, Villa Nueva

Teléfonos: 66644736 - 30002203

Email: bufetegarciaydeleon@gmail.com



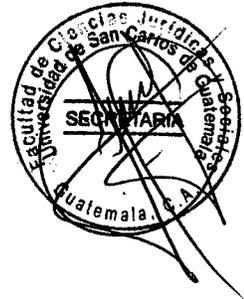
4. La bibliografía de la cual se hizo uso fue la apropiada y consecuentemente se acopló a la conclusión discursiva, de manera que al revisar el contenido capitular de la tesis, le indiqué a la bachiller **Olga Mercedes Reyes Solares** múltiples modificaciones en cuanto a la introducción, capítulos y citas bibliográficas relacionados con el tema, considerando que eran imperiosos y la sustentante estuvo de acuerdo con su realización.
5. De forma personal me encargué de guiar a la bachiller **Olga Mercedes Reyes Solares** durante cada una de las fases del proceso de investigación científica, haciendo uso de la metodología investigativa que comprueba la hipótesis planteada, con la realidad que se vive actualmente en la legislación guatemalteca en cuanto a las garantías constitucionales y su relación con el derecho penal del enemigo.

El trabajo de tesis evidentemente cumple con los requisitos legales del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, haciendo saber que con la bachiller **Olga Mercedes Reyes Solares** no existe parentesco dentro de los grados de ley, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, y así pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el tribunal examinador en el examen público de tesis; previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogada y Notaria.

Atentamente,

Lic. César Augusto García Vásquez
Asesor de Tesis
Colegiado 3585

LIC. CESAR AUGUSTO GARCIA VASQUEZ
ABOGADO Y NOTARIO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 05 de marzo de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, CESAR AUGUSTO GARCIA VASQUEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
OLGA MERCEDES REYES SOLARES, con carné 199917512,
 intitulado EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA DISMINUCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

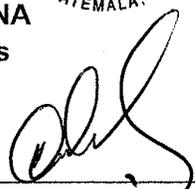
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

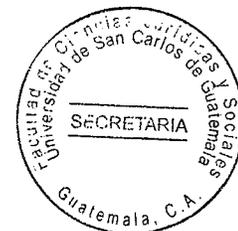

DR. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 02 / 07 / 2019. f) _____


 Asesor(a)
LIC. CESAR AUGUSTO GARCIA VASQUEZ
ABOGADO Y NOTARIO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por protegerme con su inmenso amor, abrazarme el alma en momentos de tribulación y por permitirme ir a cada paso de mi vida, en busca de la sabiduría.
- A MIS PADRES:** Octavio Reyes Solares y Amelia Del Carmen Solares Palencia de Reyes, por ser mis héroes en la vida, mi fortaleza, mi guía, por ser unos padres ejemplares y brindarme siempre todo su amor, su apoyo, su ternura, su ejemplo de valentía y su confianza en la vida. Gracias por estar a mi lado en todo momento y ser unos padres maravillosos.
- A MIS HERMANOS:** Thelma Patricia, José Manuel, Luis Felipe, Edgar Gustavo; por luchar juntos en la vida, por apoyarme en cada momento y protegerme en la vida.
- A MI HERMANITA (+):** Rosa Amelia, por acompañarme desde el cielo en todos los días de mi vida, llenándola de recuerdos maravillosos.
- A MI PAREJA:** Lester Ricardo Aldana Paniagua, por todo su amor, apoyo, respeto y cariño incondicional y por luchar juntos todas las batallas de mi vida.
- A MIS ABUELITOS (+):** Octavio Reyes Monzón, María Del Refugio Solares Del Cid y Luis Alfonso Solares; por ser la raíz y base fundamental de mi familia, por sus consejos, amor y oraciones desde el cielo.
- A MI ABUELITA:** María Romelia Palencia Viuda de Solares, por ser un ejemplo de amor, dedicación, paciencia y por todas sus oraciones ofrecidas a Dios por mi vida.
- A MIS AMIGOS:** Por el apoyo que me han brindado, en los buenos y malos momentos de mi vida.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi *alma mater*, mi segundo hogar y mi orgullo.



A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias por abrirme las puertas del conocimiento y permitirme adentrarme en el mundo del derecho.



PRESENTACIÓN

En la legislación guatemalteca el derecho penal del enemigo se encuentra inmerso en algunos de los cuerpos legales que actualmente rigen la conducta de las personas que se localizan dentro del territorio de Guatemala, con la excusa de brindar seguridad antes que se cometan hechos antijurídicos, por lo que reprime la actuación de las personas que puedan representar un peligro y de esta forma mantener el bien común en la ciudadanía. Derivado de esto, la investigación contiene las posibles soluciones para salvaguardar las garantías constitucionales ante el derecho penal del enemigo.

En este orden de ideas, se infiere que esta tesis pertenece a la materia del derecho penal. Así también es de tipo cualitativa, puesto que la misma se realizó, desde las temáticas más generales hasta las más específicas, pasando por los tópicos derecho penal doctrinarios para centralizar la investigación en la aplicación del derecho penal del enemigo en el ámbito guatemalteco.

Tomando en cuenta que las leyes en materia penal abarcan todo el territorio de Guatemala, el trabajo investigativo se hizo sobre el mismo espacio geográfico y del año 2009 al 2013. El objeto de estudio fue la influencia del derecho penal del enemigo sobre las garantías constitucionales; y el sujeto, las personas a las que se les causa algún detrimento por la aplicación de este segmento del derecho penal. Teniendo en consideración lo anterior, la investigación representa una fuente de conocimiento de cómo el derecho penal del enemigo impacta de manera negativa en las garantías que la Constitución Política de la República de Guatemala protege.



HIPÓTESIS

En Guatemala, la aplicación de la corriente del derecho penal del enemigo que encasilla a las personas en dos clases: el ciudadano y el enemigo, tiende a disminuir las garantías constitucionales de todos los guatemaltecos, en la medida que atenta contra los principios rectores del derecho penal más importantes, como el principio de igualdad, de presunción de inocencia y de defensa; que de manera directa restringen las garantías que la Constitución Política de la República de Guatemala y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos fomentan en la actualidad.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Del estudio que se deriva, se logró validar la hipótesis y quedó demostrado que es imperioso, que el Estado de Guatemala, abroge las leyes que llevan implícitas los cánones del derecho penal del enemigo, tomando en consideración, que estos preceptos disminuyen de manera significativa, las garantías que históricamente ha defendido la Constitución Política de la República de Guatemala.

En el presente estudio se utilizó, el método científico socio-jurídico como procedimiento lógico, partiendo del método deductivo y utilizando el método analítico-sintético; para establecer la relación que existe entre, los habitantes del Estado de Guatemala y la influencia del derecho penal del enemigo, en la legislación guatemalteca.

Para la comprobación de la hipótesis, se utilizaron técnicas de investigación, como observación indirecta, no estructurada, no participante, individual y en el ámbito de la vida real y cotidiana; utilizando como medio de recolección, la toma de notas. También se utilizó la técnica de investigación documental, como libros, periódicos, revistas, documentales biográficos y de hechos reales; como medio de recolección se utilizaron fichas bibliográficas y fichas de trabajo. En el mismo sentido se utilizó la técnica de entrevista no estructurada, en conversación libre; con personas que tuvieron experiencias personales o familiares, con respecto al tema y monitoreo diario a redes sociales, observando las reacciones de la sociedad, en hechos relacionados con este estudio; como medio de recolección, se tomó nota de los aspectos relevantes.

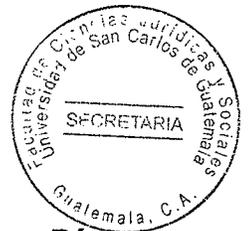


ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1 Definición del derecho penal.....	1
1.2 Características del derecho penal.....	6
1.2.1 Ciencia social.....	6
1.2.2 Normativo.....	7
1.2.3 Positivo.....	8
1.2.4 Derecho público.....	9
1.2.5 Valorativo.....	10
1.2.6 Finalista.....	11
1.2.7 Sancionador.....	12
1.2.8 Preventivo.....	13
1.2.9 Rehabilitador.....	15
1.3 Fuentes del derecho penal.....	16
1.3.1 Reales.....	18
1.3.2 Históricas.....	19
1.3.3 Formales.....	20
1.3.4 Directas.....	22
1.3.5 Indirectas.....	24
1.4 Principios del derecho penal.....	26
1.4.1 Legalidad.....	27
1.4.2 Intervención mínima.....	29
1.4.3 Culpabilidad.....	31



CAPÍTULO II

Pág.

2. Relación del derecho penal con otras ciencias.....	35
2.1 Derecho constitucional.....	36
2.2 Derecho civil.....	38
2.3 Derecho internacional.....	41
2.4 Derecho administrativo.....	45

CAPÍTULO III

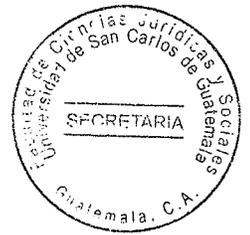
3. Derecho penal del enemigo.....	49
3.1 Definición.....	49
3.2 Antecedentes.....	54
3.3 Características.....	63
3.3.1 De acuerdo a la afectación del bien jurídico tutelado.....	63
3.3.2 De acuerdo a la proporción de la pena.....	65
3.3.3 De acuerdo a las garantías procesales.....	67
3.4 El derecho penal del enemigo y su relación con los principios y garantías constitucionales.....	68

CAPÍTULO IV

4. El derecho penal del enemigo y la disminución de las garantías constitucionales	73
4.1 Determinación de la posible disminución de las garantías constitucionales en la aplicación del derecho penal del enemigo.....	75
4.2 La urgente necesidad de reformar las normas ordinarias de tipo penal inspiradas en el derecho penal del enemigo.....	77



4.3 La protección de los derechos humanos de los guatemaltecos como fin supremo.....	88
4.4 El fortalecimiento del estado de derecho como una necesidad urgente.....	95
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103



INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Guatemala, protege de manera fehaciente una variedad de garantías, ante cualquier transgresión que se puede suscitar, en todos los ámbitos jurídicos y sociales; incluida la materia del derecho penal, con el propósito de garantizar los derechos procesales fundamentales de las personas, como el debido proceso, la presunción de inocencia, la legítima defensa, entre otros; de manera que es una obligación de todos los sectores del Estado, fomentar la protección dichas garantías constitucionales.

A pesar de lo preceptuado por la norma suprema guatemalteca, sobre las garantías constitucionales, existen algunas leyes penales, que contienen preceptos del derecho penal del enemigo y en consecuencia disminuyen o se contraponen a dichas garantías; ocasionando una multiplicidad de consecuencias negativas, para las personas involucradas en un litigio penal, puesto que el derecho penal del enemigo, conlleva un trato desigual para los delincuentes, que se puede tomar como discriminador y que hace mal uso de la analogía, por tal motivo es que se realiza la investigación, que a su vez, la reviste de importancia, para el estudio del derecho penal del enemigo en la legislación de Guatemala.

El objetivo general se pudo alcanzar, puesto que finalizada la investigación; quedó demostrado que el derecho penal del enemigo, dentro de la legislación guatemalteca conlleva pautas, que a todas luces disminuyen las garantías protectoras de los ciudadanos, que emanan de la Constitución Política de la República de Guatemala. De esta manera, se demuestra la importancia que el Estado, abrogue todas las normas que tengan implícitos, los cánones del derecho penal del enemigo.

La hipótesis se comprobó, tomando en cuenta que al concluirse la investigación se confirmó que, dentro de la legislación guatemalteca, el derecho penal del enemigo no tiene cabida, pues tiende a contraponerse al espíritu de las leyes ordinarias y más aún a las garantías que protege la Constitución Política de la República de Guatemala.



La tesis se integra por cuatro capítulos: El primero detalla el derecho penal como ciencia, en el segundo se describe la relación del derecho penal con otras ciencias; en el tercero se desarrolla al derecho penal del enemigo y en el cuarto se plantea el derecho penal del enemigo y la disminución de las garantías constitucionales.

Para llevar a cabo la investigación, se utilizó el método deductivo, ya que se analizó cada uno de los temas, iniciando desde sus umbrales hasta su aplicación en la actualidad; desde lo más general hasta lo más específico. En conjunto con el método anterior, se hizo uso del método sintético, con la finalidad de estudiar todas las instituciones jurídicas que complementan al derecho penal de enemigo.

Se utilizaron las técnicas: Bibliográfica y documental, con el propósito de obtener mayor información de los temas principales de cada capítulo, para unificarlos con los lineamientos del derecho penal del enemigo, en la doctrina nacional e internacional.

En este orden de ideas, el derecho penal del enemigo, atenta contra de los principios y garantías constitucionales, dado que la norma suprema se encuentra jerárquicamente; por encima de cualquier ley ordinaria, por lo que ninguna norma ordinaria o reglamentaria puede disminuir o anteponerse a la Constitución Política de la República de Guatemala; de manera que, es imperioso que se abroge cada una de las normas, que en su esencia se encuentren inspiradas en el derecho penal del enemigo.



CAPÍTULO I

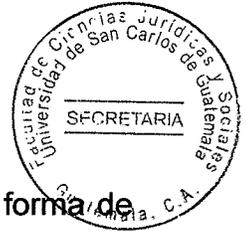
1. Derecho penal

Es la ciencia que se encarga del estudio de las conductas de los hombres en sociedad, que se compone de una serie de principios, garantías, conceptos y teorías, que estudian al delito como acción típica, antijurídica, culpable y punible; al delincuente y los actos de éste, que produzcan un daño a los bienes jurídicos tutelados por la norma jurídica, así como la pena, como consecuencia jurídica del daño ocasionado por la consecución del delito y sus repercusiones en la sociedad.

1.1 Definición del derecho penal

Desde los inicios de la humanidad, históricamente se conoce la necesidad del ser humano por socializar, por tener un sentido de pertenencia a un determinado lugar, a un determinado grupo, relacionándose mutuamente; pero muchas veces conviviendo en un ambiente hostil, lleno de peligros y logrando con el paso del tiempo evolucionar, hasta lo que hoy en día se conoce como el ser humano de la era moderna.

Pero para ello, el ser humano, ha tenido que superar diversas etapas, por lo que ha necesitado de herramientas y procesos, tanto materiales como intelectuales, que le han permitido establecerse en el mundo material, logrando crear sociedades de personas organizadas, que conviven y cohabitan en determinado espacio y tiempo, naciendo así el Estado y el derecho.



En esa búsqueda inalcanzable por lograr el bien común, el Estado busca la forma de contener las voluntades y los ánimos de un ser humano egoísta y ensimismado en el yo, que ha ocasionado conflictos entre sus semejantes y que no permite esa convivencia pacífica entre los seres humanos, tal como lo afirma Francesco Carnelutti diciendo: “para distinguir al hombre de los demás animales, acaso la fórmula más satisfactoria fuera decir que el hombre no está nunca contento. Cuanto más tiene, más quisiera tener. Por eso es que los hombres, como las naciones, se hacen la guerra.”¹

En tal sentido, el hombre que es un ser social por naturaleza, no puede estar solo; pero en la interrelación con sus semejantes, se envuelve en conflictos que pueden tener diversos motivos pero que deben ser dirimidos, para que la paz social no se vea afectada por esas diferencias.

Continúa manifestando el autor Francesco Carnelutti que: “el secreto del derecho está precisamente en que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran. Como la guerra se resuelve en el desorden, así el orden se resuelve en la paz. Los hombres se hacen la guerra, pero necesitan vivir en paz.”² Es en estos conflictos, donde el derecho encuentra su razón de ser.

Tal como lo afirman los autores José Francisco De Mata Vela y Héctor Aníbal De León Velasco “es sin lugar a dudas el Derecho Penal, la disciplina más vieja, cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como:

¹ **Cómo nace el derecho.** Pág. 11

² **Ibíd.** Pág.13



su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad, y su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás; hasta llegar a la protección del Estado y de la sociedad en la medida en que se tutele y garantice la convivencia humana.”³

Es menester, conocer el significado, concepto y definición de esta rama del derecho y así establecer todos los aspectos que describen y explican en que consiste el derecho penal en su conjunto y poder esbozar una definición que abarque todos sus elementos.

La mayoría de autores afirman que el derecho penal puede ser definido en base a dos puntos de vista, siendo el primero, desde el punto de vista subjetivo o jus puniendi que consiste en la facultad que tiene el Estado, como único ente represivo, castigador y encargado de la aplicación de la justicia, de determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad, que deberán aplicarse a todo aquel, que contravenga las normas jurídicas, establecidas previamente por el mismo Estado con la finalidad de lograr la paz social y la convivencia pacífica entre los seres humanos.

Como bien lo determinan los autores De Mata Vela y De León Velasco “Es la facultad de imponer penas que tiene el Estado como único ente soberano (Fundamento filosófico del Derecho Penal); es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.”⁴

³ **Derecho penal guatemalteco.** Tomo I. Pág. 3

⁴ **Ibíd.** Pág. 4



En la definición anterior, el elemento fundamental es aquella potestad de castigar, **que** como soberano solamente le compete al Estado, por lo cual ninguna persona individual o jurídica aparte del Estado, puede arrogarse esa función, tal como lo menciona el autor Josué Felipe Baquix: “el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado se concretiza a través de la regulación y sanción de las conductas humanas penalmente relevantes, a través del Derecho Penal, que se materializan por la vía del proceso penal.”⁵

Es el Estado quien establece los bienes jurídicos que va a proteger, los cuales deben ser relevantes para el derecho penal y para la sociedad en su conjunto. El otro punto de vista, desde donde puede definirse el derecho penal, corresponde al punto de vista objetivo jus poenale, que como bien lo definen De Mata Vela y De León Velasco “es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva (...)”⁶

Todo poder debe tener un límite, esto debido a que un poder absoluto, corre el riesgo de caer en anarquía y abusos que son contrarios a la armonía y al fin supremo, para el cual ha sido conferido.

El ordenamiento jurídico de tipo penal, contiene normas de carácter coercitivo, que se encuentran bien determinadas y estrictamente delimitadas, que permiten la actuación del

⁵ **Derecho procesal penal guatemalteco.** Pág. 15

⁶ **Op. Cit.** Pág. 4



Estado, pero con límites concretos; pues en caso contrario, los derechos y garantías fundamentales de las personas, podrían verse violentados y afectados en gran medida, si no se limita la potestad punitiva. Como lo afirma el autor español Ignacio Berdugo Gómez de la Torre: “El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas y medidas de seguridad a quienes los cometen.”⁷

En consecuencia, se puede definir al derecho penal como, la potestad exclusiva que tiene el Estado, para proteger los bienes jurídicos de la sociedad, creando normas de tipo penal, que contengan figuras hipotéticas, en forma de actos concebidos en abstracto, de manera prohibitiva, de prevención general y de establecer la sanción a aplicar en caso de transgresión, para restablecer el orden y la paz social, pero con límites a su poder castigador. Los límites son el respeto a los principios y garantías, que le son inherentes a los seres humanos en un Estado democrático.

