

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO  
COMO POLÍTICA CRIMINAL EN LAS LEYES PENALES ESPECIALES**

**LICENCIADO**

**MÁXIMO ADONÍAS SANTOS SOBERANIS**

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2024

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO  
COMO POLÍTICA CRIMINAL EN LAS LEYES PENALES ESPECIALES**



Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRO EN DERECHO PENAL**  
**(*Magister Scientiae*)**

Guatemala, octubre de 2024

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

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:		Vacante
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dra.	Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL EXAMINADOR**

PRESIDENTE:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Jorge Alberto González Barrios
SECRETARIO:	Dr.	Víctor Manuel Cruz Rivera

**RAZÓN:** «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

*Dra. Wendy Isabel Rodríguez Aldana*  
*Abogada y Notaria*

Guatemala, 31 de agosto de 2023

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho

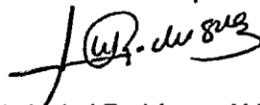
Estimado Dr. Cáceres:

Por este medio me dirijo a usted para informarle que el Maestrando, Licenciado **MAXIMO ADONÍAS SANTOS SOBERÁNIS**, con número de carné **200721432** de la Maestría en Derecho Penal, redactó y presentó trabajo de tesis titulada "**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO POLÍTICA CRIMINAL EN LAS LEYES PENALES ESPECIALES**", la cual después de ser asesorada, discutida las observaciones y revisada, conforme a nombramiento contenido en **Resolución D.E.E.P.D.P 33-2023**, de fecha ocho de marzo de dos mil veintitrés, se determinó que su contenido cumple con los requisitos mínimos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por lo anterior expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE** a la tesis relacionada en el párrafo anterior, por lo que es viable que el Maestrando, continúe con el trámite respectivo y pueda ser defendida en su examen privado de tesis.

Sin otro particular me suscribo,

Atentamente,



Dra. Wendy Isabel Rodríguez Aldana  
Profesora Tutora de Tesis  
Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



**USAC**

TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 21 de septiembre de 2024

Doctor:  
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha diez de septiembre de dos mil veinticuatro, en donde se me pide dictamen gramatical; asimismo, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el licenciado: **MÁXIMO ADONÍAS SANTOS SOBERANIS**, de la **Maestría en Derecho Penal**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO POLÍTICA CRIMINAL EN LAS LEYES PENALES ESPECIALES**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje, tecnicismos y neologismos de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrado. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo de la Asociación Americana de Psicología –APA- en su séptima edición, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado, para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y se cotejó el índice, los títulos, subtítulos, la parte conceptual introductoria y las conclusiones, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

  
Dr. William Enrique López Morataya  
Revisor de Gramática  
Cul. 6144



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 23 de septiembre del año dos mil veinticuatro.-----**

En vista de que el Licenciado Maximo Adonías Santos Soberánis, aprobó el examen privado de Tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 116- 2024 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de Tesis titulada **“EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO POLÍTICA CRIMINAL EN LAS LEYES PENALES ESPECIALES”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

  
**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

## **DEDICATORIA**

### **A DIOS:**

El único y sabio Dios, mi salvador, quien guía mis pasos y me llena todos los días de muchas bendiciones, en especial por permitirme culminar esta etapa tan importante en mi vida.

### **A MIS PADRES:**

Miguel Ángel Santos Barrera (Q. E. P. D.), estoy seguro que desde el cielo, donde se encuentra, está muy orgulloso de mi; María Celia Soberanis Pérez, por sus consejos, ejemplo y apoyo incondicional en todo momento. Gracias por sus oraciones, porque a través de ellas me ha ayudado a tomar el aliento para culminar mis metas.

### **A MI FAMILIA:**

Vicky Morales, Sara Camila y Rebeca Valentina, por su apoyo, paciencia y comprensión, mi amor por ustedes.

### **A MIS HERMANOS:**

Mirly y Miguel, que con su ejemplo me desafían y demuestran que puedo también alcanzarlo; Emanuel y Joel, espero poder inspirarles a conseguirlo. Infinitas gracias a todos porque siempre me han apoyado cuando los he necesitado.

### **A MIS AMIGOS:**

Compañeros de trabajo y estudios, con quienes compartimos muchas experiencias y que de alguna manera fueron partícipes de mi sueño.

**A:** Todos los amigos y profesionales que colaboraron con la realización de mi trabajo de tesis. Muy agradecido por su apoyo incondicional.

**A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a su personal docente y administrativo, quienes compartieron sus conocimientos, los cuales sirvieron para mi formación profesional. Dios les bendiga siempre.



## ÍNDICE

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

### CAPÍTULO I

1. El derecho penal .....	1
1.1. Aspectos generales .....	1
1.2. Evolución histórica .....	6
1.3. Escuelas penales .....	11
1.3.1. La Escuela Clásica .....	11
1.3.2. La Escuela Positivista .....	18
1.4. La humanización del derecho penal en la época de la Ilustración .....	23
1.5. El constitucionalismo liberal y el derecho penal .....	28

### CAPÍTULO II

2. Principios garantistas en materia penal .....	31
2.1. Principio de legalidad .....	31
2.2. Principio de presunción de inocencia .....	35
2.3. Derecho de defensa .....	39
2.4. Principio de intervención mínima .....	43
2.5. Principio de <i>última ratio</i> .....	44
2.6. Principio de objetividad .....	46
2.7. Principio de proporcionalidad .....	50
2.8. El principio de eficacia .....	55

### CAPÍTULO III

3. El derecho penal del enemigo .....	59
3.1. Concepto del derecho penal del enemigo .....	62
3.2. El crimen organizado .....	65
3.3. El crimen organizado en Guatemala .....	73
3.4. La estructura del crimen organizado .....	76



## CAPÍTULO IV

4. Las leyes penales especiales .....	81
4.1. Antecedentes de las leyes penales especiales .....	81
4.2. Ley Contra la Narcoactividad .....	84
4.3. Ley contra la Delincuencia Organizada .....	88
4.4. Ley de Extinción de Dominio .....	92
4.5. Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos .....	98
4.6. La razón de la política criminal de las leyes penales especiales .....	100

## CAPÍTULO V

5. El derecho penal del enemigo como política criminal dentro de las leyes penales especiales .....	103
5.1. La criminalidad en Guatemala .....	103
5.2. La teoría del delito y las leyes penales .....	105
5.3. El derecho penal del enemigo, una estrategia universal .....	108
5.4. Los alcances del crimen organizado en Guatemala .....	111
5.5. La legislación guatemalteca que regula la política criminal .....	114
5.6. El derecho penal del enemigo como parte de la política criminal .....	116
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	127
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	129



## INTRODUCCIÓN

Es oportuno recalcar que para la comunidad internacional la seguridad pública es fundamental para la defensa de los derechos humanos, donde los Estados deben de promover políticas eficaces principalmente contra el crimen organizado, con el objetivo de fortalecer la seguridad y el sistema de justicia, a efecto de responder efectivamente contra los hechos de violencia de mayor impacto social, para lo cual el Poder Legislativo debe jugar un papel preponderante en la creación de leyes que contengan las facultades suficientes, para que el Estado ejerza el poder punitivo del que está investido.

Para la obtención de ese fin, el Estado debe contar con la política criminal que contenga los matices de prevención y castigo, como un plan a largo plazo que afecta todas las esferas de los poderes públicos, por lo cual deben articularse todos los esfuerzos ejecutivos, legislativos y jurisdiccionales con un objetivo común, hacer frente en ocasiones a un enemigo público que atenta contra la población y el propio Estado de derecho.

El crimen organizado es actualmente uno de los problemas más complejos de un Estado, pues estas estructuras afectan de forma grave distintas esferas de este, entre ellas, la economía, la seguridad, la gobernabilidad, el desarrollo social, los derechos humanos de su población, tomando en cuenta que llegan a tener injerencia en las instituciones públicas, tanto por el terror que implica enfrentarlas como a través de la corrupción. De esta cuenta, el Estado se encuentra ante un enemigo público que debe enfrentar de forma particularizada.



En el caso de Guatemala, en particular, se ha visto afectada por el crecimiento de organizaciones criminales que han encontrado la forma compleja de cometer actos contra la población en contravención a la ley penal, lo que ha motivado a la creación de un orden jurídico especializado con el objetivo de sancionar a quienes forman estructuralmente las diversas maneras de crear violencia, miedo y cooptación de las instituciones públicas.

Con estructuras criminales altamente complejas y fuertemente armadas, el Estado necesitó crear la Ley contra la Delincuencia Organizada en respuesta a esa agresividad y tecnificación, incluso de las estructuras criminales, para lograr sus objetivos. En esta ley se establecieron diversas técnicas de inteligencia como el agente encubierto, entregas vigiladas o vigilancia en las comunicaciones telefónicas, entre otras; además ha dispuesto criminalizar ciertas conductas finalistas.

Pero esto no ha sido suficiente para contrarrestar el flagelo de la delincuencia organizada, por lo que es necesario tener una visión más integral para que la ley sea efectiva y alcance sus objetivos, lo cual podrá lograrse a través de mejorar la política criminal para hacer frente a estas organizaciones que son enemigas del Estado y la sociedad.

Por lo anterior, el orden jurídico que regula de forma genérica la investigación y persecución penal, dar especial atención al tipificar conductas que se pretenden sancionar previo a la comisión del delito, denominadas de peligro, con el objetivo de evitar cualquier daño posterior y tardío a los bienes jurídicos, razón por la que se sanciona la peligrosidad como conducta ilícita.



Al tomar en cuenta a las organizaciones criminales como enemigos del Estado de derecho y la sociedad, es importante analizar si la política criminal considerada como el derecho penal del enemigo, limita derechos constitucionales durante la persecución penal, al pretender el castigo basado en la peligrosidad del o los sujetos activos del delito.

Por lo anterior, se extrae que el tema de investigación es relevante, original y novedoso, al no estar anteriormente estudiado desde el contexto que se plantea y pretende desarrollar dentro del presente estudio. Además, se pretende elaborar un documento de importancia académica al integrar un estudio y análisis teórico y jurídico de relevancia para la ciencia del derecho, permitiendo ser una guía de interés para personas que buscan información relativa. El tema contiene referencia científica, bibliográfica y jurisprudencial importante que sustentará el estudio y sus resultados.

Como objetivo general de esta tesis, se determinó analizar los aspectos jurídico-dogmáticos de la política criminal del derecho penal del enemigo y la limitación justificada de los derechos fundamentales en las leyes penales especiales como la de extinción de dominio y delincuencia organizada, esta última que regula los delitos, penas, medios de investigaciones especiales y otros métodos de persecución penal.

En cuanto a los objetivos específicos, se incluyen estudiar los puntos doctrinales más relevantes de la teoría del derecho penal del enemigo; analizar respecto las garantías y derechos fundamentales de carácter procesal en materia penal; estudiar el derecho comparado que aplica la política criminal del derecho penal del enemigo; y analizar la



jurisprudencia constitucional y jurisprudencia de cortes internacionales relativas al derecho penal del enemigo.

Se propuso como hipótesis que, el derecho penal del enemigo se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan una forma especial de perseguir penalmente a una o más personas enfocadas principalmente en su peligrosidad, la cual tiene ciertos efectos que caracterizan esta forma de criminalización, debido a que al sancionar su peligrosidad consecuentemente se le limitan ciertos derechos fundamentales.

Para alcanzar los objetivos de la presente investigación y poder verificar si se confirma la hipótesis respectiva, se estructuró el presente trabajo de investigación en cinco capítulos. En el capítulo uno, con temas relativos al derecho penal, su evolución histórica tomando en cuenta las escuelas penales, la humanización del derecho penal y su relación con el constitucionalismo liberal; en el capítulo dos, se describe el tema de los principios y garantías en materia penal, desarrollando un estudio doctrinario y jurídico de un catálogo de principios relacionándolos con el tema principal; en el capítulo tres, se analiza el tema del derecho penal del enemigo con sus conceptos, la relación con el crimen organizado, su estructura y la situación de este nivel de criminalidad en Guatemala; en el capítulo cuatro, se analizan las leyes penales especiales, haciendo un estudio particularizado de estas en Guatemala; en el capítulo cinco, se desarrolla el título principal con sus temas, determinado la importancia de que el derecho penal del enemigo motiva la política criminal dentro de las leyes penales especiales, enfocándose en la criminalidad del país, el derecho penal del enemigo a nivel universal, los alcances del crimen organizado en Guatemala y la legislación nacional que regula la política criminal.



## CAPÍTULO I

### 1. El derecho penal

#### 1.1. Aspectos generales

Los Estados, a través de su sistema jurídico penal, hacen frente a los problemas sociales de mayor trascendencia, sobre conductas que afectan considerablemente los bienes jurídicamente tutelados. El sistema penal acusatorio permite ciertos aspectos protectores de los derechos fundamentales que pueden ser afectados por el proceso penal, esto tomando en cuenta que dicho sistema debe ser garante de principios constitucionales como el derecho de defensa, presunción de inocencia, el debido proceso, el juez natural, entre otros.

El derecho penal se desarrolla en los sistemas jurídicos de los Estados a través de las leyes que regulan los delitos, las penas y las medidas de seguridad, como también aquellas que regulan el proceso; de esta cuenta, el Estado ocupa la ciencia penal como medio de coerción, doblegando la libertad y voluntad de las personas e introduciéndolas a un procedimiento que determinará su situación jurídica según lo resuelva un órgano competente.

Pero además de establecer el procedimiento penal para quienes quebrantan la ley, el derecho penal debería fungir como herramienta de prevención al orden social, al establecer un conjunto de conductas como actos ilícitos desarrollados dentro de los tipos penales, lo que permitiría a la sociedad, ante el conocimiento generalizado de las conductas prohibidas, que eviten cometerlas para no ser procesados y penalizados.



Para entender el marco de acción del Estado, es necesario tener en cuenta la idea del Estado, que surge con la intención de organizar a la sociedad desde una perspectiva política, con el fin de que este vele por el orden social a través de ciertas atribuciones legales y sus respectivos límites. Al respecto Fajardo (1996) indica: “Hubo la necesidad de crear un poder coactivo que pudiese garantizar la paz interna y organizar la defensa de lo externo” (p. 15). Este poder tiene limitaciones, siendo uno de los principales el conjunto de derechos humanos y garantías constitucionales que deben ser protegidos por el proceso judicial.

De esa cuenta, el Estado debe dar solución a los conflictos sociales en defensa de los bienes jurídicamente tutelados, pero, además, precisa que existan los lineamientos de comportamiento para delimitar la libertad de acción de las conductas permitidas y no permitidas; por tanto, no se puede concebir a un Estado sin un sistema penal que garantice la defensa de los derechos fundamentales a través de su fuerza punitiva tanto de forma preventiva como represiva. Es por ello que el derecho penal se convierte en una herramienta del poder punitivo del Estado, la más eficaz, cuando se trata de conflictos que trascienden cualquiera otra forma menos gravosa de solucionarlos, pero que queda determinado al cumplimiento de la ley.

Bohórquez (2016) comenta que:

De esta manera se aprecia como los Estados, no pueden existir sin un sistema de penas y un ordenamiento jurídico que le permita resolver los conflictos derivados tanto de la comisión de los delitos, como del ejercicio del poder; de manera que el Derecho Penal pasa a tener un carácter relevante para el orden



social y la convivencia civilizada en cualquier forma de organización humana, donde se manifieste el poder estatal. (p. 4)

Esta herramienta, entonces, ha sido parte de la historia de los Estados, es decir, que la ciencia penal nace juntamente con él, esto debido a que el mecanismo jurídico y los delitos penales, son sistemas que pretenden la prevención y represión de todas aquellas conductas ilícitas a través del poder coercitivo. El origen del derecho penal antecede a la necesidad de los grupos sociales de crear un sistema de represión y retribución sobre aquellas personas que realizan conductas, que afectan intereses o derechos de terceros. Esta ciencia del derecho ha marcado en distintas épocas los diferentes pensamientos del ser humano respecto del tratamiento penal de los sujetos que quebrantan un orden social establecido, tendiendo como propósito universal alcanzar la convivencia social.

En tal sentido, se puede decir que el delito ha existido siempre y su tratamiento ha ido transformando el modo en que el sistema penal va aplicando las medidas coercitivas que permitan el restablecimiento del orden social y, consecuentemente, posibilitar la represión y erradicación de las conductas a través de la rehabilitación e inserción social de quien lo quebranta, es decir, no solo se reprime la conducta, sino también se busca la redención del delincuente a través de su derecho de ser reintegrado socialmente, característico de los Estados democráticos.

De inicio, no se reconocía al derecho penal como ciencia, pero si existían delitos o conductas prohibidas que eran reprimidas socialmente, dando lugar a distintas formas de castigar a los responsables de las mismas cuyo objetivo era evitar el caos social,



por tanto, la sanción viene a ser el medio oportuno de promover el orden social con el fin de evitar el castigo.

Respecto de la represión del delito, Jakobs (2000) explica que:

El sistema (de represión del delito) elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración, la sanción se lleva a cabo siempre a nivel social. (p. 22)

La respuesta al delito se da con razón en la aplicación de una sanción que pretende tener un efecto represor y preventivo, el primero como consecuencia y el segundo que trata de frenar la vida delincencial de quien comete el delito y de terceros, que no querrán ser sancionados de igual manera, siempre que no exista una reacción pública menos gravosa.

El derecho penal, paulatinamente, va formando una dependencia recíproca con la sociedad, principalmente cuando esta se va haciendo más compleja, siendo parte de las políticas criminales de Estado y su necesidad de criminalizar conductas que ponen en riesgo el orden social, jurídico y consecuentemente de los derechos fundamentales que deben protegerse.

Con la intervención del Estado la ciencia penal va estableciendo parámetros tanto doctrinales como jurídicos que pretenden limitar su poder punitivo, de esta manera el sistema de represión fue tomando una forma humanizada de tratar al delincuente dentro de los Estados democráticos, determinando la importancia de codificar las



conductas prohibidas en cumplimiento de la legalidad de la ley penal, evitando cualquier arbitrariedad o autoritarismo de los órganos del sistema de justicia.

Por tanto, el *ius puniendi* representa la potestad pública de castigar e imponer una sanción, pero este poder no solo debe de contemplar facultades de represión, sino también brindar protección particularmente del proceso penal establecido para determinar la situación de una persona que es perseguida penalmente.

Para aquella función, el Estado necesita que sus funcionarios, actúen de manera responsable, transparente, justa y apegada a derecho, para brindar certeza jurídica a la sociedad sobre las actividades del Estado en un proceso penal, para cumplir con los fines del derecho. El fin del derecho en general es establecer la normatividad tanto expresa como dogmática de la relación Estado-sociedad para someter a todos los individuos a un orden social que garantice la convivencia pacífica y el respeto de los derechos humanos.

Se entiende entonces que el derecho penal es un conjunto de normas jurídicas, doctrinas, principios e instituciones que tienen la finalidad de establecer lo relativo a los delitos, el delincuente, las penas y las medidas de seguridad con el fin universal de procurar la paz y convivencia en sociedad, a través de la protección de los bienes jurídicos más importantes de los individuos.

Carranca Rivas y Carranca Trujillo (1944) estiman que: “Las normas jurídicas tienen como objeto regir la actuación del ser humano en sociedad; debido a que las relaciones de sociedad son complejas, el Derecho a través de la norma, limita y orienta la conducta material” (p. 77), por ello, la determinación de crear tipos penales a través de



la norma jurídica descansa en la necesidad pública de proteger a las personas, pero dentro del contexto de una política de imputación objetiva que requiere que los tipos penales sean desarrollados taxativamente para evitar arbitrariedades o analogías, con el objeto de castigar únicamente aquellas conductas que estén expresamente señaladas como ilícitas.

En ese orden de ideas, la historia del derecho penal se escribe con una serie de cambios que fueron aportando teorías y doctrinas a esta ciencia cambiante a la misma vez que la sociedad cambia y por ende las formas peculiares de delinquir ameritan la integración constante de políticas criminales que hacen del derecho penal, una medida eficiente de hacer frente a conductas que violentan el orden social.

## **1.2. Evolución histórica**

La sanción, como medio de retribución por actos contrarios al orden social, es una forma muy antigua de solventar los problemas más relevantes que afectan a los bienes jurídicamente tutelados. Una de las primeras manifestaciones de la sanción es la venganza privada, la cual tiene constancia en un instrumento antiguo como lo es la Ley del Talión, dando lugar al castigo proporcionalmente recíproco al daño causado.

La sanción penal es un componente fundamental dentro de cualquier sistema de justicia penal. Se refiere a las consecuencias legales que se imponen a una persona que ha sido declarada culpable de cometer un delito. La finalidad de la sanción penal es múltiple, pues busca castigar al infractor, prevenir la comisión de futuros delitos, proteger a la sociedad y, en algunos casos, lograr la rehabilitación del delincuente.