El Estado, es el encargado de determinar cuáles son las conductas consideradas relevantes para su atención y aplicación; por lo anterior la Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo 01 “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.”

El Estado es el encargado de velar por cada uno de sus habitantes y lograr que cada persona, pueda gozar de los derechos que le son inherentes.

⁷ Curso de derecho penal. Parte general. Pág.1



1.2 Características del derecho penal

La estabilidad de una sociedad, depende del orden que emana del derecho y del Estado, donde no puede existir, el uno sin el otro. El ser humano es un ser social por naturaleza, que no puede, ni debe vivir en el desorden o el caos, pues esto conlleva una enorme insatisfacción, que se ve reflejada en innumerables actos contrarios a sus propios ideales, por tanto, el Estado es el encargado de velar por el orden de la sociedad, pero no puede realizarlo solo, para ello se envuelve en una relación dependiente con el derecho.

1.2.1 Ciencia social

El derecho penal es una ciencia social, por estar determinada a regular los actos de los hombres en sociedad, cuyo campo de acción, es el del deber ser, es decir las conductas que los hombres realizan, pero en un ambiente abstracto, figurativo, como bien lo determinan De Mata Vela y De León Velasco “ en las ciencias naturales el objeto de estudio es “psico-físico; mientras en las ciencias sociales es el producto de la voluntad creadora del hombre; el método de estudio de las ciencias naturales es “experimental”, mientras en las ciencias sociales o culturales es “racionalista”, “especulativo” o “lógico abstracto” en las ciencias naturales la relación entre fenómeno es “causal” (de causa a efecto); mientras que en las ciencias sociales o culturales es “teleológica” (de medio a fin).”⁸

⁸ Op. Cit. Pág. 10



El derecho penal se enfoca en conductas, en determinar cuáles de esas conductas producen relevancia, en el mundo de lo jurídico, que puedan afectar los bienes jurídicos de la sociedad, así también, determina el alcance de dichas conductas humanas, para valorarlas y determinar las sanciones correspondientes. El derecho penal es una ciencia social, por estar enfocado a resolver los conflictos que surjan entre los hombres miembros de una sociedad.

1.2.2 Normativo

El derecho penal está conformado por un conjunto de principios, doctrinas, teorías, instituciones y normas jurídicas de carácter prohibitivo, que regulan la conducta de las personas dentro de la sociedad.

El derecho se encarga de ordenar las conductas de los seres humanos, como lo describe el autor Francesco Carnelutti, al afirmar "(...) el derecho sirve para ordenar la sociedad. La idea del orden se resuelve en la idea de la estabilidad. El caos es esencialmente inestable. Entre la sociedad en desorden y la sociedad ordenada hay la misma diferencia que entre un montón de materiales y un edificio. Un edificio tiene el carácter de la estabilidad. Estable es algo que está. Por eso, la sociedad jurídicamente ordenada se llama Estado."⁹ Con ello se establece pues, que el derecho penal es eminentemente normativo, debido a que está compuesto por un conjunto de normas jurídicas, que buscan regular la conducta de las personas, para ordenar la sociedad.

⁹ Op. Cit. Pág. 67



La ley contiene prohibiciones, que los habitantes de la República de Guatemala deben respetar. Solo la ley determina los actos prohibidos, en tal virtud, únicamente el Estado de Guatemala, es el responsable de determinar cuáles actos constituyen delito, cuales sanciones se deben imponer; siempre y cuando se respeten las garantías y derechos que se encuentran establecidos en la ley.

1.2.3 Positivo

Las normas jurídicas vigentes, pueden ser no positivas, situación que ocurre, cuando una norma jurídica, que puede aplicarse en cualquier momento, no se aplica por diversas razones. Es decir, que la norma existe, pero no se aplica y queda relegada al olvido, por su falta de aplicación. Caso contrario ocurre con las normas vigentes positivas, pues estas normas se encuentran dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, pueden aplicarse en cualquier espacio y tiempo.

Por ser el derecho penal, un derecho eminentemente normativo, toda conducta prohibida debe estar contenida en la ley, pero para que sea positiva debe aplicarse como lo establecen los autores De Mata Vela y De León Velasco: "Es de carácter positivo, porque es fundamentalmente jurídico, ya que el Derecho Penal vigente es solamente aquel que el Estado ha promulgado con ese carácter."¹⁰ Situación que si ocurre con esta rama del derecho, debido a que en este tiempo, a diario ocurren transgresiones a la ley penal, por lo cual el Organismo Judicial, quién es el encargado de llevar a la practica la aplicación

¹⁰ Op. Cit. Pág. 11



de las normas penales, debe cumplir con la aplicación de la norma jurídica **pero** respetando toda la serie de garantías fundamentales, que se establece en la ley. Con base a lo anteriormente expuesto, se afirma que el derecho penal es un derecho de actualidad.

1.2.4 Derecho público

Una característica fundamental del derecho penal, es el lugar o espacio al que pertenece, dentro de la gran división del derecho, en derecho público y derecho privado, tal como lo afirma el autor Hans Kelsen al afirmar que: “El derecho privado supone la relación entre sujetos situados al mismo nivel, entre sujetos jurídicamente equivalentes, mientras que el derecho público implica la relación entre un sujeto subordinado y otro superior, por tanto entre dos sujetos uno de los cuales tiene más valor jurídico que el otro. La típica relación de derecho público es la existente entre el Estado y el súbdito.”¹¹ En este orden de ideas es importante resaltar que el derecho penal es de pertenencia al derecho público, por ser un derecho de producción eminentemente estatal.

Esta situación se representa, en la exclusividad y potestad única que tiene el Estado, para producir normas jurídicas, que determinan, que conductas son consideradas dañinas para la sociedad y cuales conductas son irrelevantes, regulando la sanción correspondiente, en una forma de prevención general para todos los individuos que se

¹¹ Teoría pura del derecho. Pág. 114



encuentran en su territorio, cuyo mensaje implícito corresponde, la abstención de realizar determinada conducta, dado que, en caso contrario, tendrá una consecuencia jurídica como lo es la pena o medida de seguridad establecida en la norma penal. En consecuencia, el Estado es el único aparato con potestad para la aplicación del derecho penal, lo cual lo coloca como una rama de derecho público.

1.2.5 Valorativo

El Estado es el único productor de normas jurídicas, por medio del Organismo Legislativo, cuyo objetivo es regular las conductas prohibidas, que se consideran dañinas para los bienes jurídicos de la sociedad, los cuales son, la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad y un cúmulo de valores jurídicos, que son tutelados por la norma jurídica con el fin de preservar el orden social.

En otras palabras, se puede expresar que el derecho penal, valora los actos de los hombres y con base en ello, realiza una estimación jurídica de las conductas prohibidas, valorando lo que considera es un delito o una falta, o bien cuales conductas no son consideradas prohibidas.

En consecuencia, todo lo que determine la norma jurídica como delito, lo es; porque en dicha norma se expresa que conducta no debe realizarse. Sin embargo, lo que no esté determinado plenamente en la ley, como un delito o una falta, no es sujeto de sanción alguna, ya que, si no se encuentra determinado en la norma jurídica, no es relevante para el derecho penal, ni para el Estado.



Es decir, las conductas humanas relevantes para el derecho penal, son aquellas que producen un resultado dañoso, que afecta algún bien jurídico de otra persona. La ley describe la conducta prohibida y la sanción que debe aplicarse, valorando el cúmulo de elementos que pueden presentarse según sea el caso. Las conductas son seleccionadas para ser incluidas en la norma, pero todo atiende al ámbito histórico-social en que se encuentre la sociedad en ese momento. El derecho penal es valorativo, porque valora las conductas de los hombres en la sociedad.

1.2.6 Finalista

La teleología o ciencia de los fines, se encarga del estudio de los fines del derecho. Como lo establece Manuel Ossorio “Teleología de la norma: El fin que se busca lograr mediante una norma; la función de ésta dentro del sistema jurídico y de las conductas a que se dirige.”¹² El fin del derecho penal, es velar por que prevalezca la paz social, para ello, tutela los bienes jurídicos más relevantes, con el propósito de que la sociedad jurídicamente organizada, no sufra un desbalance en dicho orden. Por esto el derecho penal, compuesto por un conjunto de normas jurídico penales coactivos, se encarga de hacer que quienes transgredan el ordenamiento jurídico, con conductas dañosas y atenten contra los bienes jurídicos tutelados, obtengan una sanción, por realizar dichas conductas prohibidas. Siguiendo este orden de ideas, los bienes jurídicos tutelados, son aquellos derechos inherentes del ser humano, que se encuentran regulados en la norma penal, protegidos contra cualquier amenaza o daño que se pueda suscitar, que pretenda

¹² **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 927



causarles el mismo ser humano, de manera que el derecho penal es finalista, porque su único fin es proteger a la sociedad jurídicamente organizada, de posibles amenazas, que puedan perjudicar la paz y el bienestar social. Es finalista también porque tiene un objeto, una causa, una razón de ser y esta consiste en preservar el orden, por medio del control social hacia las masas.

1.2.7 Sancionador

El derecho penal para algunos autores es sinónimo de castigo, correctivo, punición, pena, condena. De lo cual se infiere que el derecho penal es sancionador por excelencia, y es debido a la pena, que ejerce una prevención general, antes de suceder la transgresión y una prevención particular, en un caso concreto, donde la transgresión ya haya ocurrido.

Ignacio de La Torre afirma que la pena “es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el Derecho Penal. Su aparición está unida a la del propio Ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el recurso de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia.”¹³ En concordancia con lo anteriormente expuesto, el derecho penal se caracteriza por ser sancionador, pues caso contrario no tendría sentido la norma jurídico-penal, debido a que no existiría esa coercibilidad, para evitar que se cometan las conductas delictivas. La sanción es un medio de disuasión del cual se vale el derecho penal, para mantener la convivencia de la sociedad, imponiendo la fuerza y el poder castigador, del cual es el único titular, para

¹³ Op. Cit. Pág. 24



prevenir a las personas, para que se abstengan de actuar en perjuicio de otras, dañando los bienes jurídicos que la misma norma penal protege.

1.2.7 Preventivo

La prevención busca evitar que suceda algo, por ello, el derecho penal se caracteriza, por impedir que se realicen algunas conductas, que él mismo prohíbe en la norma jurídica de carácter penal, realizando dos tipos de prevención: una de tipo general, misma que va dirigida para toda la colectividad, que busca con el enunciado hipotético y figurativo de una conducta en particular determinada en la ley, que tendrá una sanción, consistente en una pena o medida de seguridad. Este tipo de prevención busca evitar que se cometa el delito, haciendo un llamado a la sociedad para que se abstenga de cometer esos actos constitutivos de delito.

En otro sentido la prevención especial, ocurre cuando ya se ha cometido un delito por una persona, se ha vulnerado un bien jurídico protegido, se ha puesto en peligro el orden social y es menester la aplicación de una sanción previamente establecida en la ley, para castigar la realización de dicha conducta, que ha ocasionado un daño a un tercero. En este caso le previene en forma particular, para que se abstenga de cometer un nuevo delito, para que se encamine hacia la rehabilitación y no vuelva a delinquir.

Tanto al prevenir de manera general, como de manera particular, el derecho penal ejerce su función de orientar y reorientar a la colectividad para que el orden social prevalezca y



el Estado pueda llegar a realizar sus fines y propósitos, en un ambiente de convivencia y paz para todos. El autor español Ignacio De La Torre afirma que: “La prevención general, según esta finalidad, la pena se dirige a los miembros de una colectividad, para que, en el futuro, ante la amenaza de una pena, se abstengan de delinquir.”¹⁴

El derecho penal busca evitar que se cometan delitos, por ello previene en general a todos por igual, por medio de normas jurídico-penales claras que conllevan una sanción determinada por la ley y busca que el ordenamiento jurídico, sea respetado por todos sin distinción alguna.

Continúa manifestando Ignacio De La Torre que: “La prevención especial, pretende evitar que aquel que ha delinquido vuelva a hacerlo. En consecuencia, frente a la prevención general que pretende incidir sobre la comunidad en su conjunto, la prevención especial busca hacerlo sobre aquel que ha cometido un hecho delictivo.”¹⁵ Considerando que se ha vulnerado la norma jurídico penal al haber cometido un delito, el derecho penal acude al rescate del orden social, castigando al delincuente con una pena, pero dirigida a ese particular, que ha infringido la norma penal y en consecuencia le previene, para que con dicha sanción, se abstenga en el futuro, luego de haber cumplido la pena, de cometer otro delito.

El autor ecuatoriano Eduardo Franco fija la postura que: “El objetivo último, final, de una eficaz política de prevención no es erradicar el crimen, sino controlarlo razonablemente.

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 57

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 57



El total exterminio de la criminalidad y las cruzadas contra el delito son objetivos utópicos y poco realistas que pugnan con la “normalidad” del fenómeno criminal y la de su protagonista.”¹⁶

El derecho penal busca la prevención del delito, pero como lo indica el autor antes citado, debe llevar implícita una política criminal orientada, hacia una disminución de las causas que producen al delincuente, las cuales pueden ser de índole social, económico, falta de integración, marginación, ambiente hostil, desintegración familiar, entre otras; que mientras existan, no permitirán que el delito se erradique.

1.2.8 Rehabilitador

Una de las características del derecho penal moderno, no es solo buscar el castigo, como una forma de prevenir el delito, sino más bien se enfoca en la prevención especial, pero orientada hacia una reinserción social del delincuente, considerándole como un ser humano con derechos y garantías propias, que le son inherentes por el hecho de ser persona, aunado a reorientar su conducta, para que no cometa nuevos ilícitos penales, dejando de considerarle un ser desechable, que puede ser olvidado en un centro penitenciario, sin ningún objeto más que sobrevivir y coexistir con sus compañeros delincuentes.

El derecho penal moderno, busca darle una nueva oportunidad al delincuente para que

¹⁶ **Fundamentos de derecho penal moderno. Tomo I. Pág. 60**



se rehabilite, para que pueda curar sus carencias de valores morales y éticos, que le permitan salir a las calles con un nuevo objetivo de contribuir a mejorar su calidad de vida, la de su familia, la de su entorno social y ser un miembro activo de la sociedad, no una carga para la misma.

El autor Ignacio De La Torre indica: “En primer lugar, tiene razón Muñoz Conde al afirmar, que el optimismo en la idea de resocialización, de ello no cabe duda ha sido, quizá, excesivo y hasta tal punto acrítico que nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y definitivo.”¹⁷

Por cuanto la rehabilitación del delincuente es un fin y característica del derecho penal, se puede entender que dicha reeducación al antisocial, no conlleva solamente enseñarle a comportarse en sociedad, sino debe ir orientado hacia las causas, que produjeron que una persona se haya convertido en delincuente.

1.3 Fuentes del derecho penal

El principio, el fundamento o el origen del derecho penal, es de vital importancia, para saber de dónde proviene, cuáles son sus orígenes, la fuente de donde emana el cúmulo de conocimiento que compone esta ciencia. El Estado es el único con potestad para crear normas jurídicas de tipo penal, en consecuencia, al crear una norma jurídica, le está dando vida al derecho penal.

¹⁷ Op. Cit. Pág. 59



Por excelencia, la fuente directa del derecho penal es la ley, que tiene como base fundamental, la Constitución Política de la República de Guatemala, puesto que de ella emanan los presupuestos jurídicos, para que se desarrollen las normas ordinarias, en este caso de tipo penal, de acuerdo a la realidad social del momento en que son creadas. La ley es la única fuente directa y formal del derecho penal, más existen otras fuentes que son importantes para conformar al derecho penal; por lo que según afirman De Mata Vela y De León Velasco “Se denomina “fuente” desde el punto de vista amplio (latu sensu), al manantial natural de donde brota algo; y desde el punto de vista estrictamente jurídico (strictu juris), nos referimos en sentido figurado al lugar donde se origina, de donde emana, donde se produce el Derecho y, en este caso, el Derecho Penal.”¹⁸

En consecuencia, los autores anteriores afirman, que el derecho penal tiene un origen, un manantial, un cumulo de circunstancias que le dan razón de ser, que le permiten seguir ampliándose y transformándose con el paso del tiempo, desarrollando los procesos, de donde nace el mismo. Francesco Carnelutti expresa: “La sociedad jurídicamente ordenada se llama Estado. La idea del derecho y la idea del Estado están, por tanto, íntimamente relacionadas: no hay Estado sin derecho ni derecho sin Estado.”¹⁹ Por consiguiente, el Estado produce derecho, pero del derecho deriva el Estado, por lo que la relación es estrecha, indisoluble e inseparable.

El Estado produce normas jurídicas, que regulan la conducta de los hombres en sociedad, en cada aspecto de la vida de sus miembros, pero como lo afirma Eduardo Franco: “La

¹⁸ Op. Cit. Pág.90

¹⁹ Op. Cit. Pág. 68



opinión más extendida por la ciencia jurídico penal, es que la ley es la única fuente del Derecho Penal. Pero debe entenderse que es el Estado la fuente de producción del Derecho Penal, porque él, a través de sus órganos la posibilita. Por ello se piensa que la fuente formal del Derecho Penal, de manera directa e inmediata, es la ley, toda vez que, a través de ella, se originan y manifiestan las normas penales.”²⁰

El Estado produce el derecho penal, creando normas jurídico penales; siendo el productor único y exclusivo de normas jurídicas, sin embargo es la ley, como única fuente directa y formal, la que se encarga de dar forma a la ciencia del derecho penal, englobando en ella el *ius puniendi*, pero también considerando el *ius Poenale*, como un límite al poder punitivo del Estado, siendo uno de los principales medios de control social que tiene el Estado para la realización de sus fines, para mantener el orden social, mediante la coerción de la norma jurídica penal.

1.3.1 Fuentes reales

Antes de existir una norma jurídico penal, hubo de observarse los diversos acontecimientos de la realidad social, es decir, manifestaciones en las conductas de los hombres, problemas y conflictos socio-culturales que le dieron origen al proceso productivo y formal de la ley penal, de manera que el Estado realiza un estudio minucioso de la realidad en que viven los habitantes.

²⁰ Op. Cit. Pág. 166



Tal como lo afirma el autor Fredy Enrique Escobar Cárdenas: “Las fuentes reales son la causa que hace necesaria la creación de la norma; constituyen un acontecimiento que, en un momento dado, propicia el surgimiento de una norma jurídica, por ejemplo: el aumento en delitos sexuales (como la violación) ha hecho que el legislador incremente su punibilidad, aunque ello no resulte eficaz.”²¹

Como bien lo afirma el autor antes citado, el Estado busca un suceso relevante que esté ocurriendo en la sociedad, que presente un posible daño al bien jurídico correspondiente y por ello debe actuar con rapidez, para evitar que se produzcan resultados imprevistos, que ocasionen mucho daño a la sociedad.

1.3.2 Fuentes históricas

Son las fuentes del pasado, los orígenes en la edad antigua de las primeras normas penales, que regulaban la conducta de los hombres de forma primigenia. Es en la antigüedad donde pueden encontrarse numerosos papiros, códigos, estelas, pergaminos, escrituras en piedra y paredes, que contienen mandamientos que debían cumplirse, que han servido de base y son fuente de referencia para comparar los inicios del derecho penal, al derecho penal moderno; buscando la mejor aplicación de la norma, pero no olvidando sus orígenes antiguos.

El autor Fredy Escobar, define las fuentes históricas como: “los medios objetivos en los

²¹ **Compilaciones de derecho penal. Parte general. Pág. 77**



cuales se contienen normas jurídicas, por ejemplo: los pergaminos o códices en que se encuentran antiguas normas o bloques de piedra en que se hallan labradas las disposiciones correspondientes.”²² Como ejemplo de estas fuentes lo constituyen el Código de Hammurabi, en Roma Las Doce Tablas y las Institutas de Justiniano, para el pueblo Hebreo la Biblia, en China el texto De las Cinco Penas, en India el Código de Manu, en España Las Siete Partidas, entre otros.

1.3.3 Fuentes formales

Las fuentes formales, de donde surge el derecho penal, consisten en el conjunto de procesos que realizan los órganos encargados de producir la ley, con el propósito de crear normas jurídicas de tipo penal, que contengan la descripción de hechos figurativos, determinando una conducta prohibida y la sanción que corresponda a la realización de dicha conducta por parte del ser humano.

En Guatemala, la potestad legislativa recae en los diputados al Congreso de la República de Guatemala, quiénes son los encargados de realizar los procesos de producción de normas jurídicas, en el caso correspondiente. Solamente el Organismo Legislativo crea normas jurídico-penales, exclusivamente este organismo las puede crear, modificar, derogar o abrogar. Las fuentes formales del derecho penal, son el conjunto de procesos y procedimientos que lleva a cabo el Estado, en ejercicio de su poder legislativo, para normar y regular la conducta de los hombres en sociedad.

²² *Ibíd.* Pág. 77



Según el autor Eduardo Franco: “La ley penal es aquella disposición escrita y general, emanada del órgano del Estado que constitucionalmente está investido de la potestad legislativa, que tiene por objeto establecer los principios que deben regir el derecho penal, definir como delitos determinados hechos ilícitos y conminar las respectivas penas o las medidas de seguridad para los partícipes de los mismos.”²³

En consecuencia, las fuentes formales del derecho penal, son aquellas fuentes que contienen el proceso legislativo y los órganos encargados de la producción de leyes, que alimentan a este derecho y le dan la fuerza coercitiva, que el Estado necesita para contener las conductas lesivas y dañosas, que puedan provocar que la sociedad jurídicamente organizada, se vea afectada.

Los autores De Mata Vela y De León Velasco, afirman que las fuentes formales del derecho penal “se refieren al proceso de creación jurídica de las normas penales y a los órganos donde se realiza el mencionado proceso legislativo que, de acuerdo con la organización política del Estado de Guatemala, corresponde al Congreso de la República básicamente, con participación del Poder Ejecutivo, que en última instancia ordena su publicación.”²⁴

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el Artículo 157 que: “La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el

²³ Op. Cit. Pág. 166

²⁴ Op. Cit. Pág. 91



sistema de distritos electorales y lista nacional, para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos.” Este fundamento constitucional faculta al Organismo Legislativo, para crear normas y solo a él corresponde tal potestad, para que estas nazcan a la vida jurídica.

1.3.4 Fuentes directas

Como quedó establecido, fuente consiste en el origen, el lugar de donde emana algo, por consiguiente, el significado de la palabra directo es “derecho o en línea recta. Que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios. Que se encamina derechamente a una mira u objeto.”²⁵

Como lo determina el autor Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra Derecho Penal, parte general: “Es tradicional sostener que la única fuente de conocimiento del derecho penal es la ley formal y el resto de los datos que su elaboración demanda se engloba en la idea de relaciones con otras ciencias.”²⁶

Al tenor de dicha afirmación, la ley formal es aquella que ha seguido todo el camino que ella misma determina, como un proceso y un conjunto de procedimientos, que llevan a cabo los órganos especializados y encargados del tema, para cumplir con todos los pasos

²⁵ **Diccionario de la lengua española.** Tomo I. Pág. 830

²⁶ **Derecho penal. Parte general.** Pág. 103



y requisitos, para nacer a la vida jurídica de manera constitucional, es decir de forma lícita.

Como fuente directa la ley tiene ciertos fines, el principal es dotar al Estado de las herramientas suficientes, para poder regular las conductas de los seres humanos.

Al ser la ley la fuente directa exclusiva del derecho penal, produce normas jurídicas de tipo penal que lo alimentan, que le dan vida, herramientas al *Jus Puniendi*, que previenen a todos por igual y determinan hipotéticamente, lo que es o no permitido realizar en el mundo de lo jurídico. La doctrina es clara en determinar que las fuentes directas se subdividen en dos tipos, los cuales se determinan como: fuentes directas de producción y fuentes directas de cognición.

Al referirse a las fuentes directas de producción, establece que son aquellas que se representan por el Organismo Legislativo, que lleva a cabo el proceso de crear las normas jurídico-penales y sus procesos preestablecidos en la ley, para determinar las conductas prohibidas y las consecuencias jurídicas representadas en sanciones que serían aplicables, de llevarse a cabo en la realidad social, dichos actos prohibidos.

Las fuentes directas de cognición son la manifestación de la voluntad del Estado, representada en las normas jurídicas, producto de la actividad legislativa, contenidas en los diferentes códigos y cuerpos normativos que contienen los preceptos, que emanan del ente con potestad para regular las conductas de los hombres. Según lo expresan De



Mata Vela y De León Velasco, “son las manifestaciones de la voluntad estatal, la expresión de la voluntad del legislador, y tal y como asienta Sebastián Soler [1970: 105], la forma que el Derecho Objetivo asume la vida social, es decir, la fuente de conocimiento que es precisamente el Código Penal y las Leyes Penales Especiales.”²⁷

El conocimiento de la ley es obligatorio en Guatemala, nadie puede alegar ignorancia de la ley, todos deben conocerla, por lo cual las normas jurídico-penales se encuentran contenidas en forma ordenada y debidamente codificadas, por cuanto son normas que emanan de la Constitución Política de la República de Guatemala, representadas en normas de tipo ordinario, que desarrollan los preceptos contenidos constitucionalmente y se presentan a todos como ordenanzas de tipo general.

1.3.5 Fuentes indirectas

Las fuentes indirectas del derecho penal, son todos aquellos preceptos que utiliza el mismo para ayudar a su producción, a su interpretación y aplicación, pero que no son determinantes.

Las fuentes indirectas no son coercibles, es decir, carecen de la cualidad de obligatoriedad, la cual, si tiene la ley; pero que son fundamentales, para poder aplicar las normas jurídico-penales, proporcionando una guía para su interpretación, integración, explicación y apoyo de las fuentes directas del derecho penal, pero no producen normas

²⁷ Op. Cit. Pág. 91



jurídicas. La mayoría de doctrinarios, determinan como fuentes indirectas del derecho penal, a la costumbre, dado que esta consiste, en el conjunto de normas jurídicas, que no se encuentran escritas y que han sido impuestas por el uso constante de la sociedad o de determinado grupo y que se traducen en la aplicación y observancia obligatoria, para el grupo que las reconoce.

La jurisprudencia, por su parte, es la serie de fallos reiterativos que se han emitido en un mismo sentido por los tribunales de justicia, quienes son los que encargados de aplicar las leyes penales.

La doctrina es el conjunto de teorías, pensamientos, opiniones e hipótesis que plantean los jurisconsultos, los doctrinarios, los estudiosos del derecho, que le permiten al derecho penal renovarse, actualizarse, presentarse acorde al tiempo actual y que sirve de inspiración y apoyo para la creación de nuevos institutos jurídicos dentro de las diversas legislaciones.

Los principios generales del derecho son las aspiraciones máximas de las ciencias jurídicas que rigen en la actualidad el derecho interno y externo, además, son aquellos valores inherentes al ser humano, las expresiones más sublimes que son objeto y fin del Estado, lograr alcanzar esos ideales, como la paz, la libertad, la justicia, la seguridad, la equidad, el bien común, se traducen en el objetivo o la meta que pretende alcanzar el Estado por medio de la ley. Las fuentes indirectas, no producen derecho, sino más bien, son el fin que se busca lograr.



1.4 Principios del derecho penal

Según el Diccionario De La Lengua Española, la acepción principio es “Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.”²⁸ Los principios son un conjunto de reglas doctrinarias, que son la base de todo sistema jurídico existente. Sin ellos no existen pilares, que puedan sostener todo el andamiaje jurídico que se produzca. Constituyen las reglas o límites que contiene la ley, ya sea en forma tácita o expresa, que fijan los términos al poder punitivo del Estado.

Los principios son máximos postulados que se han originado del pensamiento de los jurisconsultos y doctrinarios, que han producido con el paso del tiempo, fuertes bases y cimientos para crear un sistema jurídico, que contenga la protección de las garantías mínimas y las reglas claras del juego. Manuel Ossorio manifiesta que principio es “fundamento de algo. Máxima, aforismo.”²⁹

Los principios del derecho penal, son las bases o máximas que determinan los límites y reglas a la potestad punitiva del Estado, desarrollados por la mayoría de doctrinarios, que los presentan en diversas formas y los enumeran indiscriminadamente, situación que los torna complejos por sus diversas clasificaciones. Como es atinente la expresión, que manifiesta que todo poder debe tener límites, esos límites son los principios. Eugenio Zaffaroni afirma, acerca de la enumeración de los principios lo siguiente: “Los principios

²⁸ Op. Cit. Pág. 1834

²⁹ Op. Cit. Pág. 765



limitativos que se le imponen al sistema derivados de la previa decisión política que le señala su función, no sólo son inacabados en su realización sino también abiertos en su enunciación.”³⁰ Con esto el autor establece que los principios se actualizan constantemente, por lo cual es difícil enumerarlos en forma taxativa.

1.4.1 Principio de legalidad

Este principio nació en Europa, a principios del Siglo XVIII con la revolución francesa, siendo su mayor postulante Feuerbach, quien le denomina en latín: *Nullum Crimen Nulla Poena sine lege* que significa, no hay delito ni pena sin ley anterior. Este principio de rango constitucional, determina las reglas o límites al Estado en su potestad castigadora, pues al existir una reserva de ley absoluta, solamente al Estado le corresponde producir normas jurídico-penales.

Las normas en mención, deben ser normas jurídico-penales de prevención general, que no den cabida a malas interpretaciones o aplicación errónea por parte del órgano encargado de impartir justicia. La prohibición de analogía, es un elemento muy importante en la aplicación del principio de legalidad, debido a que los jueces tienen prohibido crear figuras delictivas y aplicarles sanciones; esto con el objeto de limitar el poder del Organismo Judicial, para evitar que se extralimiten, regulando conductas que no les competen, debido a que este organismo no crea leyes, solamente las aplica; pero en esa

³⁰ Op. Cit. Pág.111



aplicación, pueden existir casos en los cuales, el poder de juzgar se imponga más allá de lo que establecen sus funciones, las cuales están perfectamente determinadas por la ley.

Según los doctrinarios, el principio de legalidad contiene cuatro garantías muy importantes a la luz de su aplicación. La primera de estas, es la garantía criminal contenida en la expresión, de la no existencia de delito, sin ley anterior a su perpetración; la garantía penal mediante la cual no hay pena, sin ley anterior; la garantía jurisdiccional a través de la que nadie puede ser castigado, sino en virtud de procedimiento legalmente establecido; y la garantía de ejecución por la que no puede ejecutarse ninguna pena, si no está plenamente determinada en la ley.

El autor Eduardo González Cauhapé-Cazaux, define el principio de la legalidad de la siguiente forma: "El principio de legalidad establece que nadie podrá ser penado por acciones u omisiones que no estén expresamente calificadas como faltas en una ley anterior a su perpetración."³¹ La anterior definición está enfocada, desde el punto de vista de la pena, el delito y la necesidad de la existencia de una ley previa, que considere la conducta como delito y que contenga aparejada una pena. Caso contrario, se estaría ante una conducta, que, al no estar determinada en la ley como delito, no es prohibida, por lo que no es delito, pues no existe prohibición de no realizarla.

El tratadista español Francisco Muñoz conde, denomina al principio de legalidad, como el principio de intervención legalizada y lo define de la siguiente manera: "La gravedad

³¹ **Apuntes de derecho penal guatemalteco.** Pág. 16



de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por eso mismo, fundamentales de las personas, el carácter de ultima ratio que esta intervención tiene, imponen necesariamente la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo.”³²

El poder estatal necesita límites, para que su poder no caiga en la exageración y con ello cometa arbitrariedades contra las personas, en otras palabras, el principio de legalidad busca obtener, la certeza jurídica en un cúmulo de normas claras y de conocimiento general para que la persona pueda, a su leal saber y entender, determinar cuáles conductas le son prohibidas y cuales conductas son permitidas.

1.4.2 Principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima, contiene una serie de elementos que determinan su existencia, puesto que el derecho penal solamente protege bienes jurídicos, los cuales deben ser de tal relevancia que no exista otro camino, que el derecho penal para restituirlos y salvaguardarlos.

Este principio contiene dos características; el carácter subsidiario del derecho penal significa que cuando no haya otro camino, otra vía más idónea para la protección del bien

³² **Introducción al derecho penal.** Pág. 135



jurídico, en última instancia actuará el derecho penal, pues debe buscarse siempre formulas ecuanimes, para la resolución de los conflictos de poca trascendencia, dejando exclusivamente al derecho penal aquellos casos cuyo ataque al bien jurídico sea de tal magnitud y gravedad, que afecte en gran medida a la sociedad.

El carácter fragmentario del derecho penal, se expresa como aquella función que tiene éste, de proteger los bienes jurídicos, pero como en todo sistema jurídico, solamente protegerá aquellos bienes jurídicos de extremada relevancia, es decir un fragmento de todos los bienes jurídicos considerados en su conjunto, que son muchos; pero que a la vez pudieran ser irrelevantes para su protección, ya sea porque tengan relación extrema con la moral, tal como lo afirma el autor Francisco Muñoz Conde que: "no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el Derecho Penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él (...)." ³³

Tal como lo afirma el mencionado autor, el derecho penal se encarga de proteger bienes jurídicos, pero no todos, ya que existe una cantidad infinita de ellos, pero si se encarga de proteger, aquellos que son más relevantes, los que son atacados por el delito, ocasionando un gran desorden social, poniendo en peligro la estabilidad del conglomerado, dejando a otras ramas del derecho la protección de aquellos bienes que son irrelevantes para el derecho penal y que en consecuencia pueden ser protegidos por otras vías. En última instancia se recurrirá al Derecho Penal, para que atienda las acciones más graves que sean determinantes y no puedan resolverse por otra vía.

³³ **Ibíd.** Pág. 124



El principio de Intervención mínima busca ser una garantía para la sociedad, contra las arbitrariedades que el Estado, pueda cometer en nombre de su potestad punitiva, atendiendo a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito, pero con base al principio de humanidad, reconociendo que el delincuente es un ser humano, que merece la rehabilitación y reintegración social.

1.4.3 Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad, es un límite al poder punitivo del Estado, que protege y garantiza la condición de la persona como ser humano. Es una garantía jurídico-penal que busca la dignidad, la justicia, la libertad, la igualdad procesal y evita que se sancione con una pena a una persona inocente. Para ello es determinante poder establecer que la culpabilidad a la que se refiere dicho principio, consiste en que no existe pena sin culpabilidad. La culpabilidad es aquella que se presenta en el caso concreto, donde el sujeto activo de la acción, comete el ilícito penal con pleno conocimiento e intención imputable.

Lo anterior significa que debe existir madurez psico-social y emocional que le permita tomar la decisión de cometer el ilícito penal; a su vez debe existir la intención, o la falta de debido cuidado y que la responsabilidad sea personal dado que nadie puede ser sancionado, por actos ajenos. La culpabilidad es personal, es decir solamente al sujeto activo responsable, se le puede aplicar una pena; no así a su familia o a sus amigos, esto es por el principio de personalidad de las penas, pues solamente se puede aplicar una pena, a la persona con responsabilidad personal del hecho.



En este orden de ideas, para que exista la aplicación de una pena, deben conjugarse una serie de elementos indispensables, para que pueda considerarse a la persona culpable del hecho y merecedor de una pena, es decir, que tenga plena responsabilidad personal del acto, que sea imputable, que exista el dolo o la culpa.

A su vez también se debe tomar en cuenta que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad, nunca debe exceder ese límite. Al respecto el autor Eduardo Franco afirma: “El principio de culpabilidad constituye en el actual desarrollo del derecho penal contemporáneo el más importante axioma de los que deriven de modo directo de un Estado de Derecho, porque su violación implica el desconocimiento de la esencia del concepto de persona, su vigencia permite que una persona solo sea responsable por los actos que podía y debía evitar e impide que pueda responder por todas las consecuencias que se deriven de su acción.”³⁴

Esto también conlleva, que la responsabilidad personal del sujeto activo tiene límites, es decir no se le aplicará una pena por el resultado causado, sino por la acción cometida, librándole de ser sancionado por las consecuencias ulteriores que haya producido su acción, que bien pudieran ser casuales o fortuitas, con ello remarcando la certeza jurídica de la norma penal; donde solamente será sancionado por los actos cometidos, en forma personal, donde exista intención o falta del debido deber de cuidado, aunado a que la conducta le sea atribuible, por tener pleno conocimiento psico-social y plena madurez

³⁴ Op. Cit. Pág. 135



emocional que le permita decidir entre actuar o no actuar de determinada forma y esto produzca un ilícito penal.





CAPÍTULO II

2. Relación del derecho penal con otras ciencias

El derecho está compuesto por un conjunto de ramas, donde cada una de ellas se encarga de determinada materia, regulando cada uno de los aspectos que componen la vida del ser humano. Por ello cada una de las ramas del derecho, juega un papel muy importante pues a cada una de ellas, se le ha encomendado el estudio y determinación de normas jurídicas, que regulen y orienten a la sociedad en la materia de su competencia.