En este sentido, González Bustamante (1985) explica que:

La primera relevación del derecho penal que se hizo al intelecto humano, le fue hecha bajo la forma de un derecho individual, y, más precisamente, del derecho de la venganza privada. Se reconocía, sí, que el hombre cuyas malas obras hubiesen violado los derechos ajenos, debía ser sometido, a su vez, a una privación de derechos. (p. 36)

La sanción era ejecutada regularmente por la misma víctima, quien se le otorgaba la potestad de hacerle el mismo daño a su agresor o proporcionalmente otro daño que asimilara de igual manera la afectación sufrida. Al respecto también De León Velasco y De Mata Vela (2008) comentan que: “La época de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto” (p. 14).

En la época no se tenía una tutela pública del castigo, las personas tomaban venganza por su propia cuenta, lo que daba lugar a la desproporcionalidad de la pena al extralimitarse en la venganza y, por ende, el castigo venía a ser mayor que el daño causado a los bienes o integridad física de la víctima. Por ello es que, con el transcurso del tiempo, aparecieron los instrumentos jurídicos que regulaban la conducta de las personas, como el Código de Hammurabi, que es un ejemplo de la sanción privada bajo las reglas de un documento jurídico emitido por la autoridad, en el cual se describían las reglas de convivencia social y de igual manera las sanciones que deberían ser impuestas si se quebrantaba la ley, procurando ser lo más equitativa posible.



En relación al Código de Hammurabi, González Santos (2015) explica que fue:

Creado en el año 1750 a. C. por el rey babilónico que le dio nombre, Hammurabi, consta de 282 leyes que regulan el funcionamiento de la sociedad. Las penas aparecen clasificadas según los delitos y crímenes cometidos, teniendo como base la Ley del Talión. (p. 6)

Además del Código de Hammurabi aparece la Biblia, dando lugar a la venganza divina, fortaleciendo la frase clásica de ojo por ojo y diente por diente como la forma justa de sanción para quienes hacía un daño a los bienes protegidos. El Código de Hammurabi es uno de los conjuntos de leyes más antiguos conocidos en la historia de la humanidad. Fue creado en la antigua Mesopotamia en torno al siglo XVIII a.C. por el rey Hammurabi de Babilonia. El Código contiene 282 leyes que abarcan una amplia gama de asuntos legales, incluida la regulación de la justicia penal.

Aunque las normas y castigos pueden parecer severos desde la perspectiva actual, el código proporcionó una base para la administración de la justicia en esa época. En materia penal, el Código de Hammurabi establecía normas y sanciones para una variedad de delitos y situaciones. Osorio (1987) estima que:

La venganza divina es la época en que según la Real Academia el gobierno era ejercido por Dios, o en el que el poder supremo está ejercido por los sacerdotes. El primer concepto es puramente teórico porque no es concebible el ejercicio directo y personal de la gobernación de un Estado por Dios. El segundo concepto puede tener realidad y la tuvo evidentemente en los pueblos primitivos. (p. 738)



La sanción se basaba según se quebrantaba el orden establecido que era contrario a las reglas bíblicas emitidas por Dios, dando lugar a los jueces inquisidores que además de jueces eran quienes acusaban y consecuentemente emitían sentencia, fundamentándose particularmente en creencias religiosas. Posteriormente surge la sanción civil que era aplicada conforme a normas más equitativas emitidas por autoridad secular, limitándole a la iglesia su poder inquisidor para sancionar conductas basadas particularmente en lo que se conocía como herejía.

Una sanción penal debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido. Esto significa que la pena debe ser justa y equitativa en relación con la falta. Las sanciones desproporcionadas pueden llevar a una injusticia y erosionar la confianza en el sistema de justicia, siendo esto lo que sucedía con la venganza divina, donde los jueces eran también quienes determinaban el delito, las causas fácticas y emitía juicio, todo lo contrario de un sistema de sanciones justas y proporcionales.

Según Núñez (1977):

Debido a la influencia de las supersticiones en la vida política de los pueblos, la venganza de tipo civil, que iba encontrando medios regulatorios más razonables, fue desplazada por la de tipo religioso. La finalidad práctica de la represión no fue ya vengar el daño causado al ofendido, a su familia o al grupo social, sino vengar la ofensa causada a Dios. (p. 44)

La intervención pública de una organización sociopolítica que representaba los intereses de la sociedad, fue fortaleciendo la intervención de un tercero imparcial que debía resolver el conflicto, sin que le fueran afectados intereses personales,



depositándose el servicio de justicia en autoridades elegidas para el efecto que determinaban el delito y aplicaban la sanción. Las sanciones penales con la intervención del Estado empezaron a buscar prevenir futuros delitos al disuadir a otros de cometer actos ilegales.

La amenaza de sanciones, tanto las leves como las severas establecidas en la ley penal, pueden influir en la toma de decisiones y en la conducta de las personas. La intervención pública mejoró el tratamiento del sujeto que es investigado penalmente adaptándose a las circunstancias individuales propias de delitos.

De Mata Vela y De León Velasco (2004) exponen que:

Se depositaba en el poder público la representación de la vindicta social respecto de la comisión de un delito. El poder público, representado por el Estado, ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro (...) se convirtió en una verdadera venganza pública que llegó a excesos, caracterizándose por la aplicación de las penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con relación al daño causado. (p. 5)

Pero a pesar de la intervención pública, se presentaban irregularidades y arbitrariedades que promovían el autoritarismo y violaciones a los derechos humanos de quienes eran investigados por quebrantar la ley penal. Las primeras manifestaciones de las intervenciones del Estado fueron marcadas por un sistema inquisitivo que no garantizaba la investigación, el debido proceso y por ende la imputación objetiva de los delitos como se intenta hoy en día garantizar, vulnerando



entonces, derechos fundamentales. Al hacer referencia al derecho penal, la forma de sancionar las conductas delictivas no puede obviarse los aportes que a la dogmática penal han realizado las distintas escuelas penales, de esa cuenta se analizan algunos a continuación.

### **1.3. Escuelas penales**

#### **1.3.1. La Escuela Clásica**

Los antecedentes muestran un derecho penal con mayor crueldad hasta el siglo XVII, aun cuando ya se implementaba la intervención pública del Estado para racionalizar el poder punitivo y evitar la venganza privada, la Ley del Talión o cualquier otro medio de represión y sanción, la ciencia penal manifestaba una protección parcial a los intereses de los monarcas, la nobleza y el clero, por lo que la desigualdad ante la ley perseguía la instrucción de reconocer las garantías procesales según la calidad de la persona, es decir, si eran pertenecientes a estos grupos sociales.

La etapa científica del derecho penal hace surgir a importantes pensadores que trajeron ideales humanistas y garantes de la ciencia penal, que tenían como finalidad limitar el poder punitivo del Estado por las tantas arbitrariedades cometidas. Luego, la época de la Ilustración, como fue bautizado el movimiento intelectual de tratadistas europeos fue que se establecieron las bases del moderno derecho penal, se caracterizó por la racionalización y el respeto de los derechos humanos de quienes eran sometidos a investigación penal.



Quisbert (2008) define esta época como:

Un movimiento intelectual europeo caracterizado por el racionalismo utilitarista de la clase burguesa en su etapa ascendente en la consecución de la hegemonía estructural capitalista, la toma del poder político y la conformación de su ideología buscando eliminar las insuficiencias de la sociedad existente, modificar las costumbres, la política y el género de vida, difundiendo las ideas del bien, de la justicia y el conocimiento científico y persiguiendo en su vertiente penal la igualdad de las personas ante la ley, la humanización de las sanciones, la eliminación de la tortura y la promulgación de leyes claras. (p. 24)

Uno de estos pensadores fue el marqués de Beccaria, quien en su obra *De los delitos y las penas* desarrolla nuevos valores moralizadores del derecho penal y su aplicación en la práctica, particularmente consciente de dos aspectos importantes en la ejecución del poder punitivo, como lo eran el delito y la pena, dando lugar a nuevas teorías y doctrinas.

Entre los principios fundamentales que sostenían sus posturas idealistas se encontraba el principio de legalidad, como garante de la aplicación del delito y la pena; así también el reconocimiento de ciertas garantías procesales fundamentales inviolables, que sustentaban el debido proceso.

Beccaria creía que el objetivo fundamental del sistema penal era prevenir el delito en lugar de simplemente castigarlo. Sostenía que las penas deben ser ejemplares y disuasorias para que la sociedad en su conjunto desistiera de cometer delitos. Además, abogaba por la proporcionalidad entre el delito y la pena. Sostenía que las penas



excesivamente crueles, inhumanas o desproporcionadas no eran efectivas y solo aumentaban el sufrimiento sin contribuir a la prevención del delito.

Es así como Pavón (2004) comenta que:

Beccaria, expuso una nueva teoría punitiva que fue sustentada en dos bases fundamentales que permiten construir una justificación armónica sobre la existencia de la pena como consecuencia del delito. Indicando Beccaria que: *El fin pues no es otro que el de impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberían ser escogidas las penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan la impresión más eficaz y durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.* (p. 61)

En ese orden, Beccaria entendía que el derecho penal no solo debía de considerar el fenómeno del delito como una acción que debía reprimirse, sino también consciente de los efectos del este, particularmente en lo que refiere a la víctima y a la pena, esta última debía de ser proporcionalmente adecuada al daño causado, además, debía ser un mecanismo utilizado por el Estado para la rehabilitación y reinserción social del condenado.

Defendía el principio de legalidad, según el cual solo se podía castigar a alguien por acciones previamente establecidas como delitos en la ley. Además, argumentaba que las leyes debían ser claras y comprensibles para que los ciudadanos pudieran conocer y entender qué comportamientos eran ilegales.



En la época de este tratadista se enfatizaba la importancia de proteger los derechos individuales de los acusados. Se argumentaba que todos los ciudadanos tenían derecho a un juicio justo, a ser informados de los cargos en su contra ya defenderse adecuadamente. Beccaria se opuso firmemente a la tortura y a la pena de muerte, pues argumentaba que la tortura no era confiable para obtener confesiones precisas y que la pena de muerte era innecesaria y contraproducente. Por tanto, abogaba por penas alternativas que enfocarían en la reeducación y la rehabilitación de los delincuentes.

Otro de los puntos fundamentales sostenidos en la época científica de la Escuela Clásica penal, es la separación del Estado y la Iglesia, relación que propició a la selectividad, parcialidad, al castigo desmedido, a la implementación de un proceso penal inquisitivo, secreto, sin garantías procesales y violatorios de los derechos humanos. Así, para Beccaria, era necesario que la lógica y la razón sustentaran los estatutos de la ciencia penal, donde a todo individuo se le reconociera su capacidad de defender sus posturas ante un tribunal imparcial, tutelar del debido proceso y garante de sus derechos, bajo las bases de la causalidad, donde la pena fuera proporcional al hecho causado, debidamente tipificado.

La época de la Escuela Clásica tiene relación con los cambios sociopolíticos de la época liberalista, como la independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y la Revolución francesa en 1789, que conllevaron a la propuesta de las bases de los ideales liberales sustentados en tres valores fundamentales: la libertad, la igualdad y la limitación al poder del Estado.



En relación con ello, Quisbert (2008) indica que:

Los principios y garantías liberales de la Revolución Francesa: el Principio de Igualdad de las personas ante la ley, el Principio de Legalidad, Garantías Procesales y la supresión de las torturas, y los principios utilitaristas de Jeremy Bentham –que mide la pena por el peligro y no por la moralidad del acto, aunque en ciertos casos surge la idea de la moralidad—reforman el Código Penal Francés de 1810 que entró en vigencia el 1° de enero de 1811. Este código quiere lograr la defensa social por el contenido intimidatorio de la pena, por lo que tiende a afligir al culpable. (p. 25)

Otro de los pensadores clásicos era Pellegrino Rossi, quien aportó importantes estudios del derecho penal como *Teoría de las penas y las recompensas* o *Génesis del diritto penale*, quien para algunos tratadistas fue el que estableció las bases del pensamiento clásico de la época con su obra *Filosofía del delito*. En esta época se pretendía por la reforma del sistema penal en su totalidad, a fin de abolir prácticas inhumanas, la revisión de las leyes penales y la adopción de un enfoque más racional y humanitario hacia la justicia penal, fueron los aportes científicos en la ciencia penal, a fin de tener un impacto significativo en la evolución de la teoría y la práctica del derecho penal.

Sus ideas sobre la prevención del delito, la proporcionalidad de las penas, los derechos individuales y la reforma del sistema penal influyeron en la transformación de las políticas y prácticas penales en muchos países y contribuyeron a la formación de un enfoque más justo y humano en la administración de la justicia. El tratadista hacía



énfasis a la moralidad del delito, por lo que Díaz, Montenegro y Martínez (2012) indican, al respecto, citando a Rossi, que este:

Consideraba que existía un orden moral que todos los seres, libres e inteligentes, deberían de seguir, pensando que aquella tendría que aplicarse en la sociedad, puesto que todos los individuos están hechos para vivir en sociedad: surge un orden obligatorio para toda una sociedad y del cual se derivarían todos los derechos y obligaciones. (p. 6)

Francisco Carrara fue otro de los ilustres tratadistas de la época de la Escuela Clásica. Su obra *Programa di Diritto Criminale* desarrolló ideas sobre el humanismo del derecho penal y la enmienda del reo como único fundamento y fin de la pena, por lo que se le conoce para algunos como el “Padre de la Escuela Clásica”, pues desarrolló los primeros ideales de la rehabilitación e inserción social como parte de los efectos de la ejecución de la pena.

Carrara abogaba por la aplicación de un enfoque científico en el estudio del derecho penal. Sostenía que el derecho penal debía basarse en principios objetivos y racionales, y no en tradiciones arbitrarias. En su análisis de las causas del delito, Carrara se centraba en analizar las causas del delito, enfocándose en las influencias sociales, psicológicas y económicas que podrían llevar a una persona a cometer un delito. Esto marcó un cambio importante en la forma en que se abordaban los problemas penales en ese momento.

Díaz Montenegro y Martínez (2012) aseguran que:



El conjunto de doctrinas de Carrara, representan el término de la evolución de la Escuela Clásica. Este autor sostiene que el derecho es connatural al hombre. La ciencia del derecho criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales. Según Carrara (2012) delito es: “La infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable o políticamente engañoso” (p. 6).

De lo anterior se extrae que el origen del derecho penal tiene como principal fundamento la necesidad de someter al orden social a todas las personas, en sus principios, con un sistema de represión y retribución mediante la pena por conductas que afectan intereses o derechos de personales o de terceros, marcado por distintos estadios que llevaron a idealistas con nuevos valores iusfilosóficos para un mejor tratamiento humano, racionalizando las sanciones, limitando el poder punitivo del Estado y estableciendo y reconociendo garantías procesales, para que la pena cumpla con un fin resocializador, a lo que se le llamo también la “época de la ilustración clásica”. Carrara defendía una concepción amplia del delito que iba más allá de la mera violación de la ley. Consideraba que un delito debía ser entendido como una conducta que atentaba contra la armonía y el equilibrio social.

Carrara enfatizaba la importancia de la culpabilidad en la imposición de penas. Creía que la pena debía ser proporcionada a la culpabilidad del individuo y que las circunstancias personales debían tenerse en cuenta al determinar la responsabilidad. En la época existía una tendencia que abogaba por la individualización de las penas,



argumentando que las sanciones debían ajustarse a la situación específica de cada delincuente ya la gravedad del delito cometido y una preferencia por penas privativas de libertad. Aunque Carrara no era partidario de la pena de muerte, abogaba por el uso de penas privativas de libertad en lugar de castigos corporales o crueles. Veía en la reclusión la posibilidad de reformar al delincuente respetando los derechos y garantías del acusado.

Carrara sostenía que los derechos y garantías del acusado debían ser respetados en todo momento. Defendía la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo y el principio de legalidad y creía en la necesidad de una evolución constante del derecho penal para adaptarse a los cambios sociales y culturales. Abogaba por la introducción de reformas basadas en la ciencia y la experiencia.

En general, el *Programa di Diritto Criminale* de Francisco Carrara marcó una etapa importante en la teoría del derecho penal al introducir un enfoque más científico y humanitario en la comprensión de la criminalidad y la justicia penal. Sus ideas influyeron en la reforma de los sistemas penales y en la promoción de un enfoque más justo y equitativo en la administración de la justicia.

### **1.3.2. La Escuela Positivista**

En el siglo XIX, de la responsabilidad moral de Beccaria y las críticas por las resurgentes bases científicas del derecho penal, pensadores como Enrico Ferri, Rafael Garófalo y Cesare Lombroso, esbozan los ideales del derecho natural como referente de la escuela positiva. La Escuela Positivista del derecho penal es un enfoque que



surgió como una respuesta a las limitaciones percibidas en las teorías clásicas y liberales del derecho penal.

A diferencia de las perspectivas anteriores que enfocaban la justicia penal en principios abstractos de derecho natural y en la protección de derechos individuales, el positivismo se caracteriza por su enfoque en la observación empírica, la ciencia y la comprensión de las causas y consecuencias del comportamiento delictivo.

Comulgando con lo anterior, Elbert (2001) explica que:

La aparición del positivismo fue consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales en los estudios filosóficos del siglo XIX, y se hizo sentir en todas las disciplinas incluyendo al derecho, la psiquiatría, la criminología y la psicología. El positivismo es una postura filosófica que tuvo un impacto y por tanto una influencia enorme en el campo de lo científico y por supuesto la búsqueda del conocimiento comprobable y válido también hizo eco, en la criminología, el derecho penal y la política criminal. (p. 50)

De esa cuenta, la Escuela Positiva trata de sustentar sus teorías en la experimentación, en la objetividad de los hechos y la particularidad fundamentación de lo científico, rechazando teorías clásicas como la moral del derecho, el libre albedrío, nociones religiosas o ideales absolutos. Una de las principales características del positivismo es su énfasis en la aplicación de métodos científicos y empíricos para comprender la conducta delictiva y las causas subyacentes. Los positivistas creían que el estudio objetivo de datos y evidencias permitiría identificar patrones y factores que contribuyen al delito.



Uno de los principales postores de los ideales positivos fue Augusto Comte, quien estimaba que los fenómenos sociales que daban lugar al delito se debían estimar desde los acontecimientos fácticos comprobables, y no desde conceptos altamente subjetivos como la moral, la religiosidad o la libertad de conciencia, para adecuar estos hechos a la ciencia penal.

La Universidad Nacional Autónoma de México (2014), explica que:

Esta escuela afirma que el hombre no escoge libre y conscientemente el mal sobre el bien; puesto que es un ente natural y, en algunos casos, con anomalías que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir. Al respecto, cabe destacar la influencia de Cesare Lombroso, con sus estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría del criminal nato. (p. 20)

Una de las referencias críticas negativas que se le hace a la escuela positiva es a la predisposición al delito, para algunos de sus promotores el hombre nace configurado a su comportamiento delictivo de acuerdo a su situación biológica, antropológica y/o psicológica. La moral y el libre albedrío, se encontraban antagónicamente con la realidad natural de los postores a los ideales positivistas, por consiguiente, el individualismo enfocado en la Escuela Clásica, se estima un problema y fenómeno de carácter social, es decir, general, atribuible a patrones sociales para ser integrados al derecho penal y la ley.

Los positivistas cuestionaron la noción del libre albedrío y la responsabilidad moral absoluta de los delincuentes. Sostenían que factores biológicos, psicológicos y sociales pueden influir en el comportamiento humano y, por lo tanto, en la comisión de delitos.



Esta perspectiva cuestionaba la idea de que las personas siempre elegían de manera consciente y voluntaria cometer actos delictivos.

Díaz, Montenegro y Martínez (2012) indican que:

El positivismo criminológico, destronaría al hombre, privándole de su centro y de su reinado, al negar el libérrimo control del mismo sobre sus actos y su protagonismo en el mundo natural, en el universo y en la historia. El hombre, según Ferri no es el rey de la creación, como tampoco la tierra es el centro del universo, sino una combinación transitoria. El positivismo criminológico inserta el comportamiento del individuo en la dinámica de causas y efectos que rige el mundo natural o el mundo social: en una cadena de estímulos y respuestas, determinantes internos (biológicos) o externos (sociales). (p. 12)

Teniendo en cuenta aquella explicación, puede preverse que el positivismo emplea diversas ciencias para entender el fenómeno del delito y del comportamiento del individuo dentro de su entorno social, acontecimiento que es producido por las ciencias naturales; según los positivistas, el delincuente es inducido por distintos factores como la herencia, edad, enfermedad, clima, geografía, familia, condiciones económicas, culturales; y un sinnúmero de hechos regidos por la naturaleza.

La Escuela Positivista contribuyó al desarrollo de la criminología como disciplina científica independiente. Los positivistas creían que, a través del estudio de las causas y la dinámica de la criminalidad, era posible diseñar estrategias más efectivas para prevenir el delito y rehabilitar a los delincuentes.



Todos estos factores son medibles, por lo tanto, a través de la experimentación se puede establecer objetivamente un orden jurídico preventivo, una política criminal sustancial que encuentra sus condiciones en las ciencias naturales; a pesar de los importantes aportes de la escuela positiva, la apreciación de individuos anormales o salvajes, se asemeja a la actual doctrina del derecho penal del enemigo, para quien el delincuente, es considerando no persona, por haber quebrantado el orden social.