Eduardo Franco Llor en relación al tema afirma: “el derecho es un sistema normativo orgánico, constituyendo un solo y gran sistema catalogado como Ordenamiento Jurídico de una sociedad determinada, que por razones de múltiples aspectos jurídicos que la sociedad demanda, se ha tenido que recurrir a la especialización, existiendo, por ello, una diversidad incontable de ramas jurídicas con contenidos y objetos propios, dando origen a las instituciones jurídicas que gozan de autonomía, en lo que atañe a su jurisdicción; pero esto no equivale, de ninguna manera a sostener que las distintas ramas del derecho no estén vinculadas entre sí, toda vez que sus diferentes ramas o vertientes se encuentran relacionadas entre sí debido a su común esencia reguladora y sistemática.”³⁵ Tal como lo afirma el autor, el derecho penal se interrelaciona con las diversas ramas del derecho, pues a pesar de ser una rama autónoma, pertenece a un

³⁵ *Ibíd.* Pág. 158



sistema integral que es el todo, pero que considera en su conjunto la individualidad de cada rama y le permite crear una interacción mutua, que permita una mejor aplicación, en el campo del conocimiento determinado.

2.1 Relación del derecho penal con el derecho constitucional

El derecho constitucional, es la rama del derecho que está compuesta por un conjunto de principios, teorías, doctrinas y normas jurídicas, que se encargan del estudio y aplicación de las normas de tipo superior, que han sido dadas en un Estado democrático, nacidas de acuerdo a la filosofía de sus habitantes, de acuerdo al entorno social del momento, en el cual ha sido concebida y que se encuentra contenida en la Constitución Política de la República de Guatemala, cuyos preceptos contienen las normas más sublimes y fundamentales que dan origen y fundamentan el sistema jurídico de un Estado democrático.

El derecho constitucional según afirma el autor Gerardo Prado, “es la rama del Derecho Público que estudia la estructura del Estado dentro del marco de la Constitución, la situación del individuo frente al Poder del Estado, la organización y funcionamiento de ese poder en sus aspectos fundamentales y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal.”³⁶ Por consiguiente la relación del derecho penal con el derecho constitucional, es íntima, estrechamente vinculada, pues el derecho penal contemporáneo no podría existir sin el derecho constitucional, debido a que este último,

³⁶ **Derecho constitucional.** Pág. 13



le da origen a todo el cúmulo de normas jurídicas ordinarias, de tipo penal que conforman al derecho penal. Es al tenor de la norma constitucional, que el derecho penal debe ser interpretado, respetando la supremacía constitucional.

De acuerdo a la jerarquía de las normas que propone el autor Hans Kelsen, “partiendo de la presuposición de la norma fundamental cuyo sentido ya se ha aclarado antes, la constitución en el sentido material del término, representa el escalón superior del derecho positivo. Su función esencial es la de regular los órganos y el procedimiento para la creación del derecho que tenga un carácter general, o sea, la de regular la actividad legislativa.”³⁷

Es decir, la norma constitucional permite la creación de la norma de tipo penal, inclusive determina los derechos y garantías que deben tomarse en cuenta, al momento de legislar; para evitar que, con las normas penales, pueda transgredirse algún derecho del individuo, por ello coloca límites a los legisladores, para que al crear los tipos penales se guíen y encuadren dentro del orden constitucional.

La misma situación se presenta para el Organismo Judicial, donde los jueces al momento de interpretar la norma penal, la aplican orientados con base al espíritu de la norma constitucional. Según lo afirma el autor Eugenio Raúl Zaffaroni, “la Constitución es la ley más rígida, preservada de las decisiones de las mayorías coyunturales de la legislatura ordinaria productora de leyes penales comunes, por lo cual éstas deben estar siempre

³⁷ Op. Cit. Pág. 90



sometidas a aquélla y, por lo tanto, el intérprete de las leyes penales debe entenderlas en el encuadre constitucional, o sea, que el saber del derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del derecho constitucional.”³⁸

El derecho penal al igual que todas las ramas del derecho, nace del derecho constitucional, puesto que su relación es dependiente una de la otra y que no puede existir un derecho penal justo, si no es creado e interpretado a la luz de la norma constitucional.

2.2 Relación del derecho penal con el derecho civil

En la época antigua, no existía la distinción entre derecho público y derecho privado, por ser el derecho regulador de todos los aspectos de la vida del hombre. Con ello no se trata de precisar que, en la actualidad, ya se ha logrado dilucidar, que efectivamente exista división del derecho en sí mismo, pero con el devenir de la humanidad, ha sido necesaria la ramificación del derecho, en determinadas materias, que se encarguen y especialicen de los distintos aspectos, para regular la vida del hombre.

En la antigua Roma se desarrolla el derecho en su máxima expresión, dando paso al *ius Civile*, o derecho de los habitantes de Roma, que en sus inicios fue dividido en dos partes: *ius Gentium*, que era el derecho que regía a los pueblos conquistados por Roma y el *ius*

³⁸ Op. Cit. Pág. 191



Civile, este era el derecho de los ciudadanos romanos, pero fue unificado para prevalecer únicamente el *Ius Civile*, como el derecho de los habitantes del imperio romano.

Es el derecho civil la rama más antigua del derecho por cuanto, de él se desprenden las innumerables materias que regulan la conducta de los hombres en sociedad. El derecho civil es ubicado dentro de la esfera del derecho privado, con el objeto de facilitar su estudio y aplicación, pero se encuentra interrelacionado en su conjunto con el derecho en sí mismo.

El autor Alfonso Brañas afirma: “en cuanto a la utilidad para el estudio doctrinario del derecho, la división de éste en público y privado facilita la agrupación por materias y la interpretación de las mismas, así como la especialización en el desarrollo teórico de las diversas ramas jurídicas, cada una de ellas con distinta y generalmente aceptada denominación.”³⁹

La relación existente entre el derecho civil y el derecho penal, es innegable, por tanto, que ambas ramas del derecho, se ocupan de proteger bienes jurídicos pero cada una en su campo determinado, es decir, el derecho civil está comprendido por un conjunto de normas jurídicas que buscan la protección del bien jurídico, pero mediante el resarcimiento o reparación, en otras palabras, busca una compensación ante la transgresión de la norma, que muchas veces es de carácter pecuniario. Caso contrario, el derecho penal se auxilia de la pena, como una medida para retribuir el mal causado,

³⁹ **Manual de derecho civil.** Pág. 9



buscando la prevención general o especial, pero que conlleve una rehabilitación del delincuente, para evitar que se cometan más ilícitos en el futuro, que puedan afectar los bienes jurídicos de otros.

Tal como lo establecen De Mata Vela y De León Velasco: “Ambos tienden a regular las relaciones de los hombres en la vida social y a proteger sus intereses, estableciendo sanciones para asegurar su respeto. Las establecidas por el Derecho Civil son de carácter reparatorio, aspiran a destruir el estado antijurídico creado, a anular los actos antijurídicos y a reparar los daños causados por estos actos. La sanción penal es retributiva atendiendo a la magnitud del daño causado y a la peligrosidad social del sujeto activo.”⁴⁰

En consecuencia, la relación que existe entre ambas ramas del derecho es estrecha, por cuanto ambas se encargan de la protección de los bienes jurídicos de la persona, buscan alcanzar el bienestar para el ser humano, dentro de un ambiente de paz y cordialidad, que permita que la sociedad jurídicamente organizada, alcance sus ideales de una forma integral, cuyo límite supremo es la ley.

El autor Eduardo Franco Loo en cuanto al tema afirma: “Hay muchos aspectos contenidos en el Código Civil que constituyen bienes jurídicos y cuya trasgresión constituyen delitos. Es decir, hay muchos bienes jurídicos que tienen protección penal existiendo la relación con el Derecho Penal además por la común terminología existente,

⁴⁰ Op. Cit. Pág. 26



como persona, dolo, error, culpa, etc. Que el exegeta debe interpretar adecuadamente estas normas en su relación con el Derecho Penal.”⁴¹ El derecho civil contiene un conjunto de normas jurídicas orientadas a proteger los derechos de la persona, de la familia, de su relación con la sociedad y además determina el conjunto de obligaciones que debe cumplir, para evitar ser objeto de la actuación del derecho penal, quién va a compeler en forma coactiva, que las normas se cumplan.

En este orden de ideas, el autor Eugenio Raúl Zaffaroni afirma: “Tanto la tipificación de ilícitos del derecho privado como el descubrimiento de la subordinación de la víctima y la consiguiente tentativa de mitigación de esta situación, no deben confundirse con el poder punitivo. Sin duda, este último movimiento lleva a una menor irracionalidad, al proponer una revaloración del derecho de la víctima a la reparación, pero es siempre necesario destacar que ésta se distingue nítidamente del ejercicio del poder punitivo, pues la sanción reparadora es completamente diferente de la pena, que carece de la capacidad de resolver el conflicto, además de ser selectiva y deteriorante.”⁴²

2.3 Relación del derecho penal con el derecho internacional

El derecho internacional es una rama del derecho, que está compuesta por un conjunto de principios, doctrinas, teorías y normas jurídicas que se encargan de regular las conductas entre los Estados, de las relaciones que surgen entre estos y los órganos internacionales que no son Estados, pero que son reconocidos mundialmente y las

⁴¹ Op. Cit. Pág. 160

⁴² Op. Cit. Pág. 218



relaciones que surgen entre los particulares y los diferentes Estados y organizaciones de carácter internacional.

El derecho internacional se adecúa a las legislaciones internas de cada Estado, creando normas que son aplicables para aquellos Estados, que las reconozcan como válidas en la Constitución y permitan obtener protección, apoyo, cooperación, bienestar y puedan lograr, un Estado de carácter mundial, que vele por los intereses de los otros miembros en su conjunto y se protejan de las amenazas que puedan presentarse, por medio del derecho internacional.

En este mismo sentido, el distinguido autor Hans Kelsen, afirma que el derecho internacional “se compone de normas que en su origen han sido creadas por vía consuetudinaria a través de actos estatales, más en concreto, a través de actos de órganos competentes a tal efecto de acuerdo con los ordenamientos jurídicos de los Estados. La finalidad de esas normas es regular las relaciones entre los Estados. Son normas de derecho internacional general, que imponen deberes y conceden derechos a todos los Estados.”⁴³ Con esta afirmación el autor explica que el derecho internacional nace de una práctica arraigada y reconocida por los Estados, que dan cabida a la creación de nuevas normas de aplicación general para los Estados.

En la actualidad la paz mundial se ve amenazada con la realización de actos delictivos, que buscan destruir en masa los bienes jurídicos de las personas, de los pueblos, de los

⁴³ Op. Cit. Pág. 128



diferentes Estados, por motivos como la religión, la economía, diferencias de territorio, ocupación de territorios, invasiones, acaparamiento de petróleo, tales actos han llevado a que se emita una alerta mundial en contra del terrorismo, el genocidio, la desaparición forzada, crímenes de lesa humanidad, narcotráfico y diversos delitos, que no solo por su carácter de ser dirigidos a las masas, ponen en peligro la estabilidad de los Estados afectados, sino del mundo entero.

Por lo anterior, el derecho internacional ha creado diversos organismos, que se encargan de impartir justicia a nivel internacional, con base en el ordenamiento jurídico interno de los Estados y por medio de herramientas como, convenios o tratados, ratificados y reconocidos por los Estados miembros, buscan que los ilícitos penales, no queden impunes valiéndose para ello de las herramientas que le proveen los tratados y convenios, con base en el principio del *pacta sunt servanda*, que es el derecho de los tratados de poder juzgar a los particulares, los Estados, las organizaciones internacionales que no son Estados, dentro de la esfera y ámbito internacional que rige en la actualidad.

Como lo afirma el autor Carlos Larios Ochaíta, “el derecho penal que nos fija la tipificación y encuadramiento y criterio de los delitos de carácter internacional, tales como la piratería, el tráfico de estupefacientes, trata de blancas, etc.; algunos refieren esto al Derecho Internacional Privado.”⁴⁴ Entre los delitos de actualidad que son normados por el derecho internacional y que son de competencia también para el derecho penal se encuentran, el

⁴⁴ **Derecho internacional público.** Pág. 5



genocidio, crímenes de lesa humanidad, el terrorismo, crímenes de guerra, delitos contra la administración de justicia, entre otros.

Los autores De Mata Vela y De León Velasco, explican respecto al tema: “En la época contemporánea, la facilidad de comunicación entre los diferentes países y las crecientes relaciones internacionales, son propicias para la comisión de delitos que revisten características de tipo internacional, como la trata de personas, la falsificación de moneda, el terrorismo, etc., todo lo cual hace indispensable una mancomunada acción de diversos Estados para la prevención y el castigo de estos delitos, surgiendo así una legislación penal, creada por acuerdos y tratados internacionales, cuyos preceptos son comunes en las distintas legislaciones, dando paso a lo que se ha dado en llamar; Derecho Penal Internacional, que tiene estrecha relación con el Derecho Penal Interno de cada país, en temas y problemas que le son propios como el conflicto de leyes en el espacio, la extradición, la reincidencia internacional, el reconocimiento de sentencias dictadas en el extranjero, etcétera.”⁴⁵

En concordancia con lo anterior, el derecho penal se ha visto en la necesidad de ir más allá de sus fronteras, con el objetivo de que ninguna persona, pueda sustraerse a su acción, para ello se vale de los diferentes tratados internacionales, que han sido aceptados y ratificados entre los Estados; para lograr la cooperación mutua, prevenir y erradicar el delito, que en muchos casos atenta contra todo un Estado, poniendo en

⁴⁵ Op. Cit. Pág. 27



peligro a un gran conglomerado social, remarcando intereses oscuros y que están en contra de la paz, valor supremo al cual aspira toda la humanidad.

El autor Eduardo Franco afirma: “Esta relación se manifiesta en lo referente al territorio en que es aplicable la ley penal, en relación a las personas y en lo concerniente a los crímenes internacionales. Existe hoy el Derecho Penal Internacional y la jurisdicción universal en la que se comprueba la expansión de las normas penales al ámbito de la sociedad internacional.”⁴⁶

El autor antes citado, determina un punto muy importante, como lo es la jurisdicción universal, donde no existe lugar en el globo terráqueo, que no sea susceptible de llevar a cabo la persecución de los delincuentes, que han cometido crímenes que van a todas luces, en contra de la humanidad, donde para ello el único límite es la circunscripción global.

2.4 Relación del derecho penal con el derecho administrativo

El derecho administrativo, es una rama del derecho público, compuesta por un conjunto de principios, teorías, doctrinas y normas jurídicas, que se encargan del estudio de las relaciones que se producen en la administración pública, la función administrativa, el control y tutela del bien común de los particulares frente a las decisiones administrativas,

⁴⁶ Op. Cit. Pág. 161



y protegiendo a la administración pública, de cualquier peligro que atente contra el Estado jurídicamente organizado, para el cumplimiento de sus fines.

Tal como lo afirma el autor Hugo Haroldo Calderón: “El derecho administrativo es la rama del derecho público que estudia los principios y normas de derecho público, la función administrativa y la estructura de la administración pública, también estudia las relaciones que se dan entre la administración pública y los particulares, relaciones entre los mismos particulares, las relaciones interorgánicas y su control que incluye la protección jurídica de los particulares y el derecho de defensa en contra de los actos que le afectan al administrado.”⁴⁷

Existen muchas coincidencias entre ambas ciencias, tanto el derecho penal, como el derecho administrativo son ramas del derecho público, ambas son autónomas, buscan la tutela de bienes jurídicos y tienen cada una un campo de aplicación, enfocado a lograr el bien común para la sociedad.

Por cuanto el derecho penal se encarga de regular las conductas de los funcionarios públicos, que buscan vulnerar la organización y administración pública del Estado, así como regula a la vez, las conductas prohibidas a los particulares, que atenten contra el buen orden del Estado de Guatemala, desarrollando en diversos apartados del derecho penal adjetivo, dichas conductas prohibidas y sus correspondientes penas a aplicar, en caso de alguna trasgresión jurídica.

⁴⁷ Teoría general del derecho administrativo. Tomo I. Pág. 71



Según lo explica el autor Eduardo Franco “Hay un vínculo estrecho entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo, toda vez que hay numerosos delitos que cometen funcionarios de la administración pública; por ejemplo, el cohecho, el peculado, la concusión, el prevaricato, entre otros; por lo que es evidente la relación entre ambas disciplinas.⁴⁸

Según la cita anterior, el autor le concede un lugar importante al derecho penal, por cuanto señala que a este le corresponde interactuar con el derecho administrativo, para la aplicación de la justicia, en el ámbito administrativo.

Sobre esta misma idea, Eugenio Raúl Zaffaroni señala: “Frente al avance de la administración, sea cual fuere el ámbito en que se manifieste y los argumentos que esgrima, es función del derecho penal la señalización precisa del contenido punitivo o penal de la coacción, para asignar su control a las agencias jurídicas (judiciales). Si las mismas agencias jurídicas se hacen cargo de la imposición simultánea o alternativa de otras sanciones (si éstas pueden combinar o sustituir el modelo punitivo de decisión con otro modelo de solución de conflictos), es una mera cuestión de competencia: el juez penal puede ser competente para imponer sanciones administrativas, pero la administración no puede imponer penas.”⁴⁹

Por consiguiente, es evidente que el derecho penal y el derecho administrativo son disciplinas jurídicas que se interrelacionan de manera tal, que colaboran la una a la otra,

⁴⁸ Op. Cit. Pág. 161

⁴⁹ Op. Cit. Pág. 215



pero nunca van a ocuparse de sus respectivas competencias, es decir, solo al derecho penal le es permitido imponer penas a las conductas delictivas y el derecho administrativo puede sancionar aquellas conductas, que no constituyan delito, sino más bien se encuentran catalogadas como faltas administrativas, meras contravenciones al sistema de la administración pública.



CAPÍTULO III

3. Derecho penal del enemigo

El derecho penal del enemigo, forma parte de la rama del derecho penal; por cuanto es un conjunto de principios, teorías, doctrinas y normas jurídicas, que tiene características propias y cuya finalidad es, reforzar el poder punitivo del Estado, realizando una serie de acciones que le permitan defenderse de sus enemigos, mediante la aplicación de una política criminal.

3.1 Definición del derecho penal del enemigo

Los autores De Mata Vela y De León Velasco, afirman: “El Derecho Penal del Enemigo, hoy en día es una corriente emergente en la doctrina del derecho penal, que cobra fuerza a partir del once de septiembre del año dos mil uno, con el ataque a las torres gemelas en los Estados Unidos de América y que promueve en Alemania el profesor Gunther Jakobs, sosteniendo la tesis que el sistema de garantías es propio del Derecho Penal Convencional que debe aplicarse al ciudadano, mientras que el individuo que desprecia sin ningún sentimiento de culpa los valores humanos que deben prevalecer para la convivencia social, es precisamente a quien el Estado en representación de la sociedad debe tratar como enemigo y para defenderse de él dentro de un sistema legalmente establecido, debe hacerlo en atención a la teoría de la prevención general positiva, aplicando no solo la pena por los delitos cometidos, sino custodias de seguridad (medidas de seguridad) por los delitos que pudiera cometer, es decir posibilitar la aplicación del



derecho penal con fines de prevención antes de la comisión de un delito, presumiendo la posibilidad de que algunos individuos con alto grado de peligrosidad social puedan atacar si no se les mantiene controlados.⁵⁰

Esta corriente tiene muchos detractores, que se escandalizan, solo de pensar que esto pudiera ocurrir en el mundo jurídico penal, doctrina que se contrapone y antagoniza con el derecho penal mismo, por considerar que el derecho es uno y su aplicación debe ser en conjunto para todos, por igual, sin distinguir algún tipo o clase de personas.