A diferencia de las teorías más punitivas, el positivismo abogaba por el tratamiento y la rehabilitación de los delincuentes. Los positivistas argumentaban que, al comprender las causas del comportamiento delictivo, era posible aplicar enfoques terapéuticos y programas de rehabilitación para reintegrar a los infractores en la sociedad.

Los positivistas sostenían que las penas deberían estar basadas en el análisis individual de cada delincuente y tener en cuenta factores como su historia personal, su entorno social y sus condiciones psicológicas. Esta idea se alineaba con la búsqueda de una justicia más equitativa y proporcional. Los positivistas también cuestionaban las penas excesivamente duras y crueles que a menudo se imponían en sistemas penales anteriores. Abogaban por penas más humanas y acordes con la comprensión de las causas del delito.

En ese contexto, la Escuela Positivista del derecho penal marcó un cambio significativo en la forma en que se abordaba el estudio y la administración de la justicia penal. Su enfoque científico, la consideración de factores individuales y la búsqueda de soluciones más humanas influyeron en la evolución de los sistemas legales y en la comprensión de la criminalidad y el castigo. Sin embargo, también ha sido objeto de



críticas en términos de la simplificación de las causas del delito y las preocupaciones éticas relacionadas con la idea de reducir la responsabilidad personal.

#### **1.4. La humanización del derecho penal en la época de la Ilustración**

La época de la Ilustración a finales del siglo XVIII trae consigo una reforma importante en la ciencia penal, pues se aplican criterios dogmáticos enfocados en el humanismo y se establecen las bases de un sistema de justicia más equitativo bajo principios axiológicos como el de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, legítima defensa y el debido proceso, todos como garantías fundamentales del derecho penal y particularmente del proceso penal.

En esta época surgen pensadores como Jeremy Bentham, quien estima la aplicación de la pena conforme a la proporcionalidad del daño y no basado en aspectos morales o religiosos; la objetividad del derecho penal formó parte de los principios del sistema judicial y parte principal de los derechos humanos de las personas que eran investigadas penalmente.

Con base en ello, Quisbert (2008) expresa que:

La Revolución Francesa de 1789 fue un impulsor de este proceso de apreciación científica del Derecho Penal, regulando el Código Penal francés contemporáneo que el principio de legalidad se integra como contenido axiológico que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad que en un momento histórico determinado informa que las partes de un proceso tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos. (p. 25)



Estos cambios liberales dan lugar al surgimiento de escuelas penalistas y consecuentemente de la terminación de un derecho penal cruel, basado en criterios morales, religiosos y pocos científicos, sin estimar aspectos que hoy en día sostienen los estatutos fundamentales de la ciencia penal. Previo a la época científica de la ciencia penal, las violaciones a los derechos de las personas, el irrespeto a la dignidad humana, desigualdad ante la ley y un etiquetamiento social, motivaron la razonabilidad de los jueces para resolver los conflictos sociales.

Las escuelas penales surgen a través de pensadores humanistas que elaboraron sistemas basados en la apreciación de conceptos como el delito y sus elementos, la pena, el delincuente y las medidas de seguridad. Sainz Cantero (1990) indica que la escuela penal es la: “Dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación, trabaja con un método particular y responde a unos determinados presupuestos filosóficos-penales” (p. 123).

Cada una de las escuelas penales dejaron un aporte científico importante respecto a lo que debe de entenderse como delito, la pena, el tratamiento del delincuente y la observancia de las garantías procesales que son parte de los derechos de las partes. La Escuela Clásica adquiere su nombre a través del estudio positivista de tratadistas del siglo XIX, haciendo referencia a que sus nuevos criterios se separaban de muchos aspectos surgidos con anterioridad a las teorías positivistas.

Díaz Álvarez, Montenegro y Martínez (2012) explican que:

El mundo clásico partió de una imagen excelsa, ideal, del ser humano como centro del universo, como dueño y señor absoluto de sí mismo, de sus actos. El



dogma de la libertad que hace iguales a todos los hombres (sin diferencias entre el hombre delincuente y no delincuente) y fundamenta la responsabilidad. el absurdo comportamiento delictivo solo puede comprenderse como consecuencia del mal uso de la libertad en una situación concreta, no a pulsiones internas ni a influencias externas. Para los clásicos, el delincuente es una suerte de pecador que optó por el mal, pudiendo y debiendo haber respetado la ley. (p. 5)

Por lo que los promotores de la Escuela Clásica les apostaron a ideas como el reconocimiento de los derechos humanos por igual para todas las personas, entendían que la razón y el dominio propio sumado a leyes transcritas de forma sencilla y en coherencia a las leyes naturales, mejoraría y transformaría la apreciación de la ley y del orden social, limitando de esta manera el poder punitivo del Estado ante los abusos evidentes e injusticias de la época.

La Escuela Clásica enfatizó el principio de legalidad, que establece que solo las leyes previamente establecidas pueden ser la base para imponer castigos. Esto protege a los individuos de la arbitrariedad y asegura que las leyes penales sean claras y conocidas por todos. Además, promovió la idea de que solo los individuos que cometieron delitos intencionalmente y eran moralmente responsables deberían ser castigados. Introduce la noción de culpabilidad como elemento esencial para imponer sanciones.

Pueden observarse entonces varios aportes de la Escuela Clásica, por lo que Díaz Álvarez, Montenegro y Martínez (2012) dicen que:

Se ha afirmado que gracias a la Escuela Clásica se pudo terminar con la barbarie y la injusticia que el derecho penal representa, procuró la humanización



por medio del respecto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado. (p. 7)

Por su parte, la Escuela Positivista surge creyendo que la postura científica debe sobresalir ante los aspectos morales o religiosos, aunque a partir de las leyes naturales de la Escuela Clásica, surgieron sus disciplinas, doctrinas y postura iusfilosófica; la Escuela Clásica abogó por la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena impuesta. Introdujo el concepto de que las penas deben ser proporcionadas y no excesivas, evitando castigos inhumanos o crueles. Además, reconoció la importancia de los derechos de los acusados, como el derecho a un juicio justo, a ser informados de los cargos en su contra ya la presunción de inocencia, el derecho a una legítima defensa, a su presunción de inocencia, al debido proceso, entre otros.

Relacionado con lo anterior, Elbert (2001) comenta que:

El positivismo está estrechamente ligado a la búsqueda metódica sustentada en lo experimental, rechazando nociones religiosas, morales, apriorísticas o conceptos abstractos, universales o absolutos; lo que no fuese demostrable materialmente, por vía de experimentación reproducible, no podía ser científico. El positivismo se expandió exitosamente, como un pensamiento progresista, revolucionario, capaz de sacar al mundo del atraso y del oscurantismo religioso o supersticioso de los siglos precedentes. El hombre y la ciencia serían artífices de todas las explicaciones y los descubrimientos, capaces de superar todas las enfermedades, los obstáculos sociales y hasta la propia naturaleza. (p. 51)



La Escuela Positivista promovió la aplicación de métodos científicos para comprender el delito y las causas subyacentes. Esto condujo al desarrollo de la criminología y la búsqueda de soluciones basadas en datos empíricos. Los positivistas cambiaron el enfoque de la justicia penal de la mera retribución al tratamiento y la prevención del delito. Abogaron por programas de rehabilitación y terapia para los delincuentes, buscando abordar las causas que contribuyen al comportamiento criminal. La Escuela Positivista defendió la consideración de factores individuales al imponer penas. Reconoció que las circunstancias personales y sociales de cada delincuente pueden influir en su comportamiento y, por lo tanto, en la pena adecuada.

Los positivistas cuestionaron la tortura y la pena de muerte, abogando por métodos más humanos y éticos para tratar con los delincuentes. Puede deducirse que la Escuela Clásica como la escuela positiva, aportan importantes criterios dogmáticos que dieron lugar a la teoría del delito, la cual se aprecia como un pilar fundamental del sistema de justicia en materia penal, sus principios son parte del orden jurídico instrumental y de la razonabilidad del juez, fiscal o defensor a través del análisis objetivo de un caso concreto desde un contexto dogmático.

En conjunto, la Escuela Clásica desarrolló principios fundamentales relacionados con la legalidad, la culpabilidad y los derechos del acusado, mientras que la Escuela Positivista enfocó la atención en la prevención, la rehabilitación y la comprensión científica del delito. Ambos enfoques han influido en la evolución del sistema de justicia penal y en la búsqueda de un equilibrio entre la protección de la sociedad y los derechos de los individuos.



## 1.5. El constitucionalismo liberal y el derecho penal

Con el constitucionalismo liberal surgen los ideales de libertad, igualdad y limitación al poder punitivo del Estado, este último busca la delimitación objetiva de las atribuciones, facultades y potestades públicas al momento de aplicar y ejecutar la ley; en materia penal, permite adecuar el poder punitivo del estado a la interpretación de sus principios rectores como el de legalidad, igualdad, libertad, proporcionalidad, *ultima ratio* e intervención mínima.

El derecho penal no puede alejarse de un principio axiológico determinado en las propias constituciones de los Estados democráticos, la división de poderes cumple con uno de los ideales originales del constitucionalismo como lo es la limitación del poder público, este principio procura que existan pesos y contrapesos que persuadan a un equilibrio que evite la concentración del poder.

Si se le confiere a uno de los poderes del Estado mayores facultades para ejercerlos sobre los otros poderes estatales, no se está ante ningún equilibrio del poder; esta apreciación no es una crítica negativa al activismo judicial, sino más bien de adecuarlo a las circunstancias que hacen posible o necesaria su aplicación, y que, a la vez, no sobrepase la línea que separa el poder absoluto sobre el equilibrio del poder público, creando cierta incertidumbre más que todo de carácter jurídica.

Este sistema de justicia ha sobrevivido en los sistemas constitucionales particularmente desde la independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución francesa, hasta esta época, entendiéndose que tales facultades otorgadas a los órganos de justicia ordinarios como parte del poder estatal no implica un rompimiento a este



equilibrio, sino más bien una forma equilibrada, a través de la interpretación *supra de lo* que es el derecho y principalmente de su fuente constitucional, de crear un contrapeso sobre el órgano que emite las leyes y el órgano que las aplica.

Tanto la Escuela Clásica como la positivista han dejado contribuciones significativas a la teoría y la práctica del derecho penal. Estos enfoques representan diferentes perspectivas sobre cómo entender y abordar el delito y la justicia penal. La doctrina se divide en la crítica negativa y positiva de estos ideales jurisdiccionales o sistemas de justicia propios de algunos Estados que estiman exageradas la protección de los derechos humanos de quienes son investigados penalmente; para otros, la aplicación de un derecho penal selectivo como sucede con la teoría del enemigo público, la cual viene a limitar los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y las garantías procesales, por lo tanto, debe haber un límite en la potestad punitiva del Estado sin que esto implique mayores beneficios a quien se presume ha quebrantado la ley penal.

Cuando se trata del derecho penal, su contenido normativo no puede ser considerado legal si no cumple con estas cualidades de taxatividad, lo que permite a las personas regular su conducta para evitar todas aquellas que son expresamente delimitadas como prohibidas y, además, prever que su interpretación y aplicación no deben estar sujetas a arbitrariedades o discrecionalidades por parte del sistema de justicia.

Por otro lado, la ponderación como sistema dogmático, es aplicada por los tribunales de justicia ordinarios y particularmente por los tribunales constitucionales, a fin de proteger los valores y principios esenciales de las personas cuando el sistema jurídico



deja de cumplir con este objetivo. A criterio del sustentante, este debe aplicarse cuando las normas jurídicas ordinarias no pueden dar una solución viable para dejar aplicar otra que afecta un derecho fundamental.

Uno de los resultados del desarrollo humanista del derecho penal son los principios rectores de esta materia, que desempeñan un papel esencial en el funcionamiento de un sistema de justicia equitativo y justo. Estos principios actúan como guías fundamentales que ayudan a garantizar que las acciones del sistema penal sean coherentes, transparentes y respetuosas de los derechos individuales.

Los principios del derecho penal, como la presunción de inocencia y la legalidad, están diseñados para salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos frente al poder del Estado. Estos principios aseguran que las personas sean tratadas con respeto y dignidad, y que no se les prive de su libertad o derechos sin un proceso justo y adecuado.

En contexto, Los principios del derecho penal actúan como salvaguardias contra el abuso de poder por parte del Estado. Al establecer reglas claras y estándares rigurosos para la persecución y condena de delitos, se evita que las autoridades utilicen el sistema penal para multas políticas, venganzas personales o cualquier forma de arbitrariedad.



## CAPÍTULO II

### 2. Principios garantistas en materia penal

#### 2.1. Principio de legalidad

Uno de los principios fundamentales del derecho penal es el principio de legalidad, este tiene su fundamento en la necesidad de que el Estado podrá intervenir punitivamente este en aquellos delitos que estén debidamente establecidos en la ley penal. El principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia penal en la mayoría de los países democráticos. Se basa en la idea de que ninguna persona puede ser castigada por un acto que no esté expresamente tipificado como delito en la ley vigente en el momento en que se cometió el acto. Por su parte, los principios procesales básicos tienen la finalidad de ser rectores del proceso penal y vinculantes en protección del debido proceso y los derechos de las personas que participan en él.

Barrientos Pellecer (1993) comenta respecto de los principios generales establecidos en el Código Procesal Penal guatemalteco que:

El Código inició con las normas que establecen los principios básicos que inspiran el proceso penal. No se trata de una repetición o reproducción sin sentido de los preceptos constitucionales. El legislador decidió connotar con precisión que su observancia es obligatoria y que todas las demás normas del Código deben ser explicadas e interpretadas al amparo de dichos principios. (p. 22)



Los principios son valores y postulados que guían el proceso penal, inspiran y orientan al legislador para la elaboración de las normas jurídico-penales, son criterios orientadores que le sirven al juez para integrar el derecho como fuente supletoria, en ausencia de la ley, facilitan la comprensión del espíritu y los propósitos de la jurisdicción penal. El principio de legalidad es esencial para proteger los derechos individuales y prevenir la arbitrariedad del poder estatal.

Al exigir que los delitos estén claramente definidos en la ley, se establece un límite claro para la acción del gobierno y se evita la posibilidad de persecuciones injustas. Se entiende entonces, que el principio de legalidad es vigilante de la aplicación objetiva de las normas sustantivas y subjetivas, su interpretación se sujeta a la atención obligatoria de los poderes del Estado en todo acto, resolución o función ejercida por estos al estar subordinados a su imperio.

Para Barbosa Castillo (2005):

En el plano penal, el principio de legalidad no solo garantiza la seguridad jurídica y la libertad general de acción, al indicarle al ciudadano con relativa claridad qué comportamientos ameritan reproche punitivo, sino que correlativamente impone deberes de conducta, activa y pasiva, a las autoridades públicas. (p. 117)

El principio de legalidad es el resultado del movimiento liberal que determinó fundamental limitarle al Estado sus actos deliberados, arbitrarios y con evidentes manifestaciones de abuso, desde este contexto, este principio garantiza a todas las personas los derechos reconocidos por la ley, creando mecanismos de defensa al poder punitivo del Estado.



Además, no podrá iniciarse ningún proceso sin que este se regule debidamente en el orden jurídico del Estado, lo cual se encuentra regulado en el Artículo 2 del Código Procesal Penal que establece: “No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado en induce responsabilidad del tribunal”.

Esta disposición jurídica procura que las distintas etapas que se desarrollan dentro de un proceso con repercusión penal, debe estar debidamente regulado en la ley, donde todas sus fases y diligencias deben de ejecutarse cumpliendo con el orden jurídico vigente. Este principio también impide la aplicación retroactiva de leyes penales más duras y la creación de delitos por analogía.

En otras palabras, las personas no pueden ser castigadas por acciones que eran legales en el momento en que se realizaron, incluso si esas acciones se consideran delitos en el presente. La certeza jurídica es crucial en un sistema de justicia penal. Las personas deben saber con claridad qué acciones son ilegales y cuáles son las posibles consecuencias. Esto permite a las personas ajustar su comportamiento y tomar decisiones informadas para evitar incurrir en conductas delictivas. Por ello Castro (1999) comenta:

El principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal presupone forzosamente que exista un acusador público permanente, pues en el caso de que haya acusadores privados la conveniencia personal de ellos dictará el ejercicio o no de la acción. (p. 173)



Este principio también está garantizado en la Constitución Política de la República de Guatemala, contenido en el Artículo 17 que establece: “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”. Este principio en latín significa “ningún crimen sin ley” (*nullum crimen sine lege*). Establece que no puede haber un delito si no existe una ley que lo define previamente. Esto evita que los jueces o autoridades penales inventen delitos a su discreción y garantiza que solo se castiguen las conductas que han sido prohibidas por el legislador.

El principio de legalidad también contribuye a la seguridad jurídica al prevenir la aplicación arbitraria de la ley. Los ciudadanos pueden confiar en que no serán castigados por actos que no estén claramente establecidos como delitos en la ley. Por su parte, la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha 17 de septiembre de 1986, dentro del expediente número 12-86 estima que:

En el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* como una lucha por el Derecho. Opera como opuesto al *ius incertum*, por lo que, además de su significación en el orden jurídico penal, la máxima alcanzó jerarquía constitucional. De ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos.

De lo anterior se colige que dentro de la legalidad de las normas penales, se deben de analizar circunstancias como la reserva absoluta de ley, la exigencia de certeza jurídica y la prohibición de analogía, las cuales serán analizadas como parte del principio de



legalidad fundamental ante el poder punitivo del Estado, en las siguientes páginas. El principio de legalidad actúa como un mecanismo de control sobre el poder del Estado.

Al imponer restricciones claras sobre cuándo y cómo se puede castigar a alguien, se evita que las autoridades utilicen el sistema penal para perseguir motivos políticos, venganzas personales u otros objetivos no legales.

En contexto, el principio de legalidad en materia penal es fundamental para un sistema de justicia justo y equitativo. Garantizar que el poder estatal esté limitado por la ley, protegiendo los derechos individuales y previniendo la arbitrariedad. También promueve la seguridad jurídica y la confianza en el sistema judicial al establecer reglas claras para la definición y aplicación de delitos.

## **2.2. Principio de presunción de inocencia**

Dentro de las garantías procesales de carácter constitucional se cita también la presunción de inocencia, contenida en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala que regula: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”.

El principio de presunción de inocencia es otro pilar fundamental en los sistemas de justicia penal de los países democráticos. Se basa en la premisa de que toda persona acusada de cometer un delito debe ser considerada inocente hasta que se pruebe su culpabilidad más allá de toda duda razonable. Previo a su valoración jurídica actual, en el Medioevo la presunción era inversa a la inocencia, por tanto, la duda se estimaba como sinónimo de culpabilidad, por lo que al respecto Ferrajoli (1989) explica que:



El principio de inocencia, en su carácter in dubio pro reo, existe desde el Derecho Romano. Es un principio que dejó de ser relevante durante la Baja Edad Media debido a las prácticas inquisitivas prevalecientes, en que la duda sobre la inocencia significaba culpabilidad. (p. 549)

Idea que evolucionó y que actualmente cuando una persona es sometida a investigación judicial, principalmente en el ámbito penal, debe ser considerada inocente hasta que en sentencia un juez o tribunal competente determine su responsabilidad. Esta garantía procesal permite que la carga de la prueba descansa en el ente de investigación quien deberá, de forma objetiva, averiguar la verdad recopilando medios de prueba que permitan establecer si existen suficientes circunstancias que presuman su culpabilidad o no, garantizando su inocencia en todo el proceso. En lugar de que el acusado tenga que demostrar su inocencia, el principio de presunción de inocencia coloca la carga de la prueba en el Estado. Esto significa que es responsabilidad de la fiscalía presentar pruebas sólidas que demuestren la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Si el Estado no cumple con esta norma, el acusado debe ser absuelto.

A criterio de la Corte de Constitucionalidad, en sentencia del 31 de marzo de 1998 dentro del expediente número 1011-97 se refirió a este principio diciendo que:

(...) el Artículo 14 constitucional reconoce, en su primer párrafo, el derecho fundamental de toda persona a la que se impute la comisión de hechos, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presuma su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia, y hasta en tanto no



se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. Se trata, entonces, de una presunción *iuris tantum*.

El tribunal constitucional expone la importancia de considerar o presumir la inocencia de una persona *iuris tantum*, es decir, que tal presunción se mantendrá en todo el proceso, pero acepta pruebas que digan lo contrario, las cuales tendrán el carácter sustancial de probar los hechos y la relación causal del delito, que dio lugar por la acción o conducta del sindicado. Este principio también actúa como una barrera contra posibles abusos del poder estatal y errores judiciales, al requerir un alto nivel de prueba, se reduce la posibilidad de condenar a personas inocentes debido a evidencia insuficiente o malinterpretada, que en materia debe de despejar todas las dudas en el tribunal jurisdiccional, por lo que además considera en sentencia de fecha 2 de mayo de 2001, emitida en expediente número 288-2000 que:

“(...) una presunción *iuris tantum*”, dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor.

Por ello se colige que la presunción de inocencia es una aseveración jurídica inherente a la persona como derecho humano fundamental, por tanto, solo podrá revertirse tal presunción a través de la valoración razonable de los medios de prueba por parte del juez o tribunal que conoce del proceso para poder destruir dicha presunción. Este



principio también influye en la toma de decisiones sobre medidas cautelares y detención preventiva.