Como lo afirma el autor Rodrigo Ríos Álvarez “En doctrina se ha denominado derecho penal del enemigo, manifestación del derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características que dan vida a esta polémica forma de entender el ejercicio de la fuerza estatal.”⁵¹

Según la doctrina, el derecho penal del enemigo, es una manifestación del derecho que conlleva un marcado uso extremo del poder punitivo y controlador del Estado, disminuyendo las garantías fundamentales de los ciudadanos, por cuanto, es mediante el uso irracional de la fuerza coactiva y la intromisión a las esferas más íntimas de sus ciudadanos, que le permite ubicar al considerado enemigo y lo va a subsumir al orden a costa de lo que sea, para evitar que pueda ocasionar un daño futuro a la sociedad o bien

⁵⁰ Op. Cit. Pág. 72

⁵¹ El derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores. Pág. 145



si ya lo ha causado, nunca más pueda atentar contra el conglomerado social, neutralizándolo mediante medidas de seguridad preventivas, penas demasiado duras, y demás métodos permitidos por las legislaciones, para alcanzar sus objetivos.

El autor Miguel Polaino-Orts afirma: “De lo dicho anteriormente queda claro que la clave del fenómeno del Derecho Penal del enemigo radica en la erosión socialmente intolerable que determinados sujetos (enemigos) producen, mediante su conducta, en la seguridad cognitiva de la norma.”⁵²

El autor describe al derecho penal del enemigo como un fenómeno, situación que se representa, como una manifestación consciente y perceptible que, a la luz del derecho penal convencional, se encuentra presente y se pone de manifiesto, desde tiempos antiguos y que de hecho en doctrina ocasiona diversas discrepancias y contradicciones.

Por su parte, el autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, afirma: “La propuesta táctica de contención que ha provocado mayor debate es la formulada por Günther Jakobs. El profesor de Bonn llamó derecho penal del enemigo al tratamiento diferenciado de algunos delincuentes –en especial de los terroristas, mediante medidas de contención, como táctica destinada a detener el avance de esta tendencia que amenaza con invadir todo el campo penal.”⁵³ Este trato diferenciado que describe el autor, consiste en primer punto, distinguirlo e individualizarlo como un ente peligroso para la sociedad y para el Estado,

⁵² **Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia.** Pág. 580

⁵³ **El enemigo en el derecho penal.** Pág. 151



tratándolo de una manera distinta, a la forma en que debe ser tratado un delincuente común, por representar un peligro futuro para el Estado y el derecho, por el grado de amenaza que representa.

El autor Alejandro Aponte Cardona sobre la tesis de Günther Jakobs indica: “El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (en un sentido amplio: incluyendo el derecho de las medidas de seguridad) combate peligros.”⁵⁴ Manifiesta el autor citado: “Puede agregarse: es un instrumento de combate contra peligros que atentan contra la seguridad, o probablemente contra las múltiples “seguridades” que circundan ideológicamente discursos estatales reforzados autoritariamente.”⁵⁵

Es decir, la distinción excluyente, que gira en torno a un derecho penal para ciudadanos y otro que se dirige específicamente a los enemigos, se realiza con base al pretexto de mantener o conseguir la seguridad de cualquier modo, en otras palabras, no se tiene en consideración los elementos fundamentales establecidos por las normas supremas.

El autor Eduardo Franco establece: “Günther Jakobs describe el Derecho penal del enemigo como aquel sector del ordenamiento jurídico-penal, en el que la pena no significa un reproche hacia la conducta del autor, sino que actúa como un mecanismo de aseguramiento frente a autores especialmente peligrosos. En este sentido, mediante el

⁵⁴ Guerra y derecho penal del enemigo. Pág.156

⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 156



Derecho penal del enemigo, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos.”⁵⁶

En la anterior definición, se describe la relación que tiene el Estado con las personas que se encuentran divididas en dos categorías, el ciudadano y el enemigo, donde nuevamente se invoca el principio de seguridad, es decir, garantizar la seguridad a costa de lo que esté a su alcance, amenazando a sus enemigos, donde cualquier persona que no muestre una seguridad cognitiva de respetar, ser parte del derecho y de la sociedad puede ser atacada como se le ataca a un enemigo y donde el Estado está obligado a garantizar dicha seguridad a sus ciudadanos.

El autor Eduardo Franco expresa: “En definitiva, el Derecho penal del enemigo es un derecho penal ilegítimo porque niega el derecho fundamental de la dignidad humana; porque se trata además, de un derecho penal de autor, e infringe un principio fundamental de la teoría del derecho, según el cual la validez no puede hacerse derivar de la eficacia, advirtiendo que en la medida en que se constate que además es un derecho penal vigente le corresponde al jurista la tarea de criticarlo por su incompatibilidad con el Derecho penal del Estado de Derecho.”⁵⁷

En resumen, el derecho penal del enemigo, es una corriente de actualidad, que ocupa un lugar encubierto en el ordenamiento jurídico de la mayoría de legislaciones a nivel mundial, donde se pone de manifiesto el derecho penal de autor, cuya principal tesis

⁵⁶ Op. Cit. Pág. 257

⁵⁷ Ibid. Pág. 262



expone las medidas, que ha adoptado el Estado, para protegerse de posibles peligros futuros, o que hayan ocurrido, dañando a la colectividad en grandes proporciones, o bien que exista una amenaza de daño para los ciudadanos, que son obedientes del derecho, lo cual se puede decir, es el lado positivo de este derecho represor.

3.2 Antecedentes históricos del derecho penal del enemigo

El derecho penal del enemigo, cobró vigencia con la presentación del Profesor alemán, Günther Jakobs, a quién se le debe el nombre derecho penal del enemigo, quién desde el año de 1985 presentó la tesis denominada: Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. El derecho penal del enemigo tiene sus orígenes desde épocas remotas, aunque no tenía un nombre como tal.

Para poder determinar el origen y evolución histórica del derecho penal del enemigo, es menester conocer los antecedentes históricos del concepto enemigo, término que produce la contradicción y rechazo desde la misma palabra en sí misma y que proviene del latín *inimicus*, que según el Diccionario de la Lengua Española, se refiere a la palabra enemigo como: "Contrario; dicho de una persona o de un país; y Contrarios en una guerra."⁵⁸ Para el autor Manuel Ossorio, enemigo significa: "El contrario en la lucha, en las ideas, en los intereses. Quién odia a otro, tiene mala voluntad contra él y le hace o desea mal. En Derecho Canónico y en Teología, el diablo. En Derecho Internacional y en la milicia, el adversario, contrario o rival de guerra. En el antiguo Derecho Penal, el

⁵⁸ Op. Cit. Pág. 909



homicida de su padre, de su madre o de alguno de sus parientes restantes hasta el cuarto grado, o quién les había acusado de un grave delito.”⁵⁹

En este caso, el término enemigo, es bastante amplio e históricamente ha evolucionado, hasta lo que hoy en día se asocia con el derecho penal del enemigo, corriente que describe la condición de aquel, que no concede una seguridad cognitiva de reconocer las normas jurídico-penales, ignorándolas y ocasionando un riesgo o peligro inminente para la sociedad y los bienes jurídicos que el derecho penal protege.

En el derecho romano, la expresión *Animicus* era utilizada para aquellos individuos en la esfera particular o privada, caso contrario para los individuos en el ámbito internacional o extranjero, foráneos, súbditos de otros reinos, le denominaban *Hostis*.

El autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni afirma: “Se trata de un concepto que, en versión original o matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el derecho penal.”⁶⁰ Esta afirmación por parte del autor, expresa que durante tiempos remotos ya se tomaba en consideración la existencia de aquellos individuos que no eran amigos, sino enemigos o bien cualquier nombre con el que se les pudiera nombrar, por cuanto tenían

⁵⁹ Op. Cit. Pág. 366

⁶⁰ Op. Cit. Pág. 24



un trato diferenciado de aquellos ciudadanos, a los cuales les asistían todos sus derechos.

El término enemigo en la antigüedad, lo aborda el autor Miguel Polaino-Orts quien lo describe como: “El descriptivismo valorativo del término enemigo se rellenó en la Antigüedad remota de un contenido de signo negativo. Así, en algunos ordenamientos jurídicos de la Antigüedad, la enemistad era un estado que surgía de un agravio privado como era el haber cometido un delito grave contra la familia de otra persona: [...] Se trataba pues, de un concepto puramente privado de enemigo, en el que quizá pueda hallarse el origen de la expresión, enemigos internos. Pero pronto se amplió el significado del término, abarcando también la enemistad surgida por agravios públicos, en los asuntos de la cosa pública, de ahí se deriva la noción bélica de enemigo, que alude comúnmente al adversario, o más específicamente al ejército contrario en la guerra.”⁶¹

El enemigo entonces, se circunscribe a la evolución del concepto, que desde la antigüedad se produjo en el ámbito de la esfera privada, afectando solamente a los particulares entre sí, pero que evolucionó hasta identificarse como enemigo, aquel que atentare contra el Estado y los bienes públicos de determinado pueblo.

En consecuencia, con la evolución histórica del hombre, el autor Kai Ambos, describe algunos de los diferentes pensamientos de los filósofos griegos más ilustres, tal es el caso de Aristóteles, afirmando: “Aristóteles exige que sus ciudades se preparen para

⁶¹ Op. Cit. Pág. 146



tiempos de guerra y para tiempos de paz. Se debe evitar que los enemigos conquisten la ciudad y ello a través de mecanismos reforzados, zonas y formas de construcción de difícil acceso. Cuando trata el tema del enemigo externo, las reflexiones de Aristóteles sobre aquellos ciudadanos del Estado que se deberían haber comportado como las partes de un todo al que pertenecen hacen referencia al enemigo interno: El que no puede o no debe vivir en comunidad no es miembro del Estado y, por tanto, ni un animal ni un Dios.”⁶²

Es importante destacar la evolución histórica desde la etapa antigua, donde el hombre permanecía en estado de naturaleza, para luego surgir las clases antagónicas, desintegrándose la comunidad primitiva y naciendo la comunidad esclavista, por ello, Grecia fue la cuna de Platón, quién fue uno de los pensadores más importantes, quién según los historiadores fue un gran defensor de la esclavitud, pues la consideraba necesaria para el Estado. Aristóteles, fue discípulo de Platón y consideró la esclavitud como algo necesario y natural.

Para el autor Cesare Beccaria, en su obra: De los Delitos y De las Penas, en cuanto al apartado para la pena de muerte, se refiere: “No es, pues, la pena de muerte un derecho, ya que he demostrado que no puede serlo; es una guerra de la nación con un ciudadano; porque juzga necesaria o útil la destrucción de su ser. Pero si demuestro que no es la muerte ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad.”⁶³

⁶² Derecho penal del enemigo. Pág. 8

⁶³ De los delitos y de las penas. Pág. 41



En el tratado de Beccaria, se establece que el gobierno bien organizado, puede disponer de la vida de un ciudadano que siendo aún privado de su libertad, atente contra la seguridad del gobierno mismo, o bien pueda producir una revolución peligrosa que pueda poner en peligro la estabilidad de la forma de gobierno que existe, mencionando en este caso que la pena de muerte, puede ser factible a quien se considere enemigo del gobierno, que pueda poner en peligro su libertad o sus fines.

Por su parte para Jean Jacques Rousseau, escritor, filósofo y músico del período de la Ilustración, cuyas ideas influyeron en la revolución francesa, por medio de una de sus obras más reconocidas como el Contrato Social, establece que, para poder ser considerado enemigo, se debe ser objeto de un proceso que le haya declarado culpable, teniendo para ello, la pena de muerte al que fue declarado enemigo público, no así al enemigo externo, que será condenado al destierro.

En un sentido similar, pero con puntos divergentes, el autor Thomas Hobbes, filósofo inglés, cuya obra más representativa es El Leviatán, que aborda los temas acerca del hombre, su estado de naturaleza, el nacimiento del derecho y la necesidad de un pacto que realizan los súbditos para entregar concesiones a un soberano, que busca preservar el bien para todos.

Según lo afirma el autor Eugenio Raúl Zaffaroni, "Hobbes no admite la resistencia al soberano, que importaría reintroducir el *bellum omnium contra omnes* (la guerra de todos contra todos), y precisamente por eso, quien resiste el poder del soberano no es penado,



sino sometido a contención forzada, porque no es un delincuente sino un enemigo que con su resistencia reintroduce la guerra.”⁶⁴

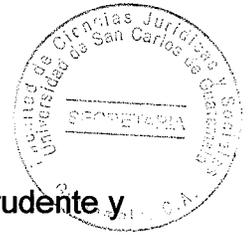
Con esta afirmación, para Hobbes, el enemigo no debe ser juzgado ni penado por las mismas leyes que se utilizan para los súbditos, sino debe ser objeto de una aplicación de fuerza, que queda a criterio del soberano, que en este caso decidirá cómo será castigado, por su osadía de estar en contra del soberano.

Según manifiesta el autor Raúl Eugenio Zaffaroni, acerca del profesor y filósofo Immanuel Kant, de nacionalidad prusiano, “Kant afirma que puede haber pueblos o seres humanos en estado de naturaleza, cuya sola presencia anárquica representa un peligro y, en tales condiciones, existe el derecho a obligarles a entrar en el contrato.”⁶⁵

En este sentido Kant pone de manifiesto la potestad coercitiva y coactiva del soberano, para hacer que sea respetado el contrato social. El filósofo alemán Johann Gottlieb Fichte, considerado uno de los padres del idealismo alemán, establece que un ser racional, adquiere su consciencia plenamente, cuando es evocado como consciente por otro ser racional fuera de él mismo. Afirmando que los objetos a conocer existen independientemente del sujeto que los percibe. Como lo manifiesta la autora de nacionalidad mexicana Isabel Claudia Martínez Álvarez: “En el pensamiento de este autor, se indica una pérdida de derechos para todo aquel que abandona el contrato

⁶⁴ Op. Cit. Pág. 123

⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 126



ciudadano. De hecho, este abandono puede ser voluntario o simplemente imprudente y tiene como consecuencia la ausencia total de derechos.”⁶⁶

Según expresa el autor Miguel Polaino-Orts acerca del pensador John Locke “Un hombre puede destruir a otro que le hace la guerra, o aquel en quien ha descubierto enemistad contra él, por las mismas razones que puede matar a un lobo o a un león. Porque los hombres así no se guían por las normas de la ley común de la razón, y no tienen más regla que la de la fuerza y la violencia. Y, por consiguiente, pueden ser tratados como si fuesen bestias de presa: esas criaturas peligrosas y dañinas que destruyen a todo aquel que cae en su poder.”⁶⁷

En este sentido, según lo afirma Locke, el hombre por su estado de naturaleza tiene el deber de guardarse respeto y de amarse entre semejantes, porque para ese efecto fue creada la humanidad, pero si en el camino de la vida, encuentra a otro ser que le causa algún daño, sea este grave o leve, el dañado tiene el derecho de reivindicar la ofensa, aplicando la justicia privada, castigándole de manera tal y en la proporción del daño, para que este no quede impune y sirva de escarmiento para cualquiera que intente realizar dicha conducta. De acuerdo al pensamiento de Locke, el hombre debe defenderse y buscar que le sea reparado el daño causado, buscando que el injusto pague por lo realizado, aplicándole una pena equitativa o de igual índole que el daño que se causó, pues para dicho pensador el delincuente es una criatura nociva, un degenerado o un peligro para la sociedad.

⁶⁶ El derecho penal del enemigo. Pág. 24

⁶⁷ Op. Cit. Pág. 107



El autor Miguel Polaino-Orts manifiesta acerca de la obra del politólogo alemán Carl Schmitt, “En la concepción de Schmitt, lo que da carácter a la realidad política es la presencia del enemigo y lo que da cohesión al grupo político es que sea un grupo de amigos. De manera que en esta distinción aparece el elemento aglutinante de la política. En toda esa amistad se encontrará comunidad de interés o de pensamiento. Pero esa comunidad adquiere personalidad no solamente por constituirse en la base de la Sociedad, sino por la presencia del enemigo.”⁶⁸

Para Schmitt basta con que sea un extraño, para que ponga en peligro lo político, no interesa si el extraño tiene características diferentes, sea en su apariencia, su nivel económico, lo único que interesa es que es un extraño, un ser distinto que puedo poner en peligro lo político, que para el autor citado lo político es equiparable al estado. Puede no existir una manifestación de voluntad por parte del extraño, simplemente se le considera enemigo, por no pertenecer al grupo de amigos, por ser diferente, por ser forastero y por ende enemigo que puede perturbar la unidad política.

En cuanto a la noción del término enemigo, manifiesta el autor Miguel Polaino-Orts lo siguiente: “La evolución histórica posterior del término enemigo revela la desnaturalización que ha experimentado dicha noción. Es, quizá, uno de los conceptos más usados a lo largo de la Historia, por regímenes políticos, agrupaciones sociales, particulares, económicas, religiosas o pseudoreligiosas, de todo signo, siempre para señalar, con dedo acusador, a quién no comparte los mismos postulados que el

⁶⁸ *Ibíd.* Pág.130



dicente.”⁶⁹ En el camino hacia lo que se conoce como derecho penal del enemigo, es necesario mencionar la doctrina del teórico Niklas Luhman, quién hace una distinción entre lo que se considera entorno y lo que se considera como sistema.

Según afirma el autor Miguel Polaino-Orts “El sistema es el ámbito en que se producen comunicaciones socialmente relevantes, las cuales son funcionales en el sentido que aportan una contribución que coadyuva a la conformación y la estabilización del sistema; el resto no es sistema, sino entorno.”⁷⁰ Por lo cual, dentro del sistema existe comunicación entre las personas que integran el sistema social.

Esta teoría de los sistemas sociales, sirve de fundamento para la teoría del funcionalismo jurídico penal, del cual es representante el Doctor Gunther Jakobs, la cual parte de la afirmación que el derecho penal debe garantizar el apego a las normas, los sistemas constitucionales y a la sociedad en su conjunto.

En consecuencia, el enemigo a lo largo de la historia, se enmarca dentro del ámbito del derecho en general, pero con ciertas connotaciones, que lo ubican en la actualidad, en relación específica a la rama del derecho penal, que como rama especializada del derecho, regula las conductas que se manifiestan en el mundo exterior y que ponen de manifiesto, la negación que realiza el autor y el nulo apego a las normas y con ello se convierte en un peligro futuro para la sociedad, tomando en cuenta que no confiere una

⁶⁹ **Ibíd.** Pág. 152

⁷⁰ **Ibíd.** Pág. 161



garantía cognitiva de respeto y que con la exteriorización de dicho desprecio, se hace acreedor a la restricción de algunos de sus derechos, convirtiéndose en enemigo por la autoexclusión voluntaria.