Antes de un veredicto de culpabilidad, se debe considerar cuidadosamente si es necesario privar a alguien de su libertad. La presunción de inocencia sugiere que, en la medida de lo posible, se deben utilizar alternativas a la detención mientras se espera el juicio. La presunción de inocencia refleja el respeto por la dignidad inherente de cada individuo. Hasta que se demuestre lo contrario de manera concluyente, todas las personas tienen el derecho de ser tratadas como seres humanos libres de culpa.

En ese sentido, Maier (2004) estima que:

El imputado goza de la misma protección jurídica que un inocente. Se trata de una verdad de un punto de partida que asume la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento. (p. 491)

Entonces, puede decirse que la presunción de inocencia es un principio referencial o rector del debido proceso y del proceso acusatorio penal, sin este principio o garantía procesal, la carga de la prueba estaría a cargo del sindicado quien debería probarle al juez o tribunal que los argumentos o presunciones carecen de objetividad y por lo tanto no prueban su responsabilidad.



En ese contexto, el principio de presunción de inocencia en materia penal es esencial para un sistema de justicia equitativo y protector de los derechos individuales.

Establece un estándar alto para la condena y enfatiza la importancia de tratar a los acusados con justicia, respeto y dignidad en todo momento, siendo nada más descartado ante un suficiente razonamiento de medios de investigación que prueban su culpabilidad.

### **2.3. Derecho de defensa**

Otra de las garantías procesales de carácter constitucional es el derecho de defensa. Al respecto el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido (...)”.

El sistema acusatorio establece la importancia de garantizar la tutela judicial y el derecho de defensa, con ello, se pretende evitar procedimientos inquisitivos que no le garanticen a una persona probar que no ha actuado contrario a la ley, esto obliga a que el sindicado deba ser citado y escuchado por juez competente para que este resuelva conforme a las pruebas de cargo y descargo incorporadas al proceso de manera imparcial.

La Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha 16 de diciembre de 1999, en expediente número 105-99 estimó que el derecho de defensa:

Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia, y de realizar ante el mismo todos los



actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas.

La garantía procesal de carácter constitucional debe de ser parte de las consideraciones del juez dentro del proceso, no solo por cumplir con principios rectores de su actuación judicial sino principalmente porque así le demanda el texto constitucional. El principio de defensa en materia penal es un componente esencial de cualquier sistema de justicia equitativo. Implica el derecho fundamental de una persona acusada de un delito a presentar pruebas y argumentos en su favor para contrarrestar las acusaciones presentadas por la fiscalía.

El principio de defensa busca equilibrar el proceso penal al permitir que la parte acusada presente su versión de los hechos y las razones que respaldan su inocencia. Esto evita que el proceso judicial se incline demasiado hacia un lado y garantiza que ambas partes tengan la oportunidad de presentar sus argumentos y pruebas.

Sobre el tema De Mata Vela (2015) explica:

En nuestra legislación, el derecho de defensa fue incorporado hasta el siglo XIX, y aparece regulado por primera vez en el Decreto 76 emitido por la Asamblea Constituyente del Estado de Guatemala, que contiene la Declaración de los Derechos del Estado y sus habitantes, conocida también como Ley de Garantías. (p. 174)



Mientras que Antoniu y Bulai (2011) indican que el derecho de defensa debe entenderse como:

La totalidad de las prerrogativas, facultades y posibilidades que, según la ley, tiene cualquier parte en el juicio penal, para hacer las comprobaciones que considere oportunas y para participar en el desarrollo del juicio, siendo, al mismo tiempo, una garantía para la ley. (p. 299)

El interés por que los Estados protejan este derecho fundamental dentro un proceso judicial, motivó a que tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos lo incluyeran dentro de su contenido jurídico permitiendo que se estableciera un sistema acusatorio protector de los derechos de las partes, al respecto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) regula en su Artículo 14, inciso 3, subinciso d), que:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de los medios suficientes para pagarlo. (p. 9)

Por ello, la defensa de una persona es inviolable, tal presupuesto jurídico cumple con el respeto a la dignidad humana y a las garantías procesales que sirven como pilares del proceso penal. El derecho de defensa está compuesto de diversas aristas que por



ejemplo, si una persona no es citada ante el juez que conoce del proceso en su contra, para que tenga la oportunidad de presentar medios de prueba que validen sus argumentos. Se presume entonces que el proceso está viciado y la sentencia que se alcance no debería ser ejecutoriada por violentar el derecho de defensa y el debido proceso principios rectores del proceso penal, y al respecto, la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha 6 de julio de 2000 dentro del expediente 272-00 estima que:

Tales derechos abarcan la potestad de ser oído, de ofrecer y producir medios de prueba y de rebatir las argumentaciones deducidas, y el pronunciamiento definitivo de conformidad con la ley. Su observancia es vital por cuanto determina la protección de los derechos de la persona y fortalece la seguridad jurídica.

La defensa en materia penal es un reflejo directo del respeto por los derechos individuales. A través de la defensa, se garantiza que las personas tengan la oportunidad de ser escuchadas y de ejercer su derecho a un juicio justo, donde se considere su versión de los acontecimientos antes de emitir un veredicto.

En ese sentido, es preciso acotar que, en todo proceso judicial, en cualquier ámbito o materia como lo es la extinción de dominio, se garantice el derecho de defensa sin que la misma ley regule circunstancias que pueda limitar su ejercicio pleno, como se analizará en el último capítulo, profundizando el análisis respecto si la ley especial de extinción de dominio limita o restringe algunas o todas las garantías procesales de carácter constitucional analizadas en el presente capítulo.



## 2.4. Principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima limita el poder punitivo del Estado requiriéndole que su intervención siempre sea en última instancia, con el objeto de evitar mayores daños o que las consecuencias al infractor de la ley penal sean lo menos gravosa posible, si amerita el caso. Es un concepto clave en el ámbito del derecho penal que aboga por la restricción y limitación de la intervención del sistema penal en la vida de las personas.

Este principio se basa en la idea de que el sistema penal debe utilizarse de manera prudente y proporcionada, reservando su aplicación para los casos en los que sea estrictamente necesario bajo la expresiva determinación de la ley en todo acto realizado por el sistema de justicia.

Respecto de este principio, Binder (2004) expone que:

Por tal razón, el derecho penal desarrolla como un principio fundante de aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado. Este principio, conocido como última ratio, surge de las características propias del Estado de derecho, que constituye un programa no violento de organización de la sociedad. En realidad, la situación ideal sería que pudiéndose prescindir totalmente del ejercicio de la violencia por parte del Estado. Este ideal no este ha sido expresado en las grandes utopías de la humanidad, sino que los propios clásicos lo han señalado reiteradamente. (p. 39)

Por ello es que el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima, debiendo el derecho penal prevenir solamente aquellos casos



de los cuales es evidente un ataque grave a los bienes jurídicos más importantes. El principio de intervención mínima busca prevenir la intromisión excesiva del Estado en la vida de los individuos. Reconoce que el sistema penal conlleva graves consecuencias, como la privación de la libertad, y que estas medidas deben ser utilizadas con precaución y solo cuando otras alternativas sean insuficientes.

El principio de intervención mínima propone que el sistema penal se reserva principalmente para delitos graves que representan una amenaza real para la sociedad. Esto significa que los recursos y la atención del sistema judicial se concentran en casos que justifiquen plenamente la intervención penal, en lugar de dispersarse en asuntos menores.

## **2.5. Principio de *última ratio***

El principio de *última ratio* es uno de los principios pilares del derecho penal, entre sus estatutos establece que la intervención del Estado debe desarrollarse siempre como última alternativa, debido a que puede causar daños a derechos fundamentales desde su intervención. Este principio es un concepto fundamental en el ámbito del derecho penal que sugiere que el sistema penal debe ser el último recurso o la última instancia a la que recurrir para abordar un problema o conflicto en la sociedad. Reconoce que el sistema penal conlleva consecuencias significativas y muchas veces negativas, y que su aplicación debe reservarse para situaciones en las que otros o enfoques hayan demostrado ser medidas insuficientes.

Pérez Sanzberro (1999) opina:



Última ratio es una expresión latina que se traduce literalmente por última razón, o último argumento, lo que puede interpretarse como que es el último argumento posible en el tiempo o bien que es el argumento definitivo que hace innecesario seguir argumentando en el mismo sentido y que es muy superior a todo argumento en sentido contrario. (p. 399)

El poder punitivo debe de estar regido y limitado por el principio de última ratio, es decir, el derecho penal solo puede y debe intervenir en los casos de ataque a los bienes jurídicos más importantes y que haya soluciones o alternativas menos gravosas. Para Pérez Sanzberro (1999): “En relación al principio de última ratio, el Derecho Penal y el poder punitivo del Estado está limitado a intervenir en última instancia como el remedio subalterno a la solución de conflictos dentro de la sociedad” (p. 401).

Con la concepción del principio de última ratio, se ha intentado que el derecho penal tenga una intervención subsidiaria, dicha concepción no solo es aceptada como última ratio, sino que en la actualidad la doctrina y los organismos internacionales hablan de “extrema ratio”, es decir, que la intervención punitiva del Estado solamente debe plantearse cuando se trata de afecciones graves a bienes jurídicos y que aquellos intereses considerados más elementales y básicos dentro de la organización social sean debidamente protegidos por los Estados.

Según Bustos Ramírez (1999): “Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios importantes es el de última ratio, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho Penal” (p. 44). En ese sentido, el principio de última ratio determina que el



derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad le permite al Estado recurrir para proteger ciertos bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas para solucionar los conflictos.

La anterior afirmación deviene a que, si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir al instrumento penal, cuya intervención es la más intensa y violenta.

Según Zugaldí Espinar (1991): “el principio de última ratio es la necesidad y racionalidad de que la pena, esté limitada discrecionalmente a su intervención para solucionar un conflicto social” (p. 164). El principio de *última ratio* sirve entonces de orientador para el legislador, el cual debe de atribuir sanciones solo a aquellas acciones que dañan gravemente un bien jurídico importante, de lo contrario, se estaría penando situaciones que por su interés social y por sus particularidades, pueden ser solucionadas por otras vías menos gravosas.

En síntesis, el principio de última ratio en materia penal aboga por utilizar el sistema penal como el último recurso y priorizar soluciones alternativas siempre que sea posible. Este enfoque no solo protege los derechos individuales y previene el exceso estatal, sino que también promueve la eficiencia, la equidad y la responsabilidad en el sistema de justicia.

## **2.6. Principio de objetividad**

El principio de objetividad es uno de los que rige la labor del sistema de justicia, particularmente del ente investigador de los delitos. Al lado de otros principios de



estricta observancia, la labor del Ministerio Público se encuentra sujeta al cumplimiento de determinados principios, que sus miembros deben de aplicar en el desarrollo de sus funciones, entre dichos principios están el principio de legalidad, de autonomía, de interdicción de la arbitrariedad, de oportunidad, de jerarquía y el de objetividad.

Desde una perspectiva general, el principio de objetividad determina que las actuaciones del Ministerio Público deben de fluir de acuerdo al resultado de las investigaciones que ha realizado. En otras palabras, la decisión que tomen los fiscales al término de las investigaciones preliminares o de la investigación preparatoria, tiene que corresponder objetivamente a los elementos probatorios, indicios y evidencias que sustenten los cargos imputados que permitan establecer la verdad histórica y formal.

Los fiscales no pueden tomar una decisión arbitraria, su criterio discrecional debe reflejar el resultado de las investigaciones, que sea que estos abonen a favor de la hipótesis inculpativa del imputado o en contra de la misma. El principio de objetividad, en tal sentido, se encuentra profundamente ligado y se explica en razón a su relación y correspondencia con los otros principios que rigen las labores de los fiscales, tales como el principio de legalidad, de razonabilidad, del debido proceso, entre otros. Sin embargo, ello también obliga a que para cumplir con la función que le ha sido conferida como titular de la acción penal y director del proceso de investigación, los fiscales deben realizar todas las diligencias necesarias para determinar plenamente los hechos y la responsabilidad o no del imputado.

El autor Roxin (2006) señala que: “La Fiscalía tiene que averiguar los hechos; para ello, tiene que reunir con el mismo empeño, tanto elementos de cargo como los de



descargo” (p. 53). La definición del autor hace referencia a la importancia que tiene el Ministerio Público en la búsqueda de la verdad, no importando si de la verdad conlleva a la absolución de los cargos al posible señalado de un delito.

El principio de objetividad busca prevenir el exceso estatal y la intervención punitiva innecesaria en la vida de las personas. Reconoce que el sistema penal puede tener efectos adversos, como la estigmatización y la privación de la libertad, y que estos efectos deben evitarse siempre que sea posible ante una persecución penal objetiva. Este principio fomenta la exploración y el uso de soluciones alternativas a la persecución penal si fuera posible, como la mediación, la conciliación, la justicia restaurativa y programas de rehabilitación. Estos enfoques pueden ser más efectivos para abordar las causas subyacentes del delito y prevenir la reincidencia.

Asimismo, sobre el tema, Ore Guardia (2011) comenta que:

Por el principio de objetividad los fiscales tienen la obligación de investigar y agotar el examen de todas las hipótesis penales, tanto para la persecución como para la defensa. En decir, sin perjudicar ni favorecer a ninguno de los que intervienen en el proceso, dado que su actuación debe ser desinteresada o desapasionada, debiendo atenerse únicamente a la realidad objetiva, que les permita, en ciertos casos, incluso no acusar. El acusador público tiene el deber de ser objetivo, lo que significa que sus requerimientos y conclusiones deben ajustarse a las pruebas y al derecho vigente, resuelto ello contrario o favorable al imputado. No es un acusador a ultranza, sus requerimientos estarán orientados



por lo que en derecho corresponda, pues este así cumplirá con el imperativo de ejercer sus funciones en defensa de la legalidad. (pp. 302-303)

En ese orden de ideas, Neyra Flores (2010) considera que este principio tendría tres alcances concretos:

1. El Ministerio Público debe corroborar las hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad pausibles y serias, argumentadas por la defensa.
2. Significa un deber de lealtad del Ministerio Público para con la defensa.
3. Significa un deber de actuar de buena fe, por parte del Ministerio Público, no solo al inicio de la investigación, sino durante todo el procedimiento; lo cual implica también disponer las diligencias concretas que deben llevarse a cabo en atención al principio de objetividad.

El fiscal debe de indagar no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. (pp. 229-230)

Por su parte, Cerda San Martín (2011) comenta que:

En el ámbito penal el Ministerio Público asume la conducción de la investigación desde su inicio y está obligado a hacerlo con objetividad, esto es, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. (p. 210)



El principio implica la consideración cuidadosa del contexto y las circunstancias de cada caso antes de iniciar un proceso dentro del sistema penal. Se debe evaluar si existen factores que puedan mitigar la responsabilidad del acusado o si el caso se presta a una resolución penal más apropiada.

En síntesis, se puede argumentar que el principio de objetividad determina las actuaciones de las instituciones del sistema de justicia relacionadas a las tareas que le competen a cada una conforme a la ley, con criterios que permitan investigar, tanto los hechos y circunstancias que fundamenten y agraven, como los que eximan, extingan o atenúen la responsabilidad de quien es el imputado o acusado de una infracción penal, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley.

## **2.7. Principio de proporcionalidad**

Los principios rectores del Derecho Penal tienen la particularidad de establecer los alcances y límites de la intervención del Estado, por tanto, el principio de proporcionalidad igualmente tiene esta cualidad. Al respecto Mora y Navarro Solano (1995) comentan que: “Los principios delimitadores de la norma penal, conceptúan el Derecho Penal moderno, conjugando una serie de elementos indispensables para definir el ámbito de la aplicación legítima del derecho penal” (p. 67).

Es así que, principios como el de legalidad, mínima intervención, subsidiariedad, última ratio o el principio de proporcionalidad mismo, vienen a ser rectores de la actividad punitiva del Estado; limitan sus acciones y promueven que este dirija sus actividades a la justicia equitativa del derecho penal.



Nuevamente, Mora y Navarro Solano (1995) expresan que:

Debe entenderse que la naturaleza del derecho penal y por ende las normas penales que lo conforman, persiguen restringir derechos de naturaleza fundamental, como lo es la propia libertad que constituye uno de los bienes jurídicos fundamentales de toda persona. De tal forma, este principio delimita el campo de acción de la norma penal y la incidencia que la aplicación práctica de la misma, tiene sobre estos derechos y garantías fundamentales. (p. 71)

Como exponen los autores citados en el párrafo anterior, el principio de proporcionalidad viene a delimitar la actividad del Estado cuando conoce de un caso de trascendencia penal, debiendo de tomar en cuenta que su facultad punitiva traerá consigo situaciones que pueden limitar a una persona de derechos fundamentales y, por lo tanto, su campo de acción debe ser explícitamente establecida en la norma jurídico-penal.

El principio de proporcionalidad es coherente con la protección de los derechos individuales y la dignidad humana de toda aquella persona que es procesada penalmente e incluso cuando son condenadas, evitando que las personas sean castigadas de manera desproporcionada o injusta, y garantiza que se agoten todas las opciones antes de recurrir a la sanción penal, si es posible.

De igual manera Mir Puig (1972) ya esbozaba la idea de que:

El principio de proporcionalidad surge entonces con la finalidad de delimitar la actuación del derecho penal, pero a la vez al restringir derechos de naturaleza



fundamental, su actuación no puede realizarse en forma libre o arbitraria, por lo que surge este principio con la meta de señalar en forma clara y precisa, su rango de acción, en atención a la necesaria protección de derechos y garantías de naturaleza constitucional. (p. 83)

Por ello, dentro del sistema acusatorio se espera que el Estado no solo cumpla con el debido proceso ejecutando todas las etapas y fases procesales, que reconozca los derechos de los procesados y que cumpla con una justicia pronta, sino que también al momento de aplicar la penal no extralimite de lo que proporcionalmente es debido. Pero para esto, el juzgador debe de contar con las herramientas jurídicas necesarias que no le impidan ejercer su potestad de administrar justicia. Para ello se estima que cada tipo penal tenga una pena y que esta permita que su aplicación pueda ser considerada proporcionalmente por el juzgador al momento de resolver el conflicto, inclusive poder proponer una alternativa menos gravosa si el caso lo amerita.

Por su parte, González Cuellar (2004), comenta que:

Es por ello que debe limitarse su acción, en el sentido de impedir al juez una competencia extensiva, sin límites claros en la imposición de la responsabilidad penal y en la determinación de la pena, y no solo el principio de proporcionalidad, sino que en armonía y congruencia, así operan los demás principios rectores del Derecho Penal como lo es el principio de legalidad, irretroactividad, exclusión de la analogía, tipicidad, cosa juzgada, entre otros. (p. 53)



En congruencia con lo citado, se puede estimar que una de las funciones fundamentales del principio de proporcionalidad en materia penal es la delimitación que le establece al Estado en todo momento durante el proceso y principalmente cuando tiene que aplicar una pena. Este principio se alinea con la idea de justicia restaurativa, que busca reparar el daño causado por el delito y restaurar las relaciones sociales dentro del contexto de la proporcionalidad. La justicia busca soluciones razonables como castigar al infractor, pero también a través de una medida coherente a la infracción penal cometida.

Mientras que uno de los aspectos interesantes que se deben de tomar en cuenta del principio de proporcionalidad es su cualidad interpretativa, esta función está a cargo tanto de parte del Ministerio Público cuando acusa como del ente jurisdiccional al momento de imponer justicia.

Tocora (2002) explica que:

El derecho es interpretable por naturaleza. La brecha entre la norma y la realidad, entre lo abstracto y lo concreto, entre lo general y lo casuístico, deber ser llenada por el juez; de lo contrario, podrían sustituirse los seres humanos en esta delicada función, por las computadoras. En esa tarea interpretativa, la función de los principios es clave, como criterios orientadores o inducciones generales que vinculan las hipótesis que el legislador tuvo en mente con la casuística judicial, que desborda esas previsiones. Así se puede articular el derecho estático de una determinada época, en la que promulgó, con los hechos nuevos que le sobrevienen. (p. 25)



La interpretación como lo estima el autor citado es parte fundamental al momento de aplicar la justicia, esto considerando que como seres humanos debe sensorialmente percibir los hechos que le exponen para que, dentro de un proceso de valoración de estos medios probatorios, determine lo que racionalmente dicta su conciencia siempre apegada a Derecho. El principio de proporcionalidad es un concepto fundamental en el derecho penal, que implica que las punitivas y las sanciones impuestas a los infractores deben ser medidas proporcionales a la gravedad del delito cometido.

En otras palabras, la magnitud de la pena debe estar en equilibrio con la gravedad y el daño causado por la conducta criminal. De una forma más amplia, González Cuellar (2004) explica:

Se le atribuye a los principios generales del derecho penal, una finalidad interpretativa, no solo en cuanto a la aplicación de las normas, buscando la que más se ajusta al caso concreto y por ende, la más apropiada, sino que también como punto de partida en cuanto a la creación de dichas normas a nivel legislativo; es decir, los principios generales del derecho, inspiran y ponen de manifiesto la necesidad de crear nuevas normas, precisamente para regular nuevas situaciones. En ambos casos, lo que se está llevando a cabo, es un proceso de creación del derecho, a través de un medio que persigue ajustar la norma a los constantes cambios que el progreso y la modernidad imponen, y es ahí donde los principios tienen una importancia preponderante, realizando una relación armoniosa entre la ley, derecho y justicia, a través de la cual no solo los principios del derecho penal, sino incluso la totalidad de los principios del



derecho, tratan de ajustar la ley a las nuevas necesidades de la vida moderna.

(p. 78)

Esta función interpretativa explica que el principio de proporcionalidad es una medida de reorientación de las normas penales cuando dejaron de ser eficientes o justas, lo que amerita la necesidad de adecuar la pena establecida en el delito a través del cumplimiento de una justicia equitativa y proporcionada. La proporcionalidad en las sanciones es un reflejo del respeto por los derechos humanos. Garantiza que incluso los delincuentes tengan derecho a una sanción que sea acorde con su falta y que no viole su dignidad inherente como seres humanos.

En síntesis, el principio de proporcionalidad en materia penal es esencial para asegurar que las sanciones sean justas, equitativas y acordes con la gravedad del delito. Protege los derechos humanos, previene el uso de castigos crueles o excesivos y promueve un sistema de justicia que busca el equilibrio entre el castigo y la rehabilitación.

## **2.8. El principio de eficacia**

El principio de eficacia es un axioma fundamental del proceso penal y tiene relación con la tutela judicial efectiva. El juez contralor debe velar por que se atienda lo más pronto posible todas las diligencias establecidas en la ley y en el tiempo regulado en la misma; además, debe procurar la eficiente dirección del proceso con las menores incidencias posibles. La función del juez no es aplicar la ley sino hacerlo conforme a la necesaria eficacia que se requiere para ofrecer una eficiente tutela judicial. González (1985) comenta que el principio de eficacia es: “El derecho de toda persona a que se le



haga justicia; (...) esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas” (p. 27).

Las garantías mínimas establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala son parte importante del debido proceso y de la atención eficiente del órgano jurisdiccional; con ellas, el Estado pretende promover la efectividad del proceso penal tanto en la aplicación de la ley adjetiva como en el desenvolvimiento material del mismo. Pisani, citado por Vargas (1999) al respecto comenta: “El principio de eficacia no es apenas una directiva para el legislador sino también un principio hermenéutico del Derecho vigente” (p. 120).

El principio de eficacia promueve que la sustanciación del proceso penal cumpla con los parámetros procedimentales legales y además que se haga en el tiempo que lo establece la ley, pues de lo contrario, no se tendrían resultados eficaces solo con el estricto cumplimiento de las fases y etapas procesales sin que estas se cumplan en los plazos debidos.

De Bernardis (1985) toma en cuenta estos aspectos para definir la importancia del principio de eficacia, comentando que:

La manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la pretensión jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes. (p. 110)



El principio de eficacia se encuentra contenido explícitamente en la Constitución Política de la República de Guatemala, primordialmente cuando se desarrollan los principios procesales como el debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, entre otros. Esta afirmación parte de que la tutela judicial efectiva no es más que la atención eficiente del servicio jurisdiccional, cumpliendo con estas garantías fundamentales, y no solo con el propósito de seguir lineamientos jurídicos preestablecidos en la ley procesal como el mero fin perseguible, sino con el ánimo que la eficacia procesal se manifieste cumpliendo el tiempo en que estos derechos constitucionales deben de ejercitarse, sin la discrecionalidad del juez o tribunal que conoce del caso concreto.

Bacigalupo, citado por De Bernardis (1995), comenta al comparar la eficiencia con la eficacia en el proceso, la importancia de estos en relación con las garantías fundamentales de las personas, indicando que:

La eficiencia entraña un plus en relación a la eficacia. Mientras esta alude, en lo que a la actuación (jurisdiccional) se refiere, a la idoneidad de los medios que la Administración adopta en aras a la consecución de los fines que le son propios, la eficiencia exige que entre medios igualmente idóneos (eficaces), se opte por aquellos que menores costes generen; podría decirse, por tanto, que eficacia es igual a eficacia en el menor coste posible. (p. 112)

Es entonces el principio de eficacia es un principio rector del proceso penal y de la actuación jurisdiccional al momento de impartir justicia. En términos generales, se puede establecer que este principio procesal implica que la administración de la justicia



no solo debe de cumplir con las disposiciones jurídicas establecidas en la ley, sino que debe de procurar cumplirlas conforme a los demás principios y garantías procesales que determinan la aplicación pronta de la justicia. La eficacia en el proceso penal implica el cumplimiento y deber de realizar sus funciones de la mejor manera posible, disponiendo de una adecuada organización y utilización de los medios jurídicos y materiales que se tengan para que no se retarde su función primordial de impartir justicia.

Aunque los principios en materia penal son una limitación al poder punitivo del Estado al actuar como protectores de los derechos y garantías de las personas, existe una teoría penal que se ha involucrado en las leyes limitando derechos fundamentales, cuyos criterios se sustentan en la peligrosidad en que actúan estos grupos criminales. Esta teoría se conoce como el “derecho penal del enemigo”, la cual establece que existen delincuentes que no se les debe reconocer como personas, por lo menos dentro del contexto jurídico, justificándose la limitación a ciertos derechos y garantías, convirtiéndose en mecanismos especializados que buscan responder y reprimir las formas no convencionales en que actúan, cometiendo crímenes de alto impacto social, por lo que la misma sociedad y el sistema lo aprueban.



## CAPÍTULO III

### 3. El derecho penal del enemigo

Para hablar del derecho penal del enemigo previamente es importante empezar con la idea de la criminología como factor integrante de aquel. Así pues las cosas, se sabe que la criminología surge en el siglo XIX como consecuencia de las corrientes de la Escuela Clásica y Positiva del derecho penal, la ciencia trata del estudio del comportamiento antisocial de ciertos individuos que los llevan a cometer un crimen, lo que orienta al Estado a establecer una política de tratamiento preventivo.

Ambas tendencias idealistas de las referidas escuelas aportan al estudio del delincuente desde distintos puntos de vista. Los clásicos estimaban que la ciencia penal se debe de desarrollar dentro del individualismo, la moral y la libre conciencia como juicio a sus conductas, para adecuarlos a las desviaciones sociales que violentan las leyes penales; los positivistas estimaron que el problema resulta de un fenómeno social y las conductas que determinan su convivencia deben ser tratadas desde una perspectiva naturalista, que los hechos delictivos son el resultado de hechos naturales como la genética, biología o aspectos antropológicos, por lo tanto, afectan el razonamiento del individuo y lo convierte en un ser irracional.

Para Buil Gil (2016):

El interés de la sociedad por el estudio y control del delito y de las actitudes desviadas es seguramente tan antiguo como la organización del ser humano en comunidades. Desde el Código de Hammurabi, que regulaba la vida en la



antigua sociedad de Sumeria del siglo XVII a.C., hasta las modernas técnicas de prevención situacional del crimen, las comunidades humanas han tratado de comprender las conductas dañinas para la vida en sociedad con el objetivo final de establecer mecanismos para controlar y prevenir aquellos comportamientos más perniciosos para los miembros de una comunidad. (p. 3)

La Escuela Clásica, así llamada por Ferri, tiene importantes aportes a la criminología contemporánea, la moral al día de hoy sigue siendo parte importante del derecho, es decir, no es posible separar la conciencia del hombre al momento de materializar sus actos, es una parte intrínseca que permite la creación de tipos penales abstractos sobre conductas que son desvaloradas socialmente e integradas por el derecho dentro de una ley, inclusive de aquellas que generan cierto peligro previo a la materialización de los actos.

El aporte de la época científica penal motivó a que los Estados consideraran ciertos valores filosóficos que sustentaron por un par de siglos la tendencia de reconocer derechos y garantías procesales a todo individuo que fuese investigado penalmente, el trato del delincuente desde una perspectiva social, su rehabilitación e inserción social como una atribución y obligación del sistema de justicia, es decir, se desarrolla desde la época de la ilustración una inclinación por humanizar el derecho penal.

En ese orden de ideas, la época de la Ilustración tiene un importante aporte a la ciencia penal y a la criminología, tanto los tratadistas que enfocaron la moral o el libre albedrío como aspectos fundamentales del fenómeno de la criminalidad, o los positivistas que basaron sus ideales sobre la objetividad del delito y el tratamiento del delincuente desde



una perspectiva social, forman el antecedente histórico-filosófico del Derecho Penal y la criminología.

Actualmente el estudio del delincuente, el delito y la pena, sostienen los distintos estatutos de teorías clásicas y positivas que han dado lugar a las ideologías tanto humanistas como represivas, como sucede con el derecho penal de riesgo o derecho penal del enemigo, es decir, pareciera que la ciencia penal sufre una involución sobre ciertos axiomas que se han desarrollado desde la ilustración, justificando la actuación e intervención punitiva del Estado ante delincuentes que ponen en peligro bienes jurídicamente tutelados.

Para Figueroa (2010) los delitos de peligro quebrantan los valores, axiomas y principios más importantes de la ciencia penal:

Las mencionadas figuras (delitos de peligro) colisionan con los mandatos constitucionales, vulnerando los principios de lesividad, legalidad, subsidiariedad, fragmentariedad, proporcionalidad, mínima intervención, última ratio, culpabilidad, de reserva penal de acto, *in dubio pro reo*, *nullum crimen sine culpa*, *nullum crimen sine iniuria*, máxima interpretación restrictiva y en *bonam partem* y *nullum crimen sine conducta*, muchos de ellos establecidos por la Constitución Nacional y, los restantes por pactos internacionales. (p. 2)

Penalizar o criminalizar la peligrosidad conlleva a irrumpir, según Figueroa (2010), los principios y valores axiológicos que han guardado la ciencia penal desde la época de la ilustración; el fenómeno industrial y el desarrollo de las tecnologías, ha motivado al órgano legislador a crear tipos penales que sitúan a ciertas conductas previamente a la



lesión, es decir, son delitos de mera actividad o inclusive de pura presunción, debiendo el delincuente por lo menos haber hecho actos que inicien la intención de lesionar el bien jurídicamente tutelado o que hayan elevado a un riesgo eminente.

Estas corrientes han sido tomadas en cuenta cuando se persigue a un enemigo público que por sus cualidades, presumen un elevado riesgo a la sociedad, lo que conlleva a que los delitos de peligro formen parte actualmente de leyes especiales que irrumpen los ideales de un derecho penal humanizado que se ha sido sustentado desde hace un par de siglos, justificando el Estado su expansivo poder punitivo por riesgos eminentemente posibles, o riesgos concretos ante una evolutiva ejecución de las causas fácticas que buscan el resultado o lesión del bien jurídicamente protegido.

### **3.1. Concepto del derecho penal del enemigo**

Según Cancio y Jakobs (2003): “El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, las penas son desproporcionalmente altas y determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas” (p. 20). La condición de enemigo le atribuye un trato penal diferenciado con respecto al ciudadano común, Jakobs explica que este no es cualquier infractor de la ley penal, sino uno que el Estado considera enemigo público al atentar contra la paz, seguridad de las personas, e inclusive contra el mismo sistema de orden público y el Estado de derecho.

El enemigo público refiere a un sujeto al que se le limitan sus capacidades de ejercer derechos y garantías jurídicas al considerarlo peligroso y de alto riesgo al orden social,



es decir, es quien ha tomado la decisión de no ser parte de la convivencia social bajo las reglas de un orden jurídico.

Polaino Ortiz (2010) lo define indicando:

Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide motu proprio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva que -precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos (personas en Derecho) ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. (p. 44)

Para Polaino Ortiz, el enemigo público es aquel que conscientemente y bajo las capacidades libres de su razonamiento, decide alejarse voluntariamente del derecho, por lo que también se aleja de los derechos que este le garantiza a toda persona sujeta al orden social y jurídico.

En principio, el sujeto criminal se separa del entorno garantista del derecho, por tanto, el Estado le excluye de sus derechos por ser una amenaza al esquema social e inclusive a la gobernabilidad, con su constante riesgo y actos violentos, se exige a las fuerzas de seguridad una respuesta a su mismo nivel en suma de ventajas jurídicas que le otorga la ley al legitimar formas de investigación de inteligencia que limitan de derechos que son reconocidos constitucionalmente.



Por su parte, Carrara (1998) entiende que:

Para hacer operativa esta definición, en que todo se basa en la propia exclusión manifestada peligrosamente, un sistema jurídico tendría que establecer un examen previo al inicio del proceso penal, respecto de la peligrosidad del enemigo, mas bien, respecto de que si se ha autoexcluido y pretende atacar a la sociedad. Y no es que no puede ocurrir ni haya ocurrido, pero en el Estado de libertades desde el que habla Jakobs, esto estaría proscrito. Por esto el trato con el enemigo no aparece mediante un análisis del individuo en particular sino desde la definición general de ciertos delitos aquellos en los que su autor presumiblemente ha abandonado la sociedad. (p. 285)

Según Carrara, el sistema jurídico no debe ni necesita realizar una estructura normativa que analice el perfil del sujeto o imputado desde una perspectiva de su peligrosidad, sino que la teoría de Jakobs sustenta que su clasificación criminal la determinan los actos delictivos que comete, es decir, aquellas conductas de alto impacto social por lo que son reprochadas por la generalidad e incluidas dentro de las leyes penales especiales, sean estas como parte de teorías del delito finalista como teoría del delito causalista, atendiendo a la peligrosidad de los delincuentes como razón de la creación de leyes especiales. Su actuar peligroso y violento le definen si es un enemigo público al que se le persiguen penalmente a través de métodos no convencionales.

Por ello, según Jakobs (2003):

Se trata de individuos que en su actitud (delitos de sexuales, asesinatos, extorsión, secuestros (...), en su vida económica (criminalidad económica,



relativa a las drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se ha apartado, probablemente, pero en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho. (p. 39)

Es por lo que se considera que el enemigo público es quien se autoexcluye del derecho y de la vida en convivencia social, para Jakobs, esta decisión libre y voluntaria acarrea un tratamiento legislativo especializado; y no todo el que quebranta la ley penal se considera enemigo, sino a aquellos sujetos que sus conductas evidencian una peligrosidad muy por encima de la delincuencia común o de delitos de poco impacto social, en tal sentido, la violencia penal con la que se le persigue es exclusiva de los actos que comente, lo que le convierten en un enemigo público, que debe ser castigado sin mayores reparos. Siendo importante, entonces, combatir la criminalidad con métodos más agresivos y legislando leyes especiales acordes al mal que se pretende combatir.

### **3.2. El crimen organizado**

La ciencia penal es parte importante de los fines universales del Estado, el derecho penal forma la estructura dogmática, principios, instituciones, valores y normas jurídicas que tomará en cuenta la política pública en materia punitiva, como la alternativa de última instancia por la gravosa intervención y limitación que tiene esta materia sobre algunos derechos y garantías fundamentales.

En la actualidad la aceptación generalizada de un derecho penal humanizado desde la época de la ilustración da por sentado la necesidad de establecerle límites al Estado a



través del orden jurídico a fin de no permitir abusos de poder a través del proceso penal, pero las últimas tendencias mundiales respecto a un enemigo público común han impulsado un cambio de paradigma, en cuanto a permitirle o no a este sujeto ejercer derechos y garantías procesales ante una manifestación violenta de criminalidad.

Al respecto, para Zaffaroni (2002):

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la política criminal o, más precisamente, política penal, pues el debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con el cual el tema del enemigo de la sociedad pasó a primer plano de discusión. (p. 7)

Para Zaffaroni, el derecho penal abolicionista de derechos humanos y garantías procesales había sido un tema reducido a los antecedentes de la ciencia penal, un pasado sin regreso, al ser altamente represivo y contrario a la corriente humanista; pero en la actualidad, parece ser el tema de discusión tanto de la doctrina como de la elite política al ser promovida inclusive por la comunidad internacional ante acontecimientos que quebrantan el orden social y ponen en desequilibrio inclusive la gobernabilidad por el surgimiento de un enemigo público.

Para algunos autores, esta tendencia doctrinaria que ha alcanzado a enlazarse en la política criminal de los Estados actualmente representa una regresión a la corriente dogmática que busca consolidar la protección a los derechos humanos de las personas cuando son investigadas penalmente. Sobre esta teoría del enemigo hay quienes la



siguen y hay detractores como Zaffaroni (2002), que es uno de los exponentes en contra de la teoría del enemigo público e indica:

Nuestra tesis es que el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, desde la teoría política, este es compatible con un modelo de estado absoluto total y, por ende, que las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho. (p. 6)

Hace unas décadas atrás, la mayoría o casi toda la doctrina se hubiera inclinado por esta acertada interpretación de la teoría del enemigo público como una corriente exclusiva de los Estados absolutos, como lo cita Zaffaroni, pero en la actualidad el surgimiento de un criminal organizado con alto poder bélico, incrustado en las instituciones públicas, contaminando organizaciones mercantiles, cometiendo crímenes violentos y debilitando los sistemas económicos incluyendo el sistema financiero, al que no se le puede detener con los métodos tradicionales de persecución penal, lo que ha motivado una impresionante reforma jurídico-política que permite, hasta ciertos puntos, limitar derechos humanos y procesales a fin de garantizar una eficaz represión punitiva.

La delincuencia organizada es la responsable de los peores males sociales en la actualidad, aun las ganancias ilícitas por sus hechos delictivos terminan por afectar la economía y sistema financiero nacional cuando son blanqueados estos activos; por ello considera Ávila (2018) que:



La delincuencia organizada, es un flagelo que actualmente ha colocado a Guatemala en uno de los países con más violencia a nivel mundial. Con el tiempo, el crimen organizado se ha convertido en un mal complejo y difícil de repeler, pues la delincuencia organizada comienza desde las extorsiones, amenazas, asesinatos, secuestros, lavado de dinero, narcotráfico, etc. (p. 301)

Cuando el tema en discusión tiene repercusiones a nivel nacional e inclusive internacional tomando en cuenta que los alcances del crimen organizado traspasa las fronteras y su criminalidad se enfoca en inclusiones en todos los ámbitos sociales, las críticas se desarrollan en distintas direcciones con criterios parciales, en contra o a favor, en el caso de la teoría del enemigo público, todas los razonamientos son válidos al encontrar sustento en principios y valores axiológicos que fundamentan la ciencia penal, por lo que buscar ese equilibrio crítico parece desgastante y quizá innecesario, basta con determinar los resultados o efectos que se tienen en la vida práctica de una sociedad para determinar si las teorías doctrinarias que motivan las políticas públicas son efectivas o no.

El derecho penal del enemigo refiere a la criminalización de ciertos grupos o sujetos que presentan un grado de peligrosidad social, la cual tiene ciertos efectos que caracterizan esta forma de criminalización tomando en cuenta el peligro en que se exponen los bienes jurídicamente tutelados, limitándoles en ciertos casos de ciertos derechos fundamentales. Según Cancio y Jakobs (2003), “El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, las penas son desproporcionalmente altas y determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas” (p. 20)



La condición de enemigo le atribuye un trato penal diferenciado con respecto al ciudadano común, Jakobs explica que este no es cualquier infractor de la ley penal, sino uno que el Estado considera enemigo público al atentar contra la paz, seguridad de las personas, e inclusive contra el mismo sistema de orden público y el Estado de derecho.

Para Jakobs, el derecho penal tiene como parámetro ciertos principios tanto procesales como sustantivos que delimitan el poder punitivo del Estado, los cuales son garantizados al infractor de la ley penal; pero existe un sujeto al que no le es suficiente la aplicación tradicional del derecho penal, sino que necesita de metodologías más severas que permitan no solo la represión sino la prevención por su peligrosidad, para evitar la comisión de delitos de alto impacto social.

Jakobs (2003) explica “(...) si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de conducta, de un comportamiento personal, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente” (p. 14). Según Jakobs, si el sujeto se convierte en un irreparable, en un rebelde del sistema y su conducta pone en riesgo la seguridad de las personas, no será posible alternativas pasivas sino una legítima intervención punitiva con fuerza y violencia de parte del Estado, por convertirse en un riesgo social.

Pero este riesgo no se desprende del orden jurídico manejado por el derecho penal tradicional, sino uno con mayor agresividad que se legitima elevando las medidas represivas de las conductas prohibidas, por ejecutarse o ejecutadas; es decir, aumenta el riesgo, el temor, el terror, la violencia, a condiciones donde el derecho penal



convencional parece no tener respuesta, sino a través de un sometimiento punitivo progresista que garantice su neutralización, inclusive antes de cometer los hechos delictivos. Para Jakobs (2003) “(...) el derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho Penal del enemigo es el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es este coacción física, basta llegar a la guerra...” (pp. 32-33)

Al respecto, el delio juntamente con la pena tienen un fin represivo y reparador del quebrantamiento de la ley hecha por su infractor, es parte de un sistema preventivo positivo que pretende la rehabilitación e inserción social del delincuente; en el caso del derecho penal del enemigo, esta condición parece alejarse debido a la peligrosidad del actor, donde el sujeto no ofrece garantías de cambio, es por ello que su neutralización solo será posible a través de la separación social de forma permanente o mediante su eliminación. Estos son aspectos extremos, no en todos los Estados se aplican estas medidas de prevención negativa, en el caso de Guatemala, la pena de muerte no es positiva.