3.3 Características del derecho penal del enemigo

El derecho penal del enemigo, goza de diferentes aspectos que lo distinguen del derecho penal convencional o del ciudadano, debido a que esta contradicción, se suscita en la forma en que las normas jurídicas, son orientadas a causar una impresión en las personas, objeto de la norma, haciendo una diferenciación entre aquellas que aprecian las normas jurídicas, las cumplen y tienen un nivel de respeto por las mismas.

Caso contrario a las normas orientadas a la persona considerada enemigo, pues el grado de desprecio para la norma jurídica, para la convivencia armónica en sociedad, suponen un peligro constante, inminente, relevante y por demás latente, aunque no se hayan vulnerado, ninguno de los bienes jurídicos tutelados en el mundo material.

3.3.1 De acuerdo a la afectación del bien jurídico tutelado

Los bienes, son aquellos objetos materiales o inmateriales que tienen un valor, el cual puede o no calcularse en dinero. Para el ámbito del derecho penal, un bien jurídico tutelado según afirma el autor Manuel Ossorio "Concepto que presenta particular importancia en el Derecho Penal, porque cada uno de los delitos se entiende que atenta



contra el bien que la legislación protege: vida, propiedad, familia, honestidad, honor, seguridad nacional, administración pública, etc.”⁷¹

En tal sentido, el derecho penal contiene normas jurídicas de observancia general, cuyo objetivo es, el respeto de los bienes de cada persona, parte de la sociedad. Cuando una persona atenta o daña los bienes de otra, ocurre la contradicción e irrespeto a la norma prohibitiva expresa, por lo cual, la conducta materializada en afectación o daño al bien jurídico tutelado por la norma, produce el campo de acción del derecho penal, que en ese momento tomará acción, para poder restaurar el orden y permitir que la paz sea reestablecida dentro de la sociedad.

Derivado de lo antes expuesto, el derecho penal del enemigo presenta una característica por demás interesante, debido a que, atendiendo al bien jurídico afectado; para el derecho penal del enemigo, no es necesario que la conducta criminal produzca afectación material al bien jurídico tutelado, es decir se produce la criminalización al estadio previo, a la lesión de un bien jurídico. En ese mismo sentido según el autor mexicano Miguel Ángel Mancera Espinoza, indica: “Adelantamiento de la línea de defensa, se sancionan inclusive actos preparatorios. Se pretende justificar a través de la idea de seguridad cognitiva.”⁷² Esto significa que el derecho penal del enemigo, busca sancionar aquellas ideas, pensamientos, actos introductorios, que buscan la consecución de un delito, pero que no se han exteriorizado en el mundo material.

⁷¹ Op. Cit. Pág. 124

⁷² Derecho penal del enemigo. Pág. 20



La autora Isabel Claudia Martínez Álvarez, manifiesta, en concordancia con este tema “Así, en el Derecho penal del enemigo, se realiza un aseguramiento ante hechos futuros, interviniendo de manera previa a que se produzca un daño efectivo al bien jurídico clásico”⁷³ según esta autora en el derecho penal del enemigo se sanciona al autor, por la comunicación que ha expresado, en desprecio o desapego a la norma jurídica, aunque de esa comunicación expresada, no se haya producido un daño material.

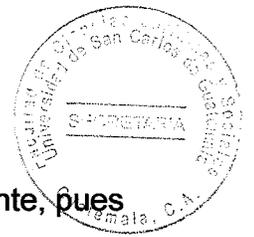
3.3.2 De acuerdo a la proporción de la pena

Es conveniente referirse al significado del término pena, pues dentro del ámbito del derecho penal, corresponde; a la sanción a la cual se hace acreedora una persona, por la realización de una conducta calificada como típica, antijurídica, culpable y punible; en el mismo sentido el autor Manuel Ossorio describe a la pena como: “Castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta.”⁷⁴

La pena debe ser proporcional al hecho cometido, es decir la magnitud del daño causado o del bien jurídico lesionado, determinará la aplicación de una pena, la cual puede ser moderada o bien severa, siempre respetando el principio de proporcionalidad de la pena, el cual establece que, a mayor gravedad del daño causado, de igual magnitud será la pena a aplicarse, como sanción para la conducta determinada como delito o falta.

⁷³ Op. Cit. Pág. 38

⁷⁴ Op. Cit. Pág. 701



En el derecho penal del enemigo, la desproporcionalidad de las penas es evidente, pues se aplican sanciones de gran dureza, para aquellos hechos futuros, que no se han materializado aún, es decir se sanciona la idea o el acto preparatorio interno, que no ha tenido consecuencias jurídicas en el mundo real, dado que solamente existe un temor inminente de que pueda o no producirse un daño al bien jurídico, que protege la norma jurídica.

Como lo manifiesta el autor Miguel Ángel Mancera Espinoza “La pena resulta desproporcionada, respecto de una conducta que aún no entra en la fase ejecutiva o del principio de ejecución.”⁷⁵

Lo anterior significa, que la pena se aplicará para poder resguardar el orden jurídico, para que la norma no pierda vigencia y la conducta que exteriorice el desprecio por la norma jurídica, pueda ser sancionada, aunque no se haya producido un daño, sino que busca proteger a la sociedad, de un resultado de daño en el futuro.

Isabel Martínez Álvarez afirma “En el Derecho penal del enemigo, conforme a Jakobs, no se impone una pena con la finalidad de restaurar la vigencia de la norma, sino como una medida de aseguramiento para eliminar los estados de peligro futuros.”⁷⁶

En tal sentido, lo que busca la aplicación de la pena, es poder proteger a la sociedad, de aquellos actos que pudieran llegar a realizarse en contra de la misma, por lo que debe

⁷⁵ Op. Cit. Pág. 20

⁷⁶ Op. Cit. Pág. 46

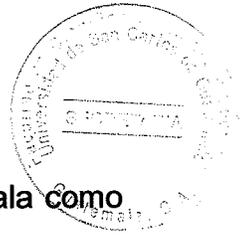


aplicar una pena ejemplar, para todos aquellos que manifiesten un menosprecio por la norma jurídica, aunque no realicen ninguna acción, lo que podría denominarse como un derecho preventivo, anticipándose a los hechos, y sancionando al autor enemigo, desde el principio de la comunicación, que asegure una pena para aquellos que se excluyen y desapegan de la norma jurídica.

3.3.3 De acuerdo a las garantías procesales

Las garantías consisten en la protección, que se otorga frente a un determinado peligro o riesgo de daño. En cuanto a las garantías procesales, éstas emanan de la Constitución Política de la República de Guatemala, en la cual se consagra, que se respetarán los derechos que de ella provienen. Es decir, es la seguridad y protección que proviene del ordenamiento jurídico constitucional y de las normas jurídicas ordinarias, para que ninguna persona sea objeto de injusticias, vejámenes o daños a su integridad psíquica, moral y física dentro de un proceso de tipo penal, evitando que se cometan injusticias contra las personas.

En el caso del derecho penal del enemigo, se puede notar la reducción, relajamiento o supresión de determinadas garantías procesales, penitenciarias y constitucionales que se presentan con la pérdida de derechos. Tal es el caso de la equivocada consideración que afirma, que aquel que expresa una comunicación de desprecio y desapego a la norma jurídica, debe ser considerado no persona, en otros términos, enemigo de la sociedad.



Como lo afirma el autor Miguel Mancera: “En términos generales, Jakobs señala como enemigos a los narcotraficantes, a los terroristas, los que cometen delitos económicos y, en general, a aquellos que se ubican dentro de la delincuencia organizada.”⁷⁷

Estos delitos, se han convertido en una amenaza social y se considera que deben ser tratados con más dureza, para lograr su erradicación, por lo que se hace necesaria, la aplicación del derecho penal de una manera ruda, sin miramientos, no importando los extremos a los cuales se debe llegar, para que dichas personas sean excluidas de la sociedad, ya que al cometer este tipo de delitos, se les otorga un tratamiento especial como enemigos públicos de la sociedad.

3.4 El derecho penal del enemigo y su relación con los principios y garantías constitucionales

Los principios, son la base sobre la cual descansa el ordenamiento jurídico de una sociedad, son el fundamento de cualquier sistema jurídico. Estos principios permiten, que puedan protegerse los derechos de cada persona. De los principios nacen las garantías constitucionales, que son aquellas que le dan certeza y protegen de cualquier peligro o riesgo a las personas que, en cada momento de la relación en sociedad, puedan verse inmersas, dentro del ámbito de cualquier rama del derecho y sufrir vejámenes o violaciones a sus derechos como seres humanos.

⁷⁷ Op. Cit. Pág. 20



Dentro del ordenamiento constitucional, se encuentran enmarcados tanto los principios y garantías; cuyo fin es limitar el ejercicio del poder supremo, ejercer control sobre él, para evitar, que se cometan abusos en contra de los derechos humanos de las personas. En este orden de ideas, el autor guatemalteco Mario David García Velásquez con respecto al proceso de las garantías afirma: “Garantismo, por tanto, será aquella condición de las leyes, sustantivas y procesales, de sometimiento la garantía de efectivo e irrenunciable respeto a los derechos y dignidad humana individual que pueda consagrar o no la Constitución de un Estado.”⁷⁸

Para el autor antes citado, las garantías son los controles y frenos que debe tener cada estado, para evitar que se cometan abusos en contra de los derechos humanos que son inherentes a la persona humana.

De esta manera, la relación del derecho penal del enemigo, con los principios y garantías constitucionales radica, en que al ser la Constitución Política de la República de Guatemala, el origen y base fundamental de todas las normas que son creadas por el Congreso de la República de Guatemala, de la Carta Magna, se desprenden todas las normas ordinarias, que rigen la conducta de las personas en sociedad, pero debido a la relación tan estrecha de la política y el derecho, los Estados se valen de políticas criminales para atacar los delitos que se cometen dentro de la sociedad.

Es en este sentido, la política criminal que adopta el Estado es la lucha contra la

⁷⁸ Tutela de urgencia y el desajuste sistémico constitucional. Pág. 15



corrupción, el terrorismo, el crimen organizado, los delitos económicos, el tráfico de drogas y estupefacientes; creará normas de tipo penal, que regulen las conductas contra las cuales se pretende luchar; pero en determinado momento, en su lucha encarnizada por lograr sus objetivos, deja abierta la puerta para que se creen normas jurídicas de tipo penal, que lleven inmersas las características del derecho penal del enemigo; contraviniendo el orden constitucional, clasificando a las personas como ciudadanos o como enemigos públicos de la sociedad.

De la manera anterior, es como se agravan las penas, es decir, se cercena la posibilidad de un trato igualitario a los demás ciudadanos, despersonalizándoles por medio de un tratamiento especial, aplicando normas ordinarias especializadas, que les decretaran una serie de medidas y penas desproporcionadas a la conducta presentada.

Tal como lo afirma el autor Estuardo Leonides Montero Cruz: "Si un parlamento democrático aprueba una norma ilegítima e injusta, el mismo Estado dispone de cauces para erradicar del ordenamiento jurídico esa norma."⁷⁹ Con esta afirmación el autor manifiesta, que existirán dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, normas que sean consideradas de aplicación especial, de carácter exclusivo, injusto o que atenten contra los principios y garantías mínimas de las cuales gozan las personas, miembros de la sociedad, pero para que esas normas de tipo derecho penal del enemigo, sean expulsadas del ordenamiento jurídico, deben seguirse los diferentes mecanismos para llevar a cabo dicha expulsión.

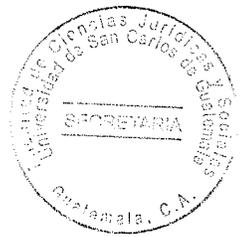
⁷⁹ **Teoría de los sistemas sociales autopoiéticos y del derecho penal del enemigo.** Pág. 124



Siguiendo este orden de ideas, la Corte de Constitucionalidad tiene la misión de examinar las normas y verificar que no contravengan el orden constitucional de Guatemala. Pero, qué sucede cuando dichas normas se mantienen vigentes y positivas en el ordenamiento jurídico, ya sea, porque la política criminal que en ese momento impera dentro de la sociedad, las suponga necesarias, para la lucha de la criminalidad y contengan procedimientos no idóneos, que atenten contra los derechos constitucionales de las personas.

En resumen, la relación del derecho penal del enemigo con los principios y garantías constitucionales es muy estrecha, porque al contener rasgos de ese tipo de derecho en una norma jurídica, existirá contradicción, en cuanto al trato de determinadas personas, que se consideran ciudadanos y otras que se consideren enemigos de la sociedad, otorgándoles un trato distinto, al que se le daría al ciudadano común, que se identifica con la norma jurídica y no la desprecia, en contraposición con aquel que se convierte en un peligro para el conglomerado social, siempre respetando el principio de legalidad y el de inocencia.





CAPÍTULO IV

4. El derecho penal del enemigo y la disminución de las garantías constitucionales

El término disminución, según el Diccionario esencial de sinónimos y antónimos de la Lengua Española, puede denominarse también como: “Descrecimiento, decrecimiento, mengua, menoscabo, merma.”⁸⁰ Para otros autores, el término disminución también puede indicarse como una restricción, reducción, aminorar, rebajar, restar, desvalorizar, empobrecer; entre otros. Pero al referirse al significado del término disminución, establece el diccionario enciclopédico Gran espasa ilustrado “Merma o menoscabo de una cosa.”⁸¹

En concordancia con el tema, Isabel Martínez expresa: “Todo estado democrático reconoce a los particulares una serie de garantías que, en tanto contienen Derechos subjetivos públicos, resultan oponibles frente al propio Estado. Estas garantías aseguran los límites entre la injerencia del Estado y el ámbito de libertades de los gobernados.”⁸²

Es innegable, que las garantías limitan las arbitrariedades, que se pudieran cometer en contra de los ciudadanos por parte del Estado; sin embargo, cuando determinadas normas jurídicas son creadas de acuerdo a la situación del momento, de acuerdo a la política criminal que el Estado crea para poder luchar en contra del crimen, se observa

⁸⁰ **Diccionario esencial de sinónimos y antónimos lengua española.** Pág. 156

⁸¹ **Diccionario enciclopédico gran espasa ilustrado.** Pág. 563

⁸² **Op. Cit.** Pág. 73



un desequilibrio, en la proporción que debe tomarse en cuenta al momento de su creación. Se realizan proyectos de ley inspirados en ordenamientos jurídicos de otros Estados; poniendo como base similitudes en cultura, sociedad, ordenamiento jurídico, índice de criminalidad. Estos modelos de legislación se adaptan, para que puedan aplicarse en la sociedad guatemalteca. Pero para poder tener éxito en la aplicación de los modelos extranjeros, debe tenerse en cuenta el nivel o grado de éxito que dichos modelos han tenido, de conformidad con la política criminal de cada Estado.

El autor Eugenio Raúl Zaffaroni afirma en cuanto al tema: “En la medida en que el derecho penal (la doctrina), como programador del poder jurídico de contención del estado de policía, deje de cumplir esa función, o sea, en la medida en que legitime el trato como enemigos de algunas personas, renuncia al principio del estado de derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al estado de policía, o sea, que cede terreno en su función de contención o dique en permanente resistencia.”⁸³

La contradicción de lo anterior ocurre, cuando en su afán de lograr prevenir hechos futuros, se convierte en un estado paranoico, extremadamente vigilante, que busca a cualquier costo, conseguir sus objetivos; ello conlleva a cometer atropellos y violaciones a los derechos de las personas, colocando normas de tipo barrera, que buscan a toda costa delimitar y diferenciar unas personas de otras.

⁸³ Op. Cit. Pág. 169



4.1 Determinación de la posible disminución de las garantías constitucionales en la aplicación del derecho penal del enemigo

En un Estado de Derecho, los principios y garantías son de aplicación inherentes a él mismo, puesto que el derecho penal busca perfección y sobre todo es garantista por sí mismo, tanto en el ámbito sustantivo penal, como en el procesal penal, debiera proteger en todo momento, los principios y garantías que le dan origen y razón de ser. Pero al tenor de ese pronunciamiento, se encuentra el derecho penal del enemigo, que no es más que una rama del derecho penal, que busca con su aplicación, que el Estado se convierta en un estado de policía, un estado absolutista, un estado autoritario.

El autor Eugenio Zaffaroni expresa al respecto de lo anterior: “En consecuencia, lo que verdaderamente se está discutiendo es si se pueden disminuir los derechos de los ciudadanos para individualizar a los enemigos, o sea, que se pasa a discutir algo diferente de la eficacia misma de la propuesta de contención. Esta sería la forma concreta y real de formular la pregunta teniendo en cuenta el desplazamiento que inevitablemente se opera en el poder punitivo cada vez que se lo habilita. Si se legitima esa lesión a los derechos de todos los ciudadanos, se concede al poder la facultad de establecer hasta que medida será necesario limitar los derechos para ejercer un poder que está en sus propias manos. De ese modo, el estado de derecho habrá sido abolido.”⁸⁴ El derecho penal del enemigo, pertenece al derecho penal, como ha quedado asentado, pero

⁸⁴ **Ibíd.** Pág. 190



conforme a la necesidad de los diferentes Estados, éstos lo incluyen en sus legislaciones, siguiendo con la corriente del derecho penal internacional.

En la globalización del crimen, el Estado trata de luchar, contra el flagelo de aquellos delitos que han cobrado mayor relevancia, por la difusión en las redes sociales, el internet y las noticias internacionales, que pueden ser vistas en vivo, los cuales han dejado atónita a las diferentes naciones, por la magnitud del daño causado y de las vidas que han cobrado tales actos criminales, lo cual se puede tomar como una de las justificaciones del derecho penal del enemigo.

Pero la diferencia estriba, en que el Estado se ha alarmado y en su lucha por anticiparse a los acontecimientos futuros, provoca que se creen normas de tipo autoritario, estigmatizador, que buscan individualizar a la persona, al grado de considerarlo un enemigo público, el cual debe ser exterminado.

En Guatemala, se encuentran incluidas dentro del ordenamiento jurídico, normas de este tipo y están cobrando especial popularidad. Los casos particulares son utilizados y expuestos ante la sociedad para que ésta observe, condene y saque sus propias conclusiones de los casos expuestos.

Una persona al ser sujeto de una sindicación, ante los medios de comunicación, se está colocando como el enemigo público número uno del momento; pero no solamente a esta persona, sino a todo su círculo familiar, siendo señalados, por actos que no han sido demostrados en un juicio justo, cuyo objetivo es mostrarse como un ejemplo para la



sociedad guatemalteca, buscando crear conciencia social, pero provocando muchos abusos y reducción de garantías para las personas que han sido objeto del escarnio público.