Ríos (2012), en su estudio sobre la legitimación del derecho penal del enemigo de Jakobs explica:

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, Jakobs plantea dos posibles limitaciones, a saber, que el Estado no excluye al enemigo sometido a custodia de seguridad de su condición de propietario de cosas, y que asimismo puede contenerse en su libertad de hacer todo lo que puede en su contra, dejando abierta la posibilidad de un acuerdo de paz. No obstante, ello no modifica el hecho de que la medida contra el enemigo no



signifique nada, sino que es pura coacción; en resumen, el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma; el Derecho Penal del Enemigo combate peligro. (p. 33)

La vigencia de la norma se entiende desde dos perspectivas: la punición que se dirige al ciudadano y que se caracteriza por el hecho fáctico de su conducta, consumada, no necesariamente sobre un riesgo evidente que ponga en peligro la paz y la seguridad; además, se mantiene la confianza de que podrá rehabilitar su condición delictiva para ser efectivamente reinsertado a la vida social; por el contrario, el derecho penal del enemigo va dirigido a la peligrosidad, aun cuando existe una posibilidad de rehabilitación, la coacción es la alternativa ideal para reprimir su libertad tanto dentro del proceso penal como cuando se le aplica una pena más drástica.

Para Jakobs la práctica legislativa dentro del derecho penal del enemigo se desarrolla dentro de un contexto de guerra, la lucha contra esta clase de criminales manifiesta una abierta tendencia a la limitación de derechos y garantías jurídicas que sí son ejercidas por el ciudadano común, cuando es infractor de la ley penal, su peligrosidad promueve un tratamiento jurídico especializado que justifica la agresividad dentro del proceso, convirtiéndose en una forma de dar respuesta a la sociedad sobre los hechos delictivos que comete.

Para Jakobs (2003) "(...) el individuo que no admite ser obligado a entrar a un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona" (p. 40); la neutralización de ciertos sujetos se ve necesaria, pues por sus crímenes ellos mismos



se han excluido de la sociedad y del Estado de derecho, por lo que no pueden ejercer los mismos derechos que a otros ciudadanos se les garantiza dentro del proceso penal.

La coacción del Estado sobre el enemigo público precisa en todos los aspectos posibles de intervención a través del derecho penal como lo son: las metodologías de inteligencia empleadas que pueden violentar derechos fundamentales como la privacidad; el encarcelamiento preventivo dentro del proceso; o, la aplicación de penas que garanticen la separación o eliminación del delincuente.

En referencia a la prisión preventiva, con el derecho penal del enemigo esta deja de ser legitimada por los supuestos jurídicos que permiten al juez su aplicación, como lo son el riesgo de fuga o la obstaculización de la investigación; esto considerando que para el enemigo no es necesaria la valoración de estas premisas para su aplicación, sino que el este hecho de ser enemigo legitima al derecho penal a reprimir el derecho humano en beneficio del proceso penal y su resultado.

Según Jakobs (2003), "(...) estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados (...) son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado siendo las regulaciones más extremas aquellas que se dirigen a la eliminación de riesgos (...)" (pp. 45-46).

La prisión preventiva se aprecia como una medida excepcional solo aplicable si existen argumentos de riesgo que no garanticen los resultados del proceso; bajo la presunción de inocencia, la aplicación de la privación de la libertad de forma provisional se valida ante evidentes posibilidades de que se cumplan los supuestos jurídicos; según Jakobs, la eliminación de los riesgos le excluye de este derecho y legitima la prisión del



delincuente, a veces de forma indefinida. Su doctrina ha motivado el surgimiento de criterios detractores y defensores de sus posturas teóricas, caracterizado principalmente por la apreciación limitativa de los derechos humanos y garantías procesales que le son inherentes a toda persona, *contrario sensu*, al considerado enemigo del Estado se le trata con cierta dureza punitiva bajo los argumentos de interés social.

Actualmente, el derecho penal del enemigo es parte de los sistemas jurídico-penales de la mayoría de países, para su integral estudio, es preciso desarrollar los antecedentes en primicia del surgimiento del derecho penal humanizado, con el objeto de comprender si el expansionismo penal representa una forma moderna de punibilidad o es una involución del derecho.

### **3.3. El crimen organizado en Guatemala**

Guatemala ha sido afectada por el crecimiento de organizaciones criminales que han encontrado la forma compleja de cometer actos contra la ley penal, lo que ha motivado a la creación de un orden jurídico especializado con el objetivo de perseguir penalmente a quienes forman estructuralmente las diversas maneras de crear violencia, miedo y cooptación de las instituciones públicas.

Con estructuras criminales altamente complejas y fuertemente armadas, el Estado ha necesitado crear la Ley contra la Delincuencia Organizada la cual establece diversas técnicas de inteligencia como el agente encubierto, entregas vigiladas o vigilancia en las comunicaciones telefónicas, entre otras; además ha dispuesto criminalizar ciertas conductas claramente finalistas.



Estas políticas criminales extienden facultades de las instituciones de justicia, principalmente del órgano jurisdiccional quien tiene atribuciones especiales para los casos penales donde se persiguen las estructuras organizadas, lo que pone en evidencia que estas organizaciones son enemigas del Estado y la sociedad, por tanto, el orden jurídico que regula de forma genérica la investigación y persecución penal, hace una distinción jurídica para estos casos creando conductas que se pretenden sancionar previo a la comisión del delito, con el objetivo de evitar cualquier daño posterior y tardía a los bienes jurídicos, por lo tanto, se sanciona la peligrosidad evidenciándose parámetros legales específicos para hacerle frente a estos criminales organizados, inclusive violentando derechos fundamentales y limitando otros, creándose una auténtica política criminal ante un enemigo específico.

Para Matute Rodríguez y García Santiago (2007):

En décadas anteriores la violencia estuvo principalmente asociada con las dinámicas del conflicto armado interno produciéndose en los enfrentamientos entre las fuerzas beligerantes y principalmente a través de las acciones de represión llevadas a cabo en contra de la población civil, primariamente del área rural. La violencia que sufre la sociedad guatemalteca hoy en día, sin embargo, ya no responde a la misma configuración histórica. La situación de inseguridad actual es más compleja de caracterizar. No existe una causa o razón única que expliquen los altos índices de violencia imperantes ni el aumento sostenido que ha experimentado. (p. 9)



Uno de los factores que promovieron el surgimiento de organizaciones criminales fue la globalización económica, al formar el Estado de Guatemala parte de convenios internacionales de carácter mercantil; el avance de la tecnología, el acrecentado acceso al internet y la facilitación de la comunicación trasnacional, fueron impulsores de esta clase de criminalidad fuertemente estructurada para cometer crímenes graves o de alto impacto sin limitación de fronteras. Para estos grupos no existe la generalidad sino, por el contrario, la especialización le permite ser altamente específico en los delitos que determina cometer, pero, además, su amplia capacidad de ejecución de tareas profesionales posibilita que sea autorrenovable, es decir, que puede modificar eficientemente la línea de delitos de impacto o delitos graves que desea cometer, en la mayoría de los casos.

Como factor criminológico, estas organizaciones a través de su alcance trasnacional forman una red criminal que tiene un efecto importante en las economías nacionales, lo que ha motivado a que los Estados analicen los aspectos criminológicos, constitucionales, de derecho penal, procesal penal e inclusive aspectos antropológicos y culturales para establecer las políticas públicas de seguridad y persecución penal de estos grupos delincuenciales.

Previo a la firma de la paz en el Estado de Guatemala, la delincuencia común era mínima y las actividades organizadas delincuenciales se podría decir eran casi inexistentes. La apertura a la época democrática trajo consigo otros males posiblemente ya presentes, pero poco notables como la corrupción, tráfico de influencias y la impunidad, causales posiblemente del surgimiento de grupos delincuenciales más organizados.



Según Rodríguez y García (2015):

La firma de los Acuerdos de Paz en 1996 creó esperanzas en Guatemala de avanzar hacia una sociedad más justa en que las personas pudieran desarrollar su vida con tranquilidad. Sin embargo, el establecimiento formal de la paz no ha permitido a Guatemala alcanzar niveles significativamente mayores de desarrollo humano y la situación de inseguridad en que vive la población se ha visto agravada. (p. 9)

Desde la firma de los Acuerdos de Paz, el avance en la seguridad no ha tenido cambios relevantes, por el contrario, se puede considerar que la violencia ha tenido un proceso de actualización, profesionalización y expansionismo a través de grupos estructurados y organizados excluyendo en importancia a la delincuencia común que previo a la época democrática, prevalecía como el único interés respecto a la seguridad pública.

En ese orden de ideas, se puede decir que este tipo de criminalidad causa un mayor daño que la criminalidad común, debido a que su inmenso poder puede concentra inclusive en las áreas políticas, económicas y sociales de los diferentes Estados donde actúan, además, no solo ejercen su manipulación a través de la corrupción o intimidación, sino que también aplican violencia, coacción e influencia en los medios de comunicación y el sistema de justicia.

### **3.4. La estructura del crimen organizado**

Tomando en cuenta la frase de Alfredo Nicéforo que decía que el “crimen nunca muere, sino se transforma y pasa de civilización en civilización”, acuñando al estudio su idea,



se entiende que en sus inicios los grupos criminales se estructuraban en bandas delincuenciales como piratas, compañías de mercenarios, la mafia siciliana o la *cosa nostra* de las mafias italianas, que eran asociaciones creadas para delinquir de una forma más organizada.

Estas organizaciones hoy en día son más sofisticadas, mayormente estructuradas, profesionalizadas y ejercen sus actividades ilícitas fuera de la soberanía de un solo Estado, por tanto, su persecución penal es más compleja. Dependerá de la política criminal del Estado para hacerle frente a estas diversas maneras de delinquir y a una organización criminal con una estructura fuerte, compleja y que abarca en la mayoría de los casos los poderes públicos, las organizaciones empresariales e inclusive organizaciones civiles que se prestan para formar parte de su estructura.

Estos factores criminológicos van integrándose a una visión amplia de las formas diversas en que estos grupos criminales actúan, y su control y erradicación se complica cuando los mismos agrupan sujetos de diversas nacionalidades, alcanzando ganancias cuantiosas a través del lavado de capitales y donde participan las empresas mercantiles estableciendo negocios de fachada donde se ven implicadas cuantiosas cantidades de valores.

Ante la situación delincencial de organizaciones bien estructuradas, fue preciso un orden jurídico específico que inclusive irrumpiera los estatutos de este sistema causalista en busca de aquellos delincuentes que son considerados peligrosos al orden social, a lo que la dogmática la define como el derecho penal del enemigo.



Dencker (1998) indica que:

El crimen organizado consiste en una comisión planificada de delitos determinados por una ambición de ganancia o adquisición de poder, que en forma individual o conjunta resultan de gran importancia cuando más de dos participantes actúan en conjunto por un tiempo prolongado; utilizando estructuras profesionales o de empresas; empleando violencia u otros medios para la intimidación; influenciado en la política, los medios, la administración pública, la justicia o la economía. (p. 481)

La conceptualización del crimen organizado por Dencker, describe elementos particulares de estos grupos organizados; aunque no todos están presentes siempre, es común que los mismos actúan bajo un tiempo indeterminado, tengan como integrantes a profesionales o comerciantes vinculados directa o indirectamente con sus crímenes, actúan con una marcada violencia intimidatoria siendo respaldados por el poder público o el sistema de justicia, y buscan particularmente un beneficio económico.

La delincuencia organizada, a través de sus estructuras definidas, permite que los crímenes se planifiquen por medio de una división de las tareas delictivas que cada individuo ejecuta, existiendo cierta estabilidad en el tiempo, considerándose de esta manera grupos que se organizan de forma permanente. La profesionalización de sus integrantes permite que sus acciones criminales formen una determinada línea delictiva que trasciende las fronteras. Dentro de sus actividades principales se visualizan el



narcotráfico, trata de personas, lavado de activos, tráfico de armas, extorsiones, secuestros, robo de vehículos, sicariato, entre otros.

En síntesis, la teoría del derecho penal del enemigo es un concepto controvertido que ha suscitado amplias discusiones en el ámbito jurídico y filosófico. Esta teoría, propuesta por el jurista alemán Günther Jakobs, plantea una perspectiva radical sobre cómo abordar el castigo en el ámbito penal, especialmente en casos relacionados con delitos graves y delincuentes considerados como una amenaza para la sociedad.

Aunque esta teoría ha sido objeto de críticas y debates, es importante comprender sus fundamentos y sus implicaciones en el sistema de justicia penal. La teoría del derecho penal del enemigo se basa en la premisa de que existen individuos que, debido a la gravedad de sus actos o sus pertenencias a grupos criminales organizados, han trascendido la categoría de ciudadanos normales y deben ser tratados como “enemigos” de la sociedad.

Estos individuos son considerados una amenaza para el orden social y, según esta teoría, merecen un tratamiento diferenciado en términos de castigo y procedimientos judiciales. Uno de los puntos centrales de esta teoría es la idea de que la lucha contra el crimen grave y organizada requiere medidas más severas y amplias de las que se aplican en el derecho penal tradicional. Jakobs sostiene que el objetivo de castigar a los “enemigos” no es tanto la retribución o la rehabilitación, sino la prevención y la neutralización de la amenaza que representan. En otras palabras, se prioriza la seguridad pública sobre los derechos individuales de estos individuos. Sin embargo, la teoría del derecho penal del enemigo ha sido objeto de críticas por varios motivos.



Una de las principales preocupaciones es que esta perspectiva puede socavar los principios fundamentales del derecho penal, como la presunción de inocencia y el debido proceso. Tratar a ciertos individuos como “enemigos” puede llevar a la violación de sus derechos y a un sistema penal que opera sin garantías adecuadas. Además, existe la preocupación de que la línea entre quienes se consideran “enemigos” y quienes no lo son puede volverse borrosa y susceptible de abusos. La categorización de ciertos individuos como enemigos puede llevar a la discriminación y a la persecución de grupos marginales o minoritarios. En última instancia, la teoría del derecho penal del enemigo plantea preguntas profundas sobre el equilibrio entre la seguridad pública y los derechos individuales en el sistema de justicia penal.

Si bien es importante considerar formas efectivas de abordar el crimen grave y organizado, también es esencial garantizar que cualquier enfoque adoptado respete los principios fundamentales de justicia y equidad, cuando sea necesario. Por lo general, es pertinente, a criterio del sustentante, que, para delincuentes sofisticados o especializados, tratamientos específicos debido a su peligrosidad.

En resumen, la teoría del derecho penal del enemigo ha generado intensos debates en el ámbito jurídico y filosófico. Aunque argumenta a favor de medidas más severas para tratar con delincuentes considerados como amenazas a la sociedad, sus implicaciones en términos de derechos individuales y el debido proceso han generado críticas significativas. Es importante continuar examinando y debatiendo esta teoría en el contexto de un sistema de justicia penal que busca equilibrar la seguridad pública con los valores democráticos y los derechos humanos.



## CAPÍTULO IV

### 4. Las leyes penales especiales

#### 4.1. Antecedentes de las leyes penales especiales

En la actualidad, el derecho penal ha ido diversificando las formas punitivas en que el Estado enfrenta ciertos hechos que trascienden las formas delictivas convencionales, que ponen en riesgo los valores máximos de la sociedad como lo son la libertad, la paz, la seguridad, el bienestar y la vida.

Dentro de su desarrollo doctrinario, la época de la ilustración apertura a una humanización del derecho penal a fin de minimizar el poder punitivo del Estado, se crean ciertos principios axiológicos de la materia como lo son el principio de legalidad, última ratio, intervención mínima, de subsidiariedad, objetividad, proporcionalidad, derecho de defensa, debido proceso, presunción de inocencia, irretroactividad de la ley penal, entre otros.

Este esquema dogmático busca erradicar un sistema penal inquisitivo y promotor de violaciones a los derechos fundamentales, se plantean las limitaciones al Estado y se promueve un sistema garante de los principios axiológicos de un derecho penal humanizado.

Desde entonces, el derecho penal ha tenido en cuenta promover, como axiomas, ciertas garantías procesales dentro del mismo sistema jurídico de carácter constitucional, a efecto de poder establecer las bases fundamentales del poder punitivo del Estado para que este no pueda tener oportunidad de extralimitarse, es decir, las



leyes penales tanto sustantivas como instrumentales deben de estar en congruencia con los preceptos jurídicos constitucionales relativos al derecho penal y el sistema de justicia penal.

Este sistema ius-filosófico se ha sostenido por más o menos dos siglos; desde la época de la ilustración y el aporte científico de las escuelas clásica y positiva, pensadores como Beccaria, Pellegrino Rossi, Francisco Carrara, entre otros, contribuyeron con importantes aportes doctrinales y dogmáticos sobre el derecho penal desde su perspectiva clásica.

Por su parte, tratadistas como Enrico Ferri, Rafael Garófalo y Cesare Lombroso, fueron los referentes de las teorías positivistas en la época científica del derecho penal. Con el surgimiento de organizaciones criminales, la doctrina penal ha marcado ciertas tendencias en retrotraerse a métodos drásticos en la persecución penal e inclusive obviando o separando al sujeto de sus garantías fundamentales de carácter procesal, al que la política criminal y la doctrina le denominan enemigo público, al tratar con delincuentes no convencionales que comente crímenes de alto impacto social y que están relacionados con las violaciones a bienes jurídicamente tutelados fundamentales como la vida, libertad, integridad física o salud.

Su compleja forma de delinquir, la profesionalización de sus actividades, el alcance trasnacional, la intromisión a las instituciones públicas, su alto poder bélico, su agresividad al cometer los crímenes, sus efectos nocivos a los bienes jurídicamente tutelados, el impacto social, dan por hecho que el derecho penal humanizado y convencional, no son suficientes para hacerles frente, por tanto, ha dado lugar a ciertas



teorías que han especificado a la ciencia penal denominándola “derecho penal del enemigo”, del cual su principal promotor es Gunther Jakobs (2003), quien indica que:

“El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, las penas son desproporcionalmente altas y determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas” (p. 20).

La implicación de las organizaciones criminales en el orden jurídico y social, ha llevado a entender a la ciencia penal como el mecanismo eficaz para hacer frente a un enemigo público, pero para ello, es necesario retrotraer ciertas prácticas represivas e inclusive violatorias de las garantías procesales que hoy se conocen como pilares de la materia, garantes de los derechos y protectores de la facultad punitiva del Estado. La política criminal del enemigo busca la persecución penal de formas no convencionales en contra de esta clase de criminales a través de métodos especiales, como el agente encubierto, entregas vigiladas o escucha de las comunicaciones telefónicas, entre otras.

Esto ha dado lugar a la emisión de leyes penales especiales que buscan mermar la capacidad delincencial de las organizaciones criminales, llamadas leyes de nueva generación como la Ley contra la Delincuencia Organizada; Ley contra la Narcoactividad, Ley de Extinción de Dominio, y la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, las cuales son importantes herramientas para que el Estado pueda perseguir penalmente estas organizaciones en forma efectiva, a pesar de sus visibles limitaciones a derechos fundamentales, de ellas se habla en las siguientes páginas. La creación de un orden jurídico especializado es una respuesta a la complejidad con que



el Estado pretende darle frente a estos grupos criminales, entre ellos, limitarles ciertos derechos y garantías procesales.

#### **4.2. Ley contra la Narcoactividad**

Como corolario a esta ley, es imprescindible esbozar que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el Artículo 2, que: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona” (sic); y en el Artículo 93 que: “El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna”. Bajo aquella premisa, se creó la Ley contra la Narcoactividad surge como ley especial que regula todo lo concerniente a las actividades ilícitas del tráfico de estupefacientes en respuesta a los convenios internacionales; la ley establece los tipos penales relacionados a la narcoactividad, a la que le da vida jurídica a través del Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala.

En el primer considerando de la Ley contra la Narcoactividad se expone que la Constitución Política de la República de Guatemala, es garante de los valores humanos como la vida, la integridad, la salud, el desarrollo humano, el interés social, por lo que se hace pertinente un orden jurídico especializado para hacer frente a organizaciones criminales que se dedican al narcotráfico. La Ley especializada tiene como objetivo fortalecer las capacidades de investigación del sistema de justicia a través de medidas de prevención, control y sanción de las actividades relacionadas a la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de drogas, susceptibles a un daño considerable a la salud, describiendo en total dieciséis conductas ilícitas.



La ley penal especializada en materia de narcotráfico surge de los compromisos abordados por el Estado de Guatemala, la aceptación y ratificación de diversos convenios y tratados internacionales que le obligan a emitir un orden jurídico específico contra la lucha del narcotráfico, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias sicotrópicas 1988 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada; pero esta ley se encuentra poco enfocada en mecanismos modernos de investigación criminal, como los regulados en la Ley contra la Delincuencia Organizada, la cual crea ciertas figuras jurídicas que son parte de los sistemas modernos de persecución penal en contra del crimen organizado.

El Artículo 2 de la Ley contra la Narcoactividad califica como estupefacientes y psicotrópicos las sustancias que afectan la salud de las personas, describiéndolas como sustancias que pueden formar dependencia o adicción afectando la salud. De esta manera, la ley especial pretende establecer las cualidades generales de las sustancias que se consideran de ilícito comercio cuando carecen de certificación legal emitidas por las autoridades competentes.

Guatemala, por su posición geográfica, es un país clave para el tráfico y comercio de estupefacientes que de manera ilegal pasan al país mexicano y posteriormente terminan principalmente en Estados Unidos de América, provocando para el efecto, la comisión de actividades delictivas de alto impacto dentro de las sociedades.

El incremento de narcoactividad en Guatemala ha producido un efecto creciente en la delincuencia organizada, ya que han visto en dicha actividad una buena oportunidad para lograr el enriquecimiento ilícito. La Ley contra la Narcoactividad se presentó en los



años noventa como una solución a un problema progresivo por el tráfico, comercio y consumo de drogas que, al principio no era relacionada al crimen organizado, pero ante el desarrollo de dicha actividad delictiva, el Estado de Guatemala crea una ley especial que tipifica los delitos y sanciona a quienes se dedican a dichas actividades ilegales.

El tercer considerando de la Ley Contra La Narcoactividad establece: “Que en los últimos años nuestro país ha sido víctima de la acción delictiva del narcotráfico en general, sin que a la fecha exista una legislación adecuada que enfrente de manera general y profunda este problema que causa daño no solo a los ciudadanos sino al propio régimen de derecho y la institucionalidad del país”.

Aunque algunos delitos estaban tipificados en el Código Penal, se necesitaba de una ley especializada que regulara las complejas formas delictivas relacionadas con el cultivo, tráfico, comercio y consumo de drogas; la referida ley viene a regular delitos nuevos relativos a la realidad en el país, intentado fortalecer las capacidades del sistema de justicia, principalmente del Ministerio Público y el organismo jurisdiccional.

En la actualidad, la cooperación internacional en contra del crimen organizado por actividades del narcotráfico ha sido fundamental ante el interés internacional por reducir sus capacidades criminales de estos grupos y de llevar a los responsables a la justicia, siendo sus principales cooperantes México y Estados Unidos, por tener conexión física a través de las fronteras terrestres y acuáticas, países que tiene sus propios grupos delincuenciales y que son comerciantes directos con el crimen organizado radicado en territorio guatemalteco.



El tráfico internacional es uno de los delitos de mayor interés a nivel local e internacional; Guatemala ha sido utilizado como puente o país de tránsito por su estratégica posición geográfica, ante ello en el Artículo 35 de la ley contra la narcoactividad se regula que:

Quien sin estar autorizado, participe en cualquier forma en el tránsito internacional de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como de precursores y sustancias esenciales destinadas a la fabricación o disolución de las referidas drogas, será sancionado con prisión de doce a veinte años y multa de cincuenta mil quetzales a un millón de quetzales.

En Guatemala se han realizado procesos en contra de personas que cultivan drogas para su posterior procesamiento, exportación y/o comercialización, pero la mayor parte del comercio y tráfico de estupefacientes en el país es producto del tránsito internacional, principalmente de Sudamérica, donde Guatemala es utilizado como puente terrestre para el paso de grandes cantidades de droga que posteriormente son trasladadas a países del norte de América.

De esta manera, la Ley contra la Narcoactividad establece drásticas penas a quienes son detenidos por traficar o transitar drogas por Guatemala que tienen como destino otro país; del tránsito internacional surgen otros problemas para el Estado de Guatemala como el surgimiento de nuevas organizaciones criminales, asesinatos, corrupción, lavado de dinero u otros activos, lo que ha dado lugar a que en el año 2006 se emitiera otra ley penal especializada que centrara sus capacidades en perseguir



penalmente a estas organizaciones, a través de mecanismos especiales de investigación.

### **4.3. Ley contra la Delincuencia Organizada**

Los crímenes tienen distintas facetas que dan lugar a cierta clasificación tomando en cuenta sus particularidades; en cuanto al crimen organizado, las conductas delictivas son altamente complejas, lo que hace difícil que puedan ser cometido por una persona, su naturaleza exige que estas se lleven a cabo aplicando un alto poder bélico, tecnología, acciones debidamente estructuradas, considerándolas como una red criminal sofisticada. La situación dio lugar a la emisión de una ley especializada que pudiera proporcionar al sistema de justicia penal, los mecanismos jurídicos para hacer frente a esta clase de criminal, el Decreto número 21-2006 del Congreso de la República, le da vida a la Ley contra la Delincuencia Organizada.

Esta ley, en su segundo considerando, describe parte de su naturaleza al indicar que el crimen organizado es un flagelo que actualmente ha colocado a la población en un estado de indefensión por los delitos de alto impacto que comente, necesitándose para el efecto de una ley penal especializada para perseguir, procesar, desarticular y sancionar a estos grupos.

La Ley contra la Delincuencia Organizada es parte del expansionismo del derecho penal moderno, que le ha dado cabida a teorías como la de Gunther Jakobs, sobre el enemigo público que pierde sus garantías y derechos procesales, hasta cierto punto, por su alta peligrosidad y por los hechos delictivos de alto impacto que llegan a



repercutir a nivel social. Por ello Ávila (2018), al referirse a la teoría del derecho penal del enemigo, explica:

Jakobs indica que los individuos que incumplen el contrato social se consideran peligrosos, causan un desfase en la sociedad creando zozobra e inseguridad, impidiendo a su vez que el Estado se encargue del cumplimiento de deberes y el respeto a los derechos. Su comportamiento no es acorde a lo establecido por el Estado pues crean una lesividad al contrato social que se pone de manifiesto con su conducta dentro de la sociedad llevando a cabo crímenes que atentan contra la vida, la paz y el desarrollo social de los demás individuos. (p. 311)

Este sistema penal persigue a enemigos, a sujetos específicos, que por el riesgo se criminaliza inclusive actos de mera actividad o finalistas, previos a su materialización que ponen en peligro a las personas, como es el caso de los delitos de conspiración (Artículo 3), asociación ilícita (Artículo 4), asociación ilegal de gente armada (Artículo 5), o entrenamiento para actividades ilícitas (Artículo 6).

Su fuente jurídica es un tratado internacional especializado, el tercer considerando de la Ley contra la Delincuencia Organizada expone:

Que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita por Guatemala con fecha 12 de diciembre de 2000 y aprobada mediante el Decreto Número 36-2003, tiene como propósito promover la cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional, comprometiéndose el Estado de Guatemala a adoptar las medidas legislativas correspondientes a efecto de combatir y erradicar la



delincuencia organizada, estableciéndose mecanismos especiales de investigación.

La ley, además de conceptualizar al crimen organizado, diferenciado del crimen común, hace referencia a un extensivo catálogo de delitos precedentes que identifican las conductas delictivas exclusivas, en la mayoría de los casos, que comenten estos grupos criminales, permitiéndole al sistema de justicia identificar y encuadrar los delitos de la ley. Uno de los objetivos primordiales debe ser desarticular y desmantelar las organizaciones criminales.

Además, la ley debe proporcionar herramientas legales sólidas para investigar y perseguir a los líderes y miembros clave de estas organizaciones, debilitando su capacidad operativa, este es un objetivo fundamental de la ley especializada, no solo en contra de los delincuentes como sujetos, sino desmantelar estos grupos delictivos.

Respecto del crimen organizado, Dencker (1998) indica que:

El crimen organizado consiste en una comisión planificada de delitos determinados por una ambición de ganancia o adquisición de poder, que en forma individual o conjunta resultan de gran importancia cuando más de dos participantes actúan en conjunto por un tiempo prolongado; utilizando estructuras profesionales o de empresas; empleando violencia u otros medios para la intimidación; influenciado en la política, los medios, la administración pública, la justicia o la economía. (p. 481)



En cuanto a sus métodos de investigación especiales, el Artículo 21 de la Ley contra la Delincuencia Organizada regula lo relativo a las operaciones encubiertas, con lo cual se pretende introducir a un agente del servicio de inteligencia policial al grupo criminal, con el fin de analizar la organización criminal, recopilando información útil y elementos materiales que fundamenten los resultados de su investigación.

Otro de los mecanismos de investigación especial son las entregas vigiladas, reguladas en el Artículo 35 del mismo cuerpo legal, las cuales permiten el traslado de material delictivo de forma controlada para simular cooperación con las organizaciones criminales; el objetivo es determinar la estructura de tránsito y entrega de los objetos ilícitos para luego proceder a la captura desde todos los niveles de la red.

Las interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación, son parte de los mecanismos especiales de investigación, regulado en el Artículo 48 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, el cual faculta a las entidades de investigación, con autorización judicial previa, a interceptar, grabar y reproducir las comunicaciones realizadas por los integrantes de la organización criminal.

La Ley penal especializada busca la persecución penal de un enemigo, por tal razón los mecanismos especiales y la creación de tipos penales específicos, pueden considerarse violatorios a derechos constitucionales, los cuales llegan a justificarse, entre otros criterios, el que estima que el interés social prevalece sobre el interés particular, es decir, la parte taxativa del Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que ante hechos que irrumpen los derechos de terceros, deberán tomarse en primicia, ante cualquier derecho particular, siendo



justificable la suspensión de ciertas garantías procesales a quienes ponen en riesgo los valores máximos del pacto social, como lo son la vida, la libertad, la paz, la seguridad y el bienestar común.

#### **4.4. Ley de Extinción de Dominio**

La extinción de dominio recibe distintas conceptualizaciones tanto doctrinales como jurídicas. En cuanto a la Ley de Extinción de Dominio, Decreto número 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, lo define en su Artículo 2, literal d), como:

La pérdida a favor del Estado, de cualquier derecho sobre los bienes mencionados en la literal b del presente Artículo, y que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la presente Ley, cualquiera que sea su naturaleza y clase, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o que se comporte como tal. (...)

b) Bienes: Son todos aquellos que sean susceptibles de valoración económica, sean estos muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, tangibles o intangibles, acciones títulos y valores, cualquier derecho real, principal o accesorio. Igualmente lo serán todos los frutos, ganancias, productos, rendimientos o permutas de estos bienes.

Uno de los elementos principales del concepto jurídico es la pérdida del bien a favor del Estado, este criterio tiene su fundamento en que el sistema de justicia debe de ser capaz de mejorar sus capacidades económicas con el fin de incrementar sus competencias técnicas, institucionales y materiales, para hacer frente a estos grupos



criminales y en el cumplimiento de la ley, además de requerir la recuperación de tales bienes como compensación al daño público alcanzado.

En cuanto a la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, en el Artículo 2, literal g), indica que se entiende por decomiso o extinción de bienes: “(...) la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”. De los elementos importantes del concepto esta “la privación con carácter definitivo de bienes (...)”, es decir, que no habrá forma de que puedan ser recuperados por el sujeto al que se le ha extinguido el dominio.

Respecto de la concepción de la acción de extinción de bienes, Greenberg (2009) considera que:

La acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien sustente tal derecho en el momento de la extinción. (p. 8)

La extinción de dominio se entiende entonces como la pérdida de los derechos de dominio o posesión a favor del Estado, de aquellos bienes que son parte de la comisión de un delito o han sido adquiridos como frutos del mismo, siempre que haya sido declarada judicialmente por juez o tribunal competente.

La doctrina ha estimado distintos criterios sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, para pocos, su naturaleza se desarrolla dentro del derecho civil en materia patrimonial, para otros pocos, considera que su naturaleza jurídica es netamente de



derecho penal, tomando en cuenta que nace de la comisión previa de un delito. Para la mayoría, su naturaleza jurídica es de carácter propio, es decir, una materia independiente debido a su particular proceso y formas de diligenciamiento de sus fases.

Hormanza, citado por González Rodríguez (2012), expone:

Esta tiene un carácter *sui generis* que reviste una diferencia importante respecto al decomiso penal. Mientras que el decomiso tradicional se considera una sanción, la extinción de dominio se entiende como una 'consecuencia patrimonial' derivada del origen ilícito de los bienes y consistente en la transmisión a favor del Estado con carácter definitivo de bienes originados en actividades ilícitas o con destinación ilícita, por sentencia o decisión final de una autoridad judicial, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna.  
(p. 17)

Tobar Torres (2014), por su parte, comenta:

Como se observa, dada su especial naturaleza, la acción de extinción de dominio se somete a fines y características muy particulares, y por ende, no puede asimilarse de lleno a una acción penal o civil, pese a que tenga elementos de contacto con una y otra. (p. 23)

Al establecer que su naturaleza jurídica es *sui generis*, es preciso destacar que la acción surge de la comisión previa de un delito y que el ente encargado de la denuncia e investigación es el Ministerio Público, pero sus efectos son netamente patrimoniales,



por tanto, parece ser que la misma es una conjunción de las materias citadas, pero con sus propias particularidades o características que no terminan por encajar en ninguna de ellas.

Para analizar las características de la extinción de dominio, se cita a Cárdenas Chinchilla (2013) que comenta:

- a) **Es jurisdiccional:** El encargado de instruir el proceso es un juez especializado, así lo establece el Artículo 12 de la Ley de Extinción de Dominio al transferir la competencia a los tribunales competentes según determine la Corte Suprema de Justicia.
- b) **Es autónoma de la acción penal:** La acción de extinción de dominio puede iniciarse sin que previamente exista una acción penal, y aun cuando la resolución del proceso penal haya sido absolutoria, el proceso de extinción de dominio seguirá de forma autónoma.
- c) **Es independiente de la acción penal:** Esta es una cualidad importante tomando en cuenta que la acción de extinción puede accionarse contra el poseedor o titular del bien, aunque este no haya sido parte del delito.
- d) **Termina con una sentencia declarativa y no con una sentencia condenatoria:** La declaración judicial se fundamenta en que no se le puede prestar la protección constitucional al derecho humano de propiedad o dominio debido a ser fruto de la comisión de un delito, sin llegar a resolver absolutamente nada del hecho delictivo.



- e) **La acción no prescribe:** El poseedor o propietario de bienes producto de hechos delictivos no pueden argumentar extinción de la acción por el tiempo, dándole la ley potestad al Estado de iniciar la misma de forma indefinida. (p. 44)

La Ley de Extinción de Dominio es el instrumento nacional especializado que regula todo lo relativo al proceso de extinción de bienes producto de la comisión de un delito. Dentro de su tercer considerando expone:

Que los responsables de los delitos económicos, de las infracciones de narcotráfico o de la delincuencia organizada, han utilizado diversos mecanismos ilegales, mezclados éstos con medios legales, para la transferencia y circulación de bienes, ganancias, frutos y productos de la criminalidad, así como para el encubrimiento o el ocultamiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o la propiedad real de esos bienes, ganancias o derechos, a sabiendas de que proceden de actividades ilícitas o delictivas.

Partiendo de esta premisa, el Estado crea un orden jurídico agresivo contra quien se le considera enemigo social, el cual además de las características especiales para perseguir penalmente al delincuente organizado, establece un proceso *sui generis* que persigue también los bienes que fueron utilizados para el delito y/o sus frutos, derivado de un incremento patrimonial ilícito.

El Artículo 1 de la Ley de Extinción de Dominio regula que el fin u objeto de la misma es identificar, localizar y extinguir los bienes productos de hechos delictivos, creando un proceso y juzgados especiales con el fin de incrementar las capacidades del Estado



para cumplir con este decreto, de forma pronta, sin estimar ciertos derechos procesales, que fungen como garantes del debido proceso, esto tomando en cuenta lo antes desarrollado, es en contra de un enemigo público que ha perdido su derecho a reclamar ciertas garantías procesales que le serán suspendidas. En cuanto a las definiciones que explican el contenido de la ley, el Artículo 2 del mismo cuerpo legal describe qué se debe de entender por grupos criminales organizados, bienes sujetos a extinción, extinción de dominio y bienes abandonados declarados conforme a las disposiciones de la ley.

El Artículo 3 de la Ley de Extinción de Dominio describe los principios por los cuales serán aplicadas las disposiciones de su contenido jurídico, siendo estos el de nulidad, *ab initio* y prevalencia; entendiéndose el primero que los actos y contratos que versen sobre los bienes que se presumen fruto del delito son nulos desde el inicio y no se puede alegar justo título por ser adquirido de buena fe; el segundo establece que las disposiciones de la ley son aplicadas preferentemente ante cualquier otra ley que regule circunstancias afines.

La presunción y la indeterminación del plazo para la acción, está regulada en el Artículo 6 del mismo cuerpo legal que estipula que los bienes, dinero, productos, frutos o ganancias, en cualquier tiempo, pueden ser confiscados por el Estado, remitiendo la carga de la prueba al propietario o poseedor. En los Artículos del 9 al 11 de la Ley de Extinción de Dominio se establecen las garantías procesales, las cuales son limitadas e inclusive restringidas por la misma por tratarse de grupos criminales de alta peligrosidad.



#### **4.5. Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos**

Una de las consecuencias del proceso penal es la pena, esta se entiende según Landrove (1984) como: “(...) la privación o restricción de los bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal” (p. 17). Para los casos de blanqueo de capitales, la pena principal parece apreciarse incompleta o insuficiente, por tanto, el legislador ha dispuesto integrar dentro del tipo penal otras penas accesorias que presumen una sanción proporcional al delito, aunque más pareciera que lo que se pretende es enviar un mensaje claro de las considerables consecuencias punitivas que alcanzarán las personas que cometen el ilícito penal.

Además de la pena, el Artículo 4 de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos regula taxativamente que:

El responsable del delito de lavado de dinero u otros activos 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; 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 los 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 se hubiere hecho acreedora, la pena de expulsión del territorio nacional, que se ejecutará inmediatamente que haya cumplido aquellas.



La clasificación jurídica de las penas tiene relevancia según el efecto que causa sobre el condenado, es decir, si la pena es considerada principal, es debido a que integra un castigo mayor sobre el condenado, como lo es la privación de su libertad; si es accesoria, su efecto consistirá en la inhabilitación, multa o publicidad de la sentencia, supuestamente como un castigo menor sobre el condenado. Pero en los casos de lavado de dinero u otros activos, las penas accesorias parecen tener mayor afectación sobre el condenado por diferentes circunstancias. Una de las penas accesorias es la aplicación de una multa igual al valor de los bienes producto del delito; en primicia, esta pena no parece desproporcionada si no por el contrario, parece justa debido a que representa el valor de los bienes que se pretendían blanquear o llegaron a limpiarse.

Además, el legislador ha dispuesto incrementar el castigo sobre el responsable estableciendo que también se aplicará el comiso de los objetos provenientes de la comisión del delito, esto implica que los bienes financieros que fueron identificados con fines de ser blanqueados y fueron integrados como medios de prueba dentro del proceso penal, pasarán al poder del Estado para que sean utilizados por este a fin de continuar con la persecución de estos grupos delictivos.

Por si aún no se estima suficiente para estimular la prevención y consecuentemente la represión y el castigo, el legislador agrega que la sentencia se deberá publicar en por lo menos dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país, con el fin de hacerla pública y a la vez crear un estigma social que pueda motivar la abstinencia al delito.



Pero estos efectos no quedan ahí, debido a que la publicación crea una estigma social sobre el condenado que puede tener efecto permanente, según Pérez Correa (2013).

“La aplicación de castigos penales a través del etiquetamiento afecta de manera desproporcionada, (...) en consecuencia, marca al delincuente por el hecho de haber sido estigmatizado...” (p. 1); se puede pensar que el condenado debió haber previsto estos efectos y por lo tanto es su plena responsabilidad las consecuencias previstas en el tipo penal, pero igualmente es visible la intención pública de incrementar desproporcionalmente las penas con el fin de promover la prevención, porque si no es esta la intención del Estado, entonces se debe de considerar que el objetivo principal es perseguir penalmente a un enemigo, relativizando y suprimiendo sus derechos.

En este caso, el derecho penal causa una restricción y/o suspensión de ciertas garantías fundamentales reconocidas constitucionalmente, como sucede con las demás leyes penales especiales, considerándose estas leyes como justas cuando el enemigo público es quien comente hechos de alto riesgo o daño a las personas y sus bienes, por lo que hay que castigarlos.

#### **4.6. La razón de la política criminal de las leyes penales especiales**

Las leyes penales deben tener como objetivo esencial disuadir la formación y actividad de grupos criminales. Esto implica establecer penas significativas y proporcionales para los delitos relacionados con el crimen organizado, lo que podría desalentar a las personas de unirse a estas organizaciones.

La política criminal, con un claro enfoque e inclinación a aplicar la teoría del derecho penal del enemigo, busca hacer frente a grupos criminales sofisticados que se han



permitido la incursión en todos los estatus sociales y políticos. Una ley especializada efectiva debe permitir hacer uso inclusive de restricciones a derechos fundamentales que son protegidos y garantizados para otras personas, por lo que encausa el poder punitivo a una clase de criminal no convencional.

La política criminal ha establecido medios legales para limitar el poder financiero del crimen organizado a través de la confiscación de bienes y recursos obtenidos a través de actividades criminales. Esto priva a los grupos criminales de sus recursos y dificulta su funcionamiento, al tiempo que permite la recuperación de activos robados.