4.2 La urgente necesidad de reformar las normas ordinarias de tipo penal inspiradas en el derecho penal del enemigo

Las normas ordinarias de tipo penal, nacen de la Constitución Política de la República de Guatemala, las que tienen por objeto, tipificar las conductas que son consideradas delito y contiene una serie de normas jurídicas, que detallan los tipos penales de carácter prohibitivo, que los ciudadanos deben respetar.

En cuanto al ordenamiento jurídico guatemalteco, puede afirmarse que se ha inspirado en las legislaciones de muchos países y ha tomado ciertos modelos de legislación para adecuarlos a la realidad nacional y con ello busca cumplir con su objetivo.

Basta remontarse a la época en la cual existió, la lucha por determinar y erradicar a los enemigos del Estado, por ejemplo, el contrabando de alcohol en los años veinte, pasando por la primera y segunda guerra mundial, donde se incluyó el nazismo, el autoritarismo, la represión y el exterminio del enemigo por el Estado autoritario, para luego llegar a la Guerra Fría, el comunismo, el socialismo y la influencia de estas corrientes en los diferentes Estados del mundo.

Luego con la globalización, se produjeron fuertes contradicciones en los Estados, la producción de los medios masivos de comunicación y que en la actualidad su máximo



exponente lo constituyen las redes sociales, por medio de las cuales, todas las personas del mundo están al día en cuanto a las novedades tanto de su país, como de todos los países del mundo.

En el mismo sentido, el máximo exponente del autoritarismo lo constituye, Estados Unidos de América, país que se ha encargado de desarrollar un papel de policía a nivel global, artífice de guerras en todos los continentes del globo, que se encarga de vigilar las conductas de los Estados del mundo y que, en su propio territorio, violenta los derechos humanos de las personas. En ese sentido, Estados Unidos encontró un enemigo tangible al haberse producido los ataques terroristas del 11 de septiembre del año 2001, en el *World Trade Center, Manhattan, New York*.

Este hecho fue cubierto, por todos los canales de televisión del mundo, se hizo patente el desastre que causó miles de fallecidos, daños en dimensiones gigantescas y lo cual permitió al Estado policía del mundo, un pretexto perfecto para iniciar una guerra con el enemigo público número uno de dicho país en el pasado, Irak y las reservas de petróleo que dicho país poseía, simulando ante el mundo, la exterminación masiva por medio de armas químicas, que Irak supuestamente producía y que representaban un peligro para todo el mundo. Resultado que nunca pudo demostrarse, siendo el atentado a las Torres Gemelas el pretexto perfecto para la ocupación de ese Estado.

Pero la lucha iniciada por Estados Unidos de América contra el terrorismo no se detuvo con la invasión a Irak, pues existen diversas publicaciones y documentales que ponen de manifiesto la cantidad de procesos sumarios, detenciones ilegales, tortura,



desapariciones forzadas, prisión preventiva en la Cárcel de Guantánamo de muchas personas, por sus rasgos árabes y por la religión musulmana.

Ello permitió a George W. Bush crear una legislación de urgencia, que permitía el espionaje al más alto nivel, la persecución sin fronteras de los enemigos públicos y una serie de medidas en los aeropuertos, carreteras, y fronteras de ese país, con el único fin de llevar a cabo la guerra contra el terrorismo.

La influencia ejercida por Estados Unidos de América, fue atendida por Europa, América Central y Sur América, donde se crearon modelos de legislación, que permitiera la lucha contra el terrorismo, dando paso a la participación del derecho penal internacional, incluyendo amplios ordenamientos jurídicos y modificaciones constitucionales, donde se incluyeran los delitos que regularan el crimen organizado, el lavado de dinero y otros activos, el tráfico de drogas y estupefacientes, el femicidio, amplias reformas a los delitos de carácter sexual, económico, contrabando aduanero, reformas a los delitos por armas y municiones, inmigración, entre otros; lo cual permitiría estar a la altura de la influencia del pueblo de Estados Unidos.

En el caso de América Central no existe ninguna excepción, se han realizado reformas legislativas, se han creado leyes especiales, que regulan determinada cantidad de delitos que han sido inspiradas en el modelo de Estados Unidos de América.

México, forzado por Estados Unidos, inició una guerra contra los carteles de droga mexicanos, que a la fecha va perdiendo, pues solamente ha provocado más violencia,



desapariciones forzadas, ejecuciones a plena luz del día, incremento del secuestro, extorsión y aumento de criminalidad común.

Tanto América Central como México, han multiplicado el número de personas que huyen de sus lugares de origen, convirtiéndose en inmigrantes, que buscan llegar a los Estados Unidos de América, para lograr sobrevivir, ya no en busca del sueño americano, ahora por llegar y salvar sus vidas, puesto que son perseguidos por las pandillas, los extorsionistas, los narcotraficantes, o debido a la pobreza que va en aumento.

En contraposición, Estados Unidos de América ordena velar por los derechos humanos de sus vecinos, en contradicción con sus propios actos, al ser un país que aplica la pena de muerte, inclusive a menores de edad, además que tiene vigente la pena de cadena perpetua, para aquellos que son considerados indeseables o enemigos de la sociedad.

Estados Unidos de América ordena a los países del mundo, luchar contra las drogas; pero es el primer consumidor a nivel mundial de dichos productos, la tasa de muertes por sobredosis, es una epidemia en ese país; pero no existe claridad de la lucha que realiza en su propio territorio, contra este flagelo.

En algunos lugares de Estados Unidos, se ha legalizado el consumo de la marihuana, creando ganancias a los productores internos, abriendo la puerta a un nuevo mercado de consumidores, que iniciarán consumiendo marihuana, para dar paso en el futuro a las drogas duras, lo que les permitirá crear nuevos adictos y por ende ganancias millonarias a causa de este negocio.



En este orden de ideas, es imperioso acotar lo expresado por el autor Eugenio Raúl Zaffaroni: “En esta coyuntura los políticos optan por montarse sobre el aparato autista y sancionar leyes penales y procesales autoritarias y violatorias de principios y garantías constitucionales, prever penas desproporcionadas o que no pueden cumplirse porque exceden la vida humana, reiterar tipificaciones y agravantes en marañas antojadizas, sancionar actos preparatorios, desarticular los códigos penales, sancionar leyes penales inexplicables por presiones extranjeras, ceder a las burocracias internacionales que buscan mostrar eficacia, introducir instituciones inquisitorias, regular la prisión preventiva como pena y en definitiva, desconcertar a los tribunales mediante la moderna legislación penal cool, sin contar con otros muchos folklorismos penales, como pretender pena por encubrimiento a los familiares de víctimas de secuestro que no denuncien o que paguen el rescate exigido.”⁸⁵

El autor expone una realidad, que a todas luces sucede también en el Estado de Guatemala, por lo cual es necesario detallar algunos artículos que contienen normas inspiradas en el derecho penal de enemigo, las cuales representan un peligro para el Estado de derecho, pues reducen o minimizan las garantías de los ciudadanos, que en este caso mediante la excusa de luchar contra la corrupción, se ha valido de normas contenidas en las diferentes leyes ordinarias, para realizar una especie de espectáculo social, donde la figura de los métodos especiales de investigación, ha jugado un papel importante, los medios de comunicación y redes sociales contribuyen a esta especie de representación, inclusive llegando a los extremos de considerar, que con base al principio

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 77



de libertad de expresión, tiene la sociedad el derecho de destruir la reputación de otro ser humano, al denigrar su honor, considerándolo culpable, sin antes haber sido sentenciado en proceso penal.

En ese sentido las redes sociales, los canales de televisión que invitan a comentaristas, asesores y analistas, que se encargan de emitir opiniones, acerca de la situación de las personas, quienes han sido sindicadas de un hecho delictivo ante los medios de comunicación, vulnerando el principio de presunción de inocencia, todo con el único objetivo de hacer partícipe a la sociedad de tales opiniones, donde incluso se ha afirmado que los actos jurisdiccionales de los jueces, si no son favorables a la opinión pública, están en contra de la lucha contra la corrupción, inclusive se han denominado a los jueces que apegan sus decisiones a derecho y a la norma jurídica, como jueces de la impunidad, jueces a favor de la corrupción, entre otros.

Esta lucha de opiniones en medios de comunicación, han provocado polarización en los ciudadanos, un desequilibrio económico y de falta de inversión para el país, además de la falta de certeza jurídica y de respeto la dignidad de las personas expuestas al escarnio público, la afectación de su patrimonio por sospechas, indicios, por el testimonio de un colaborador eficaz, que consigue ser premiado con la calidad de testigo protegido, por haber relatado una historia, que debiera ser sujeta a verificación con pruebas científicas y materiales que pudieran dar fuerza a los dichos realizados, con tal de salvarse de una condena o de mejorar su estilo de vida.



Con lo recién expresado no se está demeritando la labor del sector justicia en Guatemala, solamente, se enumeran algunos casos, que suceden en la realidad nacional y que son un previo, a la delimitación de algunos artículos que deben revisarse, para poder evitar que se cometan abusos y el poder punitivo del Estado tenga controles; pues no basta con enarbolar la bandera de alguna lucha, sino es importante conservar y proteger las garantías fundamentales de los ciudadanos, para que el Estado de derecho prevalezca, tal como lo afirma la norma jurídica, en base al principio de igualdad, todos los seres humanos deben ser tratados en igualdad en derechos y frente a la ley.

Ante esto, es importante analizar lo mencionado en el Artículo 02 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, el cual preceptúa: “Para efectos de la presente ley se considera grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos siguientes: ...”

En el artículo mencionado, puede observarse que el Estado se adelanta en la protección del bien jurídico, puesto que está determinado con sentido hacia el futuro, no se ha causado un daño aún, pues está en fase de preparación, pero esto no significa que realmente vaya a suceder. De acuerdo a esta ley, en todo caso, el propósito de reunión es cometer un delito, pero debe existir una manifestación externa certera, que exprese el desapego por la norma jurídica, en virtud de que el solo hecho de pertenecer a un grupo de tres o más personas, tipifica una conducta que de por sí es común, de acuerdo a la libertad de asociación que tienen las personas; pero más aún preocupante es la parte de la verificación del propósito, debido a que es muy difícil que sin la consecución de un acto



externo, que manifieste el desprecio por la norma y cause un daño, pueda haber forma de probar el propósito, sí solamente, se encuentra en fase interna de preparación.

Otro de los elementos importantes, es la sanción, que conlleva el propósito de cometer uno o más delitos, por ejemplo, el delito de lavado de dinero u otros activos, ya que el responsable será sancionado con prisión incommutable de seis a veinte años, más una multa igual al valor de los bienes, instrumentos, o productos objeto del delito; además deberá cubrir las costas y gastos procesales y se publicará la sentencia en dos medios de comunicación escrita de mayor circulación en el país.

Esto significa que la persona que pertenezca a un grupo y se logre probar que el propósito era cometer el delito de lavado de dinero, deberá guardar prisión por el resto de sus días; en virtud de que, al momento de ser sindicada por cualquiera de los delitos contenidos en la ley contra la delincuencia organizada, será objeto también de la aplicación de la extinción de dominio de todo su patrimonio, sino logra demostrar que le pertenece y que lo ha obtenido de manera legal, para culminar con la humillación pública, mediante la publicación de la sentencia a nivel nacional, que tiene como objeto hacer conciencia social.

Continuando con tema, en la Ley Contra el Lavado de dinero u otros activos, en el artículo 06 regula: "Quienes se hallaren responsables de participar en la proposición o conspiración para cometer el delito de lavado de dinero u otros activos, así como la tentativa de su comisión, serán sancionados con la misma pena de prisión señalada en



el artículo 4 para el delito consumado, rebajada en una tercera parte, y demás penas accesorias.”

Al igual que en la norma anterior, se encuentran elementos del derecho penal del enemigo, al anticiparse al daño causado, pues aún no se ha realizado el delito, teniendo en cuenta la difícil tarea de probar la proposición o conspiración.

En cuanto al principio de proporcionalidad de la sanción, se observa que de igual manera, se aplicará una sanción desproporcionada a la magnitud del daño causado, en virtud de que este no ha sucedido o mediante la tentativa del hecho, misma que debe establecerse el grado de la misma, pero para la norma citada, no importa la clasificación entre autor, cómplice, instigador, puesto que para esta, es suficiente con el hecho de que la persona pertenezca al grupo delictivo, aunque no cause un daño en el presente, sino más bien le resulta imperante protegerse, prevenir que el daño se realice en el futuro.

Igual situación ocurre con el delito de proposición o conspiración para cometer el delito de terrorismo establecido en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, que en el Artículo 11 preceptúa: “Quienes se hallaren responsables de participar en la proposición o conspiración para cometer alguno de los delitos tipificados en esta Ley, así como la tentativa de su comisión, serán sancionados con la misma pena de prisión señalada para el caso de delito consumado, rebajada en una tercera parte y demás penas accesorias que correspondan.”



En resumen, estas normas son de carácter de anticipación y de aseguramiento de la punibilidad, puesto que conllevan una serie de situaciones que no han ocurrido y que, en la aplicación de la sanción, de conformidad con el principio de proporcionalidad, se observa la dureza de la pena, sin tomar en cuenta la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

En este enfoque, Isabel Martínez afirma: “El régimen excepcional de delincuencia organizada constituye Derecho penal del enemigo. Este régimen ha ido ampliando peligrosamente su rango de aplicación.”⁸⁶

En ese orden de ideas, las normas que se inspiran en el derecho penal del enemigo, buscan crear una despersonalización del enemigo, desarrollando una anticipación del daño, al bien jurídico protegido por la norma, que impone sanciones desproporcionadas al daño causado, pero que conllevan implícita una sanción ejemplar, donde aparte de la pena de prisión, se suma la imposición de multas por demás exageradas y en concordancia, con la publicación en los medios escritos de mayor circulación de la sentencia del individuo, le colocan en el lugar de enemigo de la sociedad, por el desprecio a la norma jurídica, por el peligro o riesgo inminente de que alguna conducta pudiera causar un daño a la sociedad.

Concerniente al tema, manifiesta el autor Alejandro Aponte Cardona: “Respecto de los desafíos propios que cada nación debe enfrentar, y ello es muy importante hoy en

⁸⁶ Op. Cit. Pág. 101



relación con un discurso global antiterrorista cada vez más consolidado, y respecto de las presiones para que las naciones de Occidente reformen su derecho público interno en función del terrorismo o de la lucha contra el crimen organizado, un hecho recurrente ha acompañado las políticas legislativas de emergencia en nuestro país: el recurso a las legislaciones extranjeras, con abstracción de las enormes discusiones que en otros países han suscitado reformas restrictivas de los derechos y garantías, y que han suscitado legislaciones paralelas y especiales de emergencia.”⁸⁷

Por cuanto es importante acotar, que cada sociedad es distinta en su conjunto, es decir que para el Estado de Guatemala, que es un país que sirve de conexión, tanto hacia el norte como hacia el sur, es de vital importancia que observe su legislación y pueda dejar de imitar modelos internacionales, que por experiencia de las naciones, no han sido exitosos y que solamente han ocasionado la reducción y disminución de garantías constitucionales a sus ciudadanos, pero que no consiguen erradicar ese flagelo.

El Estado de Guatemala, debe realizar una actualización a su legislación, de conformidad con la idiosincrasia de su pueblo, atendiendo a las necesidades verdaderas y no buscar aplicar modelos que en otras naciones ha fracasado.

⁸⁷ Op. Cit. Pág. 7



4.3 La protección de los derechos humanos de los guatemaltecos como fin supremo

Los derechos humanos son inherentes al ser humano mismo, estos se encuentran divididos en derechos humanos de primera generación, de segunda generación y de tercera generación. Esto significa que los derechos de primera generación, buscan proteger al ser humano en contra de los abusos del Estado, se incluyen dentro de este apartado los derechos civiles y políticos.

En cuanto a los derechos humanos de segunda generación, éstos luchan a favor de la igualdad, los cuales contienen los derechos sociales, económicos y culturales y le permiten a cada ser humano, gozar de una vida digna y tener satisfechas todas sus necesidades.

Por último, los derechos humanos de tercera generación, los cuales garantizan la solidaridad con los demás pueblos, incluyen el derecho a la paz, la justicia y la solidaridad.

El autor guatemalteco Gerardo Prado, afirma en cuanto al tema: “Los derechos humanos nacen con la humanidad misma; siempre han estado en la historia junto con el hombre y han evolucionado de acuerdo a cada época. Hace 2,500 años, en Grecia, había ciudadanos griegos que gozaban de determinados derechos y estaban protegidos por las leyes. Pero también había personas que no gozaban de tales derechos y estaban privados de su libertad, como los esclavos. Los romanos conquistaron a los griegos y



continuó la esclavitud. Hubo una larga lucha de liberación y entre sus episodios más importantes encontramos el de Espartaco; la Carta Magna del año 1215, surgida según lo hemos visto a raíz de manifestaciones públicas de ciertos grupos (realeza, Iglesia y hombres libres), favoreció primero con normas jurídicas dedicadas a los nobles, pero estas se fueron ampliando poco a poco a los sectores populares.”⁸⁸

De conformidad con lo expresado por el autor antes citado, en Guatemala, se encuentran regulados todos los derechos fundamentales en la Constitución Política de la República de Guatemala, por ejemplo, en la parte del preámbulo puede observarse el carácter humanista y garantista, donde el ser humano es el más importante.

De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, los derechos humanos y la persona humana son el fin supremo, el motivo y razón de ser del Estado.

En tal sentido, ninguna norma ordinaria, está por encima de la norma constitucional, por lo que es necesario detenerse a reflexionar, en el conjunto de leyes que han cobrado vigencia en el territorio guatemalteco, las cuales se encuentran encaminadas a la lucha contra los grandes males que azotan al Estado.

Toda norma ordinaria, debe aplicarse respetando los derechos humanos de las personas, pues el límite al poder punitivo es la misma ley, pero cuando se observa por ejemplo, el momento en el cual una persona es capturada, ya sea en flagrancia o debido a una orden

⁸⁸ Op. Cit. Pág. 34



emanada de juez competente; lo primero que ocurre, es que las autoridades policiales contactan a los medios de comunicación, con el fin de promocionar su valentía, el buen trabajo que realizan, o bien hacer saber a la colectividad que realizan una labor ardua en la lucha contra el crimen.

No obstante, este tipo de prácticas, no son permitidas por la Constitución Política de la República de Guatemala, tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 13: “Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por tribunal competente.”

Esta norma constitucional, no es respetada, tanto por las autoridades policiales, como por los medios de comunicación, quienes enarbolan el principio de libertad de expresión, para poder exponer públicamente a una persona, que no ha sido indagada por el juez competente, y desde el momento en que su rostro, su nombre, la dirección de su residencia, el domicilio donde fue capturada, el delito por el cual fue detenida y muchos otros detalles son publicados, lo convierten en el enemigo público de la sociedad.