A esto se suma que la política criminal no se adecua a las necesidades de seguridad nacional, sino que toma criterios propuestos por la comunidad internacional tomando en cuenta que la mayoría de los delitos trasciende las fronteras, por lo que la colaboración Internacional es parte de estas políticas. Dado que muchas organizaciones criminales operan a nivel transnacional, la ley debe fomentar la cooperación y el intercambio de información entre países para enfrentar efectivamente el crimen organizado en una escala global.

La política criminal que acentúa la defensa y protección de la seguridad nacional no solo se enfoca en el delincuente sino también en la protección de testigos y víctimas. La ley debe incluir disposiciones que protejan a los testigos y víctimas que cooperan con las autoridades. Esto es esencial para garantizar que quienes deciden colaborar no se enfrenten a represalias por parte de los grupos criminales.

Para este efecto, dentro de estas leyes se establecen particulares métodos de investigación y obtención de pruebas. Una ley efectiva debe otorgar a las autoridades



los instrumentos necesarios para llevar a cabo investigaciones sólidas que cumplan con llevar a juicio a los delincuentes. Esto podría incluir medidas de vigilancia, interceptación de comunicaciones y otras técnicas para recopilar pruebas.

Con la aplicación de sistemas de inteligencia en la persecución de delincuentes organizados, la política criminal toma conciencia de la capacidad que tienen estos grupos para cometer actos delictivos, se entiende que perseguir y castigar a esta clase de criminales no se podría con métodos convencionales, la ley debe enfocarse en la recolección de inteligencia para prevenir actividades delictivas antes de que ocurran a través, quizá, de métodos que violentan derechos y garantías procesales. Esto podría involucrar la colaboración de distintas agencias de seguridad del Estado inclusive las fuerzas militares en algunos países. Esto es crucial en la política criminal cuando la fuerza bélica sobrepasa a las instituciones civiles de seguridad.

En síntesis, las leyes penales especializadas se convierten en un objetivo esencial en la política del Estado en contra el crimen organizado, la cual se convierte en leyes con un enfoque multifacético y adaptadas a la complejidad creciente de este tipo de delincuencia. Los objetivos especiales deben enfocarse en desarticular organizaciones criminales, prevenir su actividad, proteger a las víctimas y testigos, y establecer un marco legal sólido para abordar estas amenazas de manera efectiva y justa.

Para que todo este sistema que sustenta la política criminal de Estado es prescindible un tratamiento especializado con métodos no convencionales, esto tiene un efecto limitador de los derechos y garantías constituciones, pero para la política criminal lo vale.



## CAPÍTULO V

### **5. El derecho penal del enemigo como política criminal dentro de las leyes penales especiales**

#### **5.1. La criminalidad en Guatemala**

La sociedad crea parámetros de convivencia en la cual las personas pretenden tener relaciones sociales pacíficas en un orden establecido. Aun cuando la finalidad de la sociedad sea la convivencia pacífica de las personas, en la misma surgen conflictos que afectan dicho orden social. La criminalidad organizada es un fenómeno complejo que plantea desafíos significativos para la seguridad, el Estado de derecho y la convivencia social en todo el mundo.

Este trabajo de investigación ha atendido la naturaleza de la criminalidad organizada, sus características, causas subyacentes y las estrategias para combatirla dentro de una política criminal pública. La criminalidad organizada, como se ha hecho mención, se refiere a grupos o estructuras que se dedican de manera sistemática a cometer delitos con la finalidad de obtener ganancias financieras, poder o influencia. Estos grupos pueden abarcar desde el tráfico de drogas y personas hasta el lavado de dinero, el contrabando, la extorsión y el crimen cibernético. A menudo, estas organizaciones operan aprovechando su capacidad para infiltrarse en instituciones.

Según Rodríguez y García Santiago (2015):

La firma de los Acuerdos de Paz en 1996 creó esperanzas en Guatemala de avanzar hacia una sociedad más justa en que las personas pudieran desarrollar



su vida con tranquilidad. Sin embargo, el establecimiento formal de la paz no ha permitido a Guatemala alcanzar niveles significativamente mayores de desarrollo humano y la situación de inseguridad en que vive la población se ha visto agravada. (p. 9)

Desde la firma de los Acuerdos de Paz, el avance en la seguridad ciudadana no ha tenido importantes cambios, inclusive se puede estimar que la violencia ha tomado distintos enfoques o parámetros de acción. Previo a los Acuerdos, los problemas de violencia que enfrentaba Guatemala eran relativos a la violencia común y a los efectos del enfrentamiento armado, posteriormente la violencia es desarrollada a través de grupos delincuenciales estructuralmente organizados, más complejos y con influencia en las instituciones públicas.

Una de las características fundamentales de la criminalidad organizada es su naturaleza globalizada, es decir, no es un problema solamente de Estado. Estos grupos operan a través de fronteras nacionales, lo que complica los esfuerzos de aplicación de la ley y exige una cooperación internacional sólida. Además, la criminalidad organizada tiende a ser altamente adaptable y se aprovecha de las debilidades institucionales y la falta de coordinación entre países.

Para Rodríguez y García Santiago (2015):

En décadas anteriores la violencia estuvo principalmente asociada con las dinámicas del conflicto armado interno produciéndose en los enfrentamientos entre las fuerzas beligerantes y principalmente a través de las acciones de represión llevadas a cabo en contra de la población civil, primariamente del área



rural. La violencia que sufre la sociedad guatemalteca hoy en día, sin embargo, ya no responde a la misma configuración histórica. La situación de inseguridad actual es más compleja de caracterizar. No existe una causa o razón única que expliquen los altos índices de violencia imperantes ni el aumento sostenido que ha experimentado. (p. 10)

Pese a que la democratización en Guatemala ha presentado importantes avances en la institucionalización del Estado, la aplicación de un sistema de justicia acusatorio, el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, el desarrollo económico, se ha mostrado una deficiente política criminal principalmente en su enfoque preventivo, lo que ha causado incremento en la seguridad y debilitamiento respecto a la participación ciudadana para erradicar este problema social.

La criminalidad determina la política criminal del Estado, según causas, efectos, sistemas y desarrollo de la delincuencia, así también se crean los mecanismos de criminalización a fin de hacer frente a este fenómeno social. Parte de la política criminal es la teoría del delito, tomando en cuenta que las bases ideológicas de esta teoría se determinan los aspectos particulares que darán lugar a creación de las leyes penales.

## **5.2. La teoría del delito y las leyes penales**

La teoría del delito surge dentro del contenido dogmático de tratadistas que han incrustado el pensamiento humano de la ciencia penal, a través del estudio de la punibilidad de su conducta, la cual según se aplica, debe de existir una consecuencia jurídica penal a aquellos actos que riñen con la legalidad.



Según el Instituto de Investigaciones Jurídicas (2004): “(...) resulta conveniente referir los presupuestos de punibilidad, circunstancia que nos remite al análisis sistemático de la ley penal, pues en dicho lugar es donde guardan cabida los tipos penales en su modalidad de comportamientos punibles” (p. 15). Esta apreciación dogmática respecto al delito, paulatinamente se ha incorporado a las leyes penales pasando a formar parte importante de su contenido jurídico, donde la misma desarrolla disposiciones doctrinales que han sido consideradas por los órganos legislativos de los Estados, con el fin de que formen parte del orden jurídico vigente que regula la facultad pública de la persecución penal.

En el caso de Guatemala, el Artículo 386 del Código Procesal Penal regula que:

Las cuestiones se deliberarán, siguiendo un orden lógico en la siguiente forma: cuestiones previas; existencia del delito; responsabilidad penal del acusado; calificación legal del delito; pena a imponer; responsabilidad civil; costas, y lo demás que este Código u otras leyes señalen.

Si se analiza a detalle el precepto jurídico citado, existe una secuencia cronológica descrita en el Código Procesal Penal que integra la teoría del delito, estableciendo que el juez debe de apreciar primeramente si la acción u omisión constituye delito, haciendo un análisis de tipicidad, si es antijurídico y finalmente respondiendo si se cumple con los presupuestos de culpabilidad, estableciendo en su caso la sanción que corresponda.

Según Jiménez de Asúa (1954):



Las ciencias penales se han clasificado de diversas formas, así, existen aquellos que refieren un contenido en el sentido de englobar a la teoría del delito como un aspecto inmerso en la dogmática penal que, como especie, pertenece al derecho penal. (p. 25)

La teoría del delito es entonces una parte de la dogmática perteneciente a la ciencia penal que no descansa solamente dentro de su contenido doctrinario genérico, sino que el legislador ha tenido la necesidad de integrar la teoría de manera expresa dentro de las leyes penales, es decir, se convierte en parte de la política criminal de Estado.

En ese contexto, para combatir eficazmente la criminalidad organizada, se requieren estrategias integrales y coordinadas. Uno de los enfoques clave es mejorar la cooperación internacional entre agencias de aplicación de la ley y judiciales. El intercambio de información, la armonización de leyes y la extradición de delincuentes son herramientas cruciales en este sentido. En el caso de Guatemala, las leyes penales especializadas están armonizadas y/o conectadas para alcanzar fines comunes.

Según Islas de González (1984):

Las categorías relativas a: las normas jurídico-penales, los delitos, las puniciones, las penas y las medidas de seguridad, integran en su contenido el objeto cuya explicación, lógicamente estructurada, es la ciencia del derecho penal. Cabe advertir que se está haciendo referencia a dos áreas diferentes: por un lado, el objeto de conocimiento (derecho penal), constituido por las normas penales, los delitos, las puniciones, las penas y todo lo inherente a las medidas



de seguridad; por otro lado, el sistema conceptual (ciencia del derecho penal) elaborado acerca del conocimiento de ese objeto. (p. 13)

La dogmática penal establece que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable, al respecto Mir Puig (s. f.) estima que la teoría del delito explica el comportamiento humano cuando su conducta encaja con los presupuestos fácticos descritos en un tipo penal, cumpliendo con los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, agregándosele la punibilidad como elemento secundario del delito.

Por tanto, la misma se desarrolla dentro de la norma jurídico-penal que describe las conductas prohibidas, esto significa que la teoría del delito ha formado los criterios legislativos para que tenga una finalidad práctica a través de los tipos penales que crean los delitos, dependiendo del Estado la aplicación de la teoría causalista o teoría finalista que cumpla con los axiomas propios del sistema penal; en el caso de Guatemala, el sistema causalista formó en primicia parte de esta forma de ver y aplicar la teoría del delito, que actualmente hace una dualidad de sistemas con el fin de perseguir a un enemigo público.

### **5.3. El derecho penal del enemigo, una estrategia universal**

Los antecedentes del crimen organizado no marcan un origen exacto, pero se conoce que los cambios políticos, económicos, internacionales y jurídicos, dieron la pauta a su aparición al estimarse las condiciones propicias para el desarrollo de estas organizaciones criminales. El desarrollo de estas estructuras delictivas ha motivado el interés a todo nivel: juristas, tratadistas, Estado y comunidad internacional, creando un



estudio investigativo propio que buscara alternativas no convencionales que pudieran hacer frente a su forma particular de cometer crímenes.

Palacios Valencia (2002) explica: “Sin duda alguna, el debate sobre el derecho penal del enemigo es una cuestión que está revolucionando el mundo del Derecho, en general, y el derecho internacional en particular” (p. 19). La comunidad internacional ha abogado por un problema que trasciende fronteras, por lo que ha dispuesto de instrumentos internacionales con el fin de incluir dentro del orden jurídico interno de sus afiliados, un orden jurídico vinculante aplicable y promotor de cambios y surgimiento de leyes especiales plenamente represivas que buscan a un enemigo universal.

Para Pisarello (2001):

En el VII Congreso de las Naciones Unidas Sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente Celebrado en agosto de 1985, se señaló la preocupación por el crecimiento desmesurado del crimen organizado en el ámbito internacional debido a la gran cantidad de operaciones ilícitas que se realizaban en aquel momento, traspasando las fronteras de los Estados cuyos sistemas de prevención del delito más efectivos resultaban inocuos en la prevención del crimen organizado. (p. 245)

De ello se extrae que el problema del crimen organizado se presentaba de forma global. Ningún Estado estaba exento de las actividades criminales de estas organizaciones, causando paulatinamente una afectación tanto para la sociedad como para la gobernabilidad tomando en cuenta que se fue integrando dentro de las estructuras propias de las instituciones públicas. Como lo cita el autor, las formas



convencionales de combatir la delincuencia común eran deficientes, se necesitaba de una reforma estructural a todo nivel, ejecutiva, legislativa y judicial, siendo la principal promotora la comunidad internacional, debido al alcance transnacional que repercutía en sus intenciones de crear sistemas democráticos preocupados por el respeto de los derechos humanos y que el crimen organizado igualmente vulneraba.

En su opinión, Silva Sánchez (1999) predice la creación de un derecho penal internacional que buscaría las alternativas legislativas para hacer frente a un enemigo universal, aun por encima de los derechos humanos, estimando que:

El Derecho Penal de la globalización y de la integración supra nacional, será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación, y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción. (pp. 63-64)

Esta preocupación global fue intensificando la necesidad de crear un orden jurídico internacional en busca de la criminalización de conductas aun previas a la lesión de los bienes jurídicos, impulsando las estrategias de defensa, represión y erradicación de estas organizaciones criminales. Como lo cita Silva Sánchez, se predecía el desarrollo o expansionismo de un derecho penal internacional enfocado en enemigos universales que debían ser reprimidos a toda costa, inclusive en contra de los parámetros



axiológicos establecidos en los propios Estados, limitadores de derechos humanos de quienes no merecían ninguna protección.

En ese orden de ideas, la criminalización de las organizaciones delictivas fue tomando un concepto e interés universal, la comunidad internacional fue tomando impulso para crear un orden jurídico internacional especializado que hiciera frente a las diversas formas de organización criminal, con el fin de que los Estados parte hicieran lo mismo dentro de su propio orden jurídico especializado.

#### **5.4. Los alcances del crimen organizado en Guatemala**

Uno de los instrumentos especializados de alcance internacional que impulsó la persecución penal contra el crimen organizado fue la Convención de Palermo, la cual pretendía establecer los parámetros legales en que los Estados parte deberían de hacer frente al crimen organizado transnacional. El enfoque en la prevención también es esencial dentro de la política criminal. Esto implica abordar las causas subyacentes de la criminalidad organizada, como la pobreza y la falta de oportunidades. La inversión en educación, desarrollo económico y programas de reintegración puede ayudar a reducir lo atractivo de las actividades criminales.

Estos aspectos pueden considerarse relevantes al momento de abordar la forma en que se crean estos grupos criminales, su desarrollo y las principales deficiencias que le fortalecen del sistema social. En cuanto a su definición, el Artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional –Convención de Palermo- (2000) regula que la organización criminal es un:



(...) grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo, y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otros beneficios de orden material. (p. 2)

Por tanto, el crimen organizado presenta una estructura organizacional compleja, jerárquica y con la finalidad general de conseguir un beneficio particularmente económico, por tanto, se hace semejanza a una empresa estrictamente lucrativa, pero sus acciones recaen en prohibiciones legales que violentan la ley penal. El Estado no solo debe de tener los medios comunes de criminalización, sino que debe de aplicar mecanismos igualmente complejos donde intervengan acciones policiales, administrativas y judiciales, tomando en cuenta que su actuar atenta directamente con la democracia misma, la libertad y el bienestar de todo un país; su capacidad de cometer crímenes de alto impacto y la intromisión en todas las estructuras sociales y del Estado, hace necesaria su adecuada intervención punitiva.

El Estado de Guatemala, al ser parte de la Convención de Palermo, se obliga a las condiciones jurídicas que se establecen en el tratado internacional, lo que implica la creación de leyes especiales que permitieran el fortalecimiento del sistema de justicia y la capacidad de perseguir a un enemigo público universal, que en el peor de sus condiciones puede llegar a debilitar el Estado de derecho y la gobernabilidad. Guatemala por su posición geográfica es un país clave para el tráfico y comercio de estupefacientes, tráfico de personas y el tráfico de armas, que de manera ilegal pasan al país mexicano que posteriormente terminan principalmente en Estados Unidos, lo



que ocasiona un crecimiento en las actividades ilícitas y delictivas relacionadas al narcotráfico.

La narcoactividad es posiblemente una de las primeras actividades del crimen organizado, tomando en cuenta que de este se derivan otros hechos como trata de personas, lavado de activos, tráfico de armas y fundamentalmente la intromisión a las instituciones públicas. El Estado de Guatemala para hacer frente a estas organizaciones, no le bastó leyes especializadas como la Ley contra la Narcoactividad o la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, necesitaba buscar la herramienta jurídica que permitiera hacer frente o atacar directamente al grupo criminal, previamente a la comisión de los delitos de narcoactividad o el lavado de activos.

De esta cuenta, el Estado crea el Decreto 21-2006 del Congreso de la República, que contiene la Ley contra la Delincuencia Organizada, la cual en el primer considerando expone:

Que la delincuencia organizada es un flagelo que actualmente ha colocado a los habitantes de la República en un estado de indefensión, por su funcionamiento organizacional, lo que hace necesario la creación de un instrumento legal para perseguir, procesar y erradicar a la delincuencia organizada.

La ley crea varios delitos relativos al crimen organizado como la conspiración; asociación ilícita; asociación ilegal de gente armada; uso ilegal de uniformes e insignias; y, comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero. La ley vincula al crimen organizado según su Artículo 2, a las actividades de narcotráfico; lavado de activos; trata de personas; financiamiento del terrorismo o terrorismo;



asesinato; plagio o secuestro; hurto agravado; robo agravado; estafa; algunos delitos tributarios; y, los delitos relativos a la corrupción.

Además, se establecen una serie de mecanismos especiales para la persecución penal de estas estructuras, pero principalmente se crean conductas delictivas que procuran proteger los bienes jurídicamente tutelados antes de cualquier lesión, a lo que se considera como una política criminal enfocada en el derecho penal del enemigo.

### **5.5. La legislación guatemalteca que regula la política criminal**

En Guatemala, la manifestación de organizaciones criminales ha causado un efecto expansivo en cuanto a la creación de leyes penales especiales, esto debido a la compleja forma de que estos grupos comenten sus hechos criminales y el alcance aun de las instituciones públicas, contaminando la administración pública, causando miedo y terror social, e inclusive el debilitamiento del sistema de justicia.

Estos grupos se caracterizan por la forma compleja de su estructura, su poder bélico y la reestructuración de sus líderes en determinado caso deben ser sustituidos, lo que los convierte en organizaciones con alto grado de permanencia. Para contrarrestar sus crímenes, el Estado ha creado leyes especiales como la Ley contra la Delincuencia Organizada, la cual crea figuras jurídicas especiales como el agente encubierto, entregas vigiladas o vigilancia en las comunicaciones telefónicas, entre otras; además ha dispuesto criminalizar ciertas conductas claramente de sistemas como la teoría finalista.



La política criminal está enfocada en criminalizar la peligrosidad, aun cuando no se haya manifestado ningún hecho causal que tenga por efecto un resultado. La situación pone de manifiesto la desviación a lo previsto legalmente relativo a que el orden jurídico-penal guatemalteco se basa en la teoría causalista, estimando necesario el Estado aplicar ambas teorías con el fin de perseguir penalmente a un enemigo social y público, dando lugar a la dualidad de teorías aplicables en una misma ley penal.

Para entender y justificar esta política criminal en Guatemala hay que centralizarse en la teoría del derecho penal del enemigo, la cual refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan una forma especial de perseguir penalmente a una o más personas enfocadas principalmente en su peligrosidad, la cual tiene ciertos efectos que caracterizan esta forma de criminalización, debido a que al sancionar su peligrosidad consecuentemente se le deben limitar ciertos derechos fundamentales.

Según Jakobs (2003): “El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, las penas son desproporcionalmente altas y determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas” (p. 20). Por tanto, esta teoría busca al delincuente inclusive antes de cometer el delito, su peligrosidad amerita su persecución y el Estado le aparta de ciertas garantías que los demás tienen, es un enemigo y de este punto parte la criminalización y su política criminal.

Su carácter transnacional, su altamente profesionalización y la intromisión a los poderes públicos, ha motivado a que la comunidad internacional emergiera como principal promotora del tratamiento jurídico para estos grupos criminales organizados,



impulse un tratamiento jurídico especializado para hacer frente a esta clase de criminalidad, creándose leyes especializadas que por su mayoría son estimadas leyes dirigidas a determinadas personas o grupos, es decir, aplicando el derecho penal del enemigo.

### **5.6. El derecho penal del enemigo como parte de la política criminal**

El orden jurídico guatemalteco como se ha expuesto se basa en la relación causalista de los tipos penales, así lo regula el Artículo 10 del Código Penal; en la Ley contra la Delincuencia Organizada se crean delitos con relación finalista, como lo son la conspiración y la asociación ilícita, siendo ambos delitos una clara medida y aplicación del derecho penal del enemigo, tomando en cuenta que la misma rebaja las barreras de protección de los derechos fundamentales, un aumento de la facultad punitiva del Estado y una persecución directa de un sujeto determinado. Además