Aunado a lo anterior, se pueden observar los comentarios en redes sociales, donde la doble moral juega un papel importante, debido que, al ejercer su derecho de libre expresión de forma equívoca, atropellan la dignidad de la persona, quien tiene derecho de defensa, que la ley le concede, como derecho un humano de primera generación.



Suele confundirse, el principio de publicidad del proceso penal, porque según lo afirma el texto constitucional en el Artículo 14 “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada. El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata.”

Esto no significa, que el juez no tenga la potestad de ordenar, que todas las actuaciones dentro del órgano jurisdiccional, sean públicas para los medios de comunicación, pero en la actualidad ha existido un abuso de dicho poder jurisdiccional, pues han ocurrido situaciones, en donde se filtran audios que se tienen como medio de convicción, que aún no han adquirido el carácter probatorio, para un proceso penal justo, siendo esos medios de convicción sometidos a la opinión pública, sacados de contexto y colocando a la sociedad, como en una especie de tribuna, como existía en los tiempos del Coliseo romano, donde el público decidía el destino del gladiador en turno.

En este orden de ideas, es conveniente resaltar que los jueces y magistrados deben tener mesura en sus atribuciones, porque de igual forma, las puertas abiertas a los medios de comunicación, sin ninguna limitación, puede voltearse en su contra e incluso puede exigirse que dictamine de determinada forma, caso contrario será mal considerado, como un juez de la impunidad, un juez a favor del pacto de corruptos, un juez a favor de la corrupción, entre otras muchas aseveraciones que se realizan, cuando sucede un



excesivo uso de la libertad, que se le concede a los medios de comunicación, de **participar** en las diferentes etapas del proceso penal.

Otro derecho fundamental que regula la Constitución Política de la República de Guatemala, es el derecho a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos, siendo este caso muy particular en Guatemala, ya que existen innumerables fallas en cuanto al trato a las personas que son privadas de libertad, puesto que muchas de ellas aún se encuentran en prisión preventiva, esperando el proceso penal que les dictará una sentencia, pero muchas personas no han sido, incluso, objeto de ninguna acción procesal, solamente guardan prisión provisional indefinidamente, hasta que el órgano jurisdiccional decida el momento en que será llamado a dilucidar su situación, pero para que esto ocurra transcurren años de su vida, privado de libertad y conviviendo con todo tipo de delincuentes.

De esto pueden derivarse una multiplicidad de consecuencias, por ejemplo, puede ocurrir que una persona, sea declarada culpable del delito que se le imputa, pero resulta que la sanción de pena de prisión para ese delito era menor, al tiempo que ha permanecido detenido. Otro caso interesante sucede con la imposición de una condena de prisión y aparejada a esta una multa, para el delito de lavado de dinero u otros activos, puesto que dicha multa consiste en devolver al Estado, la misma cantidad de dinero producto del delito, caso contrario no podrá recobrar su libertad.

Al respecto el diario Prensa Libre en su edición digital del 18 de enero de 2017, realiza un reportaje mediante el cual explica que son cuarenta y nueve personas a esa fecha,



las que no podían recobrar su libertad, debido a las multas tan altas e impagables que les habían dado, como sanción de tipo pecuniario, al respecto detallan: “Las multas impagables mantienen presos a 49 personas sentenciadas por lavado y defraudación, no pueden recobrar la libertad porque les han impuesto multas impagables”⁸⁹

En Guatemala no existe la cadena perpetua, según lo establece el Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal en el Artículo 44: “La pena de prisión consiste en la privación de libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años.”

De manera que en muchas ocasiones, no se toma la norma más favorable para el reo y por el contrario, entre el Código Penal y la Ley contra el lavado de dinero u otros activos, se suele hacer uso de esta segunda, específicamente del artículo cuatro, el que preceptúa: “El responsable del delito de lavado de dinero u otros activos será sancionado con prisión inmutable de seis a veinte años, más un multa igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objeto del delito; el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de costas y gastos procesales; y la publicación de la sentencia en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país. Si el delito fuere cometido por persona extranjera se le impondrá, además de las penas a que

⁸⁹ <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/las-multas-impagables-mantienen-presos>
(Consultado: 5 de agosto de 2019)



se hubiere hecho acreedora, la pena de expulsión del territorio nacional, que se ejecutará inmediatamente que haya cumplido aquellas.”

En esta norma jurídica vigente y positiva, se puede encontrar la inspiración de derecho penal del enemigo en su esencia máxima, ya que concurre el elemento de violación al principio de proporcionalidad, dado que la pena es desmesurada, imposible de cumplir o al menos de lograr la libertad, para aquel que comete el delito, también pone de manifiesto las ansias de lograr, que la persona que mostró el desprecio por la norma jurídica sea expuesta al público, en forma de escarmiento, para que sea un disuasivo para la sociedad y todos aquellos que en el futuro consideren cometer este hecho, sin embargo, aún no se ha determinado si este motivo, verdaderamente funciona para que la sociedad no cometa este tipo de actos ilícitos.

De manera que se hace imperiosa una revisión a esta norma por parte de la Corte de Constitucionalidad, para que sea declarada inconstitucional, porque violenta varios principios y garantías constitucionales, de esta forma es menester, que pueda presentarse una acción de inconstitucionalidad para esta norma y lograr su expulsión o reforma en el sistema jurídico guatemalteco, teniendo como base, el fin del Estado que es velar por el cumplimiento de los derechos humanos de sus habitantes.

En concordancia con lo recién expuesto, el autor Luigi Ferrajoli, afirma acerca del tema: “Pues bien: este es a mi juicio el primer factor de orden filosófico-político, antes que jurídico de incompatibilidad de la cadena perpetua con el paradigma garantista del estado de derecho moderno. Si el Estado es un <<artificio>>, concebido por los hombres para la



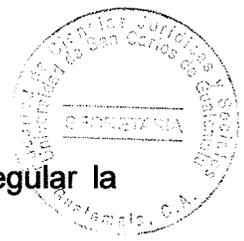
tutela de los derechos fundamentales de todos, y cuya legitimidad se deduce de la efectividad de dicha tutela, perdería su razón de ser, esto es, el pacto social se rompería, declararían la <<guerra>> a sus ciudadanos, retrocedería al estado natural, si suprimiera para siempre la vida o la libertad de uno de sus ciudadanos. En este sentido, la cadena perpetua es, al igual que la pena de muerte, una <<guerra de la nación contra un ciudadano>>.”⁹⁰

Tal como ha quedado expuesto, existen numerosas normas jurídicas, que deben ser minuciosamente revisadas, en particular, las normas ordinarias que están incluidas dentro del paquete de la lucha contra el crimen organizado, la corrupción y otras leyes, que son utilizadas de manera incorrecta, para crear un disuasivo social, olvidando que el derecho penal obedece a la *ultima ratio*, tomando en consideración que, es el último recurso del cual se sirve el Estado en su potestad punitiva, para ejercer control sobre los gobernados; pero también el Estado debe tener controles que impidan que se extralimite, en su afán de castigar, tanto a culpables como a los inocentes, para evitar que se sigan cometiendo abusos en contra de los ciudadanos guatemaltecos, que son respetuosos de las normas jurídicas.

4.4 El fortalecimiento del estado de derecho como una necesidad urgente

El Estado de Derecho, es aquel en el cual, el pueblo ha designado a sus representantes para que realicen el contrato social, por medio del cual, todos los habitantes de un Estado

⁹⁰ El paradigma garantista. Pág. 171



sean sometidos al imperio de las normas jurídicas creadas, con el fin de regular la convivencia pacífica y armoniosa dentro de la sociedad, en el que ninguna persona, institución o gobernante, pueden ser superiores a la ley; puesto que la ley, es la que rige a todos por igual, debe ser respetada y velar por su cumplimiento en beneficio de la colectividad.

El diccionario enciclopédico Gran Espasa, detalla el significado del término, Estado de Derecho de la siguiente manera “Estado de Derecho, es aquel en el que la ley elaborada por los legítimos representantes de la comunidad está por encima de los individuos, grupos o instituciones.”⁹¹

Esta definición es bastante acertada, por cuanto, para que en un Estado, pueda existir el denominado Estado de Derecho, las normas jurídicas deben ser decretadas por el Organismo Legislativo legítimo, electo por el pueblo, por medio de sufragio universal, en el cual se encuentre representada su voluntad, de esta manera, es ese organismo del Estado, el encargado de decretar las normas jurídicas, que regirán la conducta de sus habitantes y que organizarán al Estado tanto, política y jurídicamente, para que pueda alcanzar el fin supremo, motivo de su existencia, como lo es la persona humana, garantizar y proteger sus derechos y limitarse en sus facultades ejecutivas, legislativas y judiciales.

Para que un Estado, pueda denominarse Estado de Derecho, deben cumplirse varias

⁹¹ **Op. Cit.** Pág. 673



premisas, puesto que no basta tener un ordenamiento jurídico, además, es importante que dicho ordenamiento jurídico, sea respetado y obedecido por todos, donde los límites al poder del Estado, estén bien definidos y los límites a las conductas de los habitantes también lo estén, de manera que las normas jurídicas se respeten y cumplan de conformidad por todos y cada uno de sus habitantes y con ello se logre la paz y armonía social de un pueblo.

También en el Estado de Derecho, el poder de este debe estar dividido y deben existir frenos y contrapesos, que no permitan que se convierta en un Estado absoluto o en un Estado de policía. De lo cual se deduce que la justicia como ideal, debe estar basada en la aplicación correcta de la norma jurídica, no haciendo distinción alguna entre las personas sujetas a ella.

En Guatemala, la Constitución Política de la República de Guatemala, contiene la voluntad del pueblo, quién mediante una Asamblea Nacional Constituyente, decidió otorgarse un nuevo ordenamiento jurídico, que pudiera estar a la vanguardia de la modernidad durante el Siglo XX, específicamente promulgada el 31 de mayo de 1985, entrando en vigencia el 14 de enero de 1986. Esta es la base y el pilar para todo el ordenamiento jurídico guatemalteco y contiene una serie de principios y garantías, que buscan velar por el estricto cumplimiento de la ley, respetando y colocando como principal motivo a la persona humana, sus derechos humanos y el perfecto desarrollo integro en libertad e igualdad de condiciones, para todos, dentro del territorio guatemalteco.



A este respecto, el autor Mario García Velásquez afirma acerca del Estado de Derecho, “El Estado de Derecho es la sujeción del poder a los esenciales derechos y garantías de respeto individual del ser humano. De ahí que, en el constitucionalismo moderno, que reivindica los orígenes y fundamentos constitucionales como ley fundamental del sistema jurídico-integrada exclusivamente por principios que garanticen la libertad y derechos del hombre, a más de configurar y organizar fundamental y estructuralmente el Estado, -se proclame la sujeción de los órganos del Estado a la Constitución y a las normas aprobadas conforme al procedimiento que ésta misma fije.”⁹²

En esta afirmación, claramente se puede observar, que el único motivo de existencia del Estado de Derecho, es la sujeción a la ley, para todos, tanto para gobernados, como para gobernantes, sin excepción alguna, porque tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 152: “El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio.”

En este artículo se refiere, al poder público, que el pueblo ha delegado en el Estado, para que éste lo ejerza en su bienestar, no en su detrimento, por cuanto el límite a dicho poder es, la norma constitucional y las demás leyes que de ella han sido desarrolladas. Todos los habitantes de un Estado, están sometidos al imperio de la ley, ninguno puede ser superior a ella; como ciudadanos tienen permitido hacer, lo que la ley no prohíbe y como

⁹² Op. Cit. Pág. 17



funcionarios y empleados del Estado, solamente tiene permitido realizar lo que les ordena la ley.

El desprecio por la norma jurídica, ha llevado al Estado, a la creación de políticas criminales, que van cercando cada día más las libertades de los ciudadanos, por lo que la intromisión estatal en asuntos de índole particular es evidente, la creación excesiva de nuevas normas jurídicas, que redundan y que convierten la esfera privada de una persona, en un hastío, en desesperanza hacia el futuro.

El Estado de Guatemala, deberá realizar reformas profundas al sistema, no solo al cúmulo de leyes con las cuales ya se cuenta; para que verdaderamente pueda situarse como un verdadero Estado de Derecho. El autor Eugenio Raúl Zaffaroni manifiesta acerca del tema “Los estados de derecho no son otra cosa que la contención de los estados de policía, contención trabajosamente conseguida como resultado de la experiencia acumulada a lo largo de luchas seculares contra del poder absoluto.”⁹³

Según el autor recién citado, los Estados de policía, son aquellos que actúan vigilando a sus ciudadanos, invadiendo la esfera privada, para determinar cada proceder de sus ciudadanos, para ello creará mecanismos de control, que tendrán la apariencia de luchas contra enemigos del Estado, pero que tendrán como objetivo estrechar cada día al ciudadano, intentando con ello, controlar toda la esfera social, para convertirse en un Estado autoritario y absoluto.

⁹³ Op. Cit. Pág. 165



El autor Luigi Ferrajoli al respecto afirma: “El problema de la extrema desigualdad de las personas en la tutela y la garantía de los derechos coincide a menudo con el del acceso o, mejor dicho, del no acceso o del difícil acceso a la justicia por parte de los sujetos más débiles: débiles por razones económicas, o sociales, o de género, o de edad, o por otras condiciones personales y sociales. Entre todos estos factores de debilidad y vulnerabilidad me ocuparé principalmente de la desigualdad generada por la pobreza, que es ciertamente la fuente más grave y llamativa de discriminación.”⁹⁴

Nótese lo expresado por el autor, la desigualdad, como uno de los principales problemas al momento de tratar de garantizar los derechos de los seres humanos, problema que afecta a todos los países poco desarrollados. En este orden de ideas, se puede expresar que es imperioso, que el Estado de Guatemala haga un cambio, es decir, una reforma estructural de sus instituciones estatales.

En conclusión, el Estado de Guatemala requiere, dejar de imitar políticas de otros Estados, para crear una política propia, con miras a una reforma a largo plazo, que produzca guatemaltecos positivos y optimistas, que tengan cubiertas sus necesidades mínimas y que se les permita alcanzar un nivel de bienestar social, moral, económico, y emocional, lo que provocará un cambio verdadero, en pro y bienestar de las generaciones venideras.

⁹⁴ Op. Cit. Pág. 213



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho penal del enemigo y la disminución de las garantías constitucionales, es un problema que ha sido ocasionado, por haber obtenido inspiración en otras legislaciones internacionales y que, al tenerse como referencia de cambio en dichos países, ha provocado, que el Congreso de la República de Guatemala, decrete leyes de carácter ordinario, que llevan inmerso en su contenido, normas que afectan los principios y garantías que la Constitución Política de la República de Guatemala protege.

En el cuerpo capitular, se estudia al derecho penal como una ciencia, que se interrelaciona con otras ciencias jurídicas muy importantes, dentro de las cuales se encuentra, el derecho penal del enemigo, que ha existido desde la antigüedad y que ha evolucionado, hasta lo que se conoce en la actualidad y el grado de afectación que sufre la legislación guatemalteca, al encontrarlo en las normas ordinarias, que contravienen la Constitución Política de la República de Guatemala.

En tal sentido, se recomienda que la Universidad de San Carlos de Guatemala, por su carácter social y humano, realice un estudio exhaustivo, de todo el ordenamiento jurídico penal; y mediante los sujetos con legitimación activa, que determina la ley; pueda realizarse el proceso constitucional, que logre la expulsión del ordenamiento jurídico, de aquellas normas con inspiración en el derecho penal del enemigo y que puedan buscarse alternativas, que coloquen al derecho penal, como la última medida que utilizará el Estado, para garantizar la paz social.





BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. **Derecho penal del enemigo**. Bogotá, Colombia: Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2007.

APONTE CARDONA, Alejandro. **Guerra y derecho penal del enemigo**. Bogotá, Colombia: Ed. Ibáñez, 2006.

BAQUIAX, Josué Felipe. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Serviprensa, 2012.

BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Madrid, España: Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Fénix, 2007.

CALDERÓN, Hugo. **Teoría general del derecho administrativo. Tomo I**. Guatemala: Ed. MR libros, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Cómo nace el derecho**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2010.

CAUHAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. La fundación, 2009.

DE LA TORRE, Ignacio. **Curso de derecho penal. Parte general**. Valencia, España: Ed. Ediciones experiencia S.L. 2005.

DE MATA VELA José y Héctor de León. **Derecho penal guatemalteco. Parte general y parte especial. Tomo I**. 22ª ed. Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 2012.

Diccionario de la lengua española. 22ª ed. España: Ed. Espasa Calpe, S.A, 2009



Diccionario esencial de sinónimos y antónimos lengua española. 1ª ed. España. Ed. Ediciones Larousse, 2007

Diccionario enciclopédico gran espasa ilustrado. España: Ed. Espasa Calpe, S.A, 2000.

Diccionario del español jurídico. <https://www.dej.rae.es> 2019.

ESCOBAR, Fredy. **Compilaciones de derecho penal. Parte general.** Guatemala: Ed. Magna terra, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista.** Madrid, España: Ed. Trotta, 2018.

FRANCO, Eduardo. **Fundamentos de derecho penal moderno. Tomo I.** Quito, Ecuador: Ed. Corporación de estudios y publicaciones, 2012.

GARCÍA, Mario. **Tutela de urgencia y el desajuste sistémico constitucional.** Guatemala: Ed. Tierra labrada, 2009.

<https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/las-multas-impagables-mantienen-presos>. (Consultado: 5 de agosto de 2019)

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho.** México: Ed. Universidad nacional autónoma de México, 1982.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional público.** Guatemala: Ed. Maya' Wuj, 2010.

MANCERA, Miguel. **Derecho penal del enemigo.** México: Ed. Ubijus, 2011.

MARTÍNEZ, Isabel. **El derecho penal del enemigo.** México: Ed. Porrúa, 2009.



MONTERO, Estuardo. Teoría de los sistemas sociales autopoieticos y del derecho penal del enemigo. México: Ed. Grandes ediciones, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Ed. B de F, 2001.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Chile: Ed. Heliasta, 1974.

POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Madrid, España: Ed. Bosch, 2009.

PRADO, Gerardo. Derecho constitucional. Guatemala. Ed. Praxis, 2007.

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. El derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores. Chile: (s.e), (s.f)

ZAFFARONI, Eugenio. Derecho penal. Parte general. México: Ed. Porrúa, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio. El enemigo en el derecho penal. Madrid, España: Ed. Dykinson, S.L, 2006.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89, Congreso de la República de Guatemala, 1990.

Código Penal. Decreto 17-73, Congreso de la República de Guatemala, 1973.



Ley Contra el Crimen Organizado. Decreto 21-2006, Congreso de la República de Guatemala, 2006.

Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Decreto 67-2001, Congreso de la República de Guatemala, 2001.

Ley Para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo. Decreto 58-2005, Congreso de la República de Guatemala, 2005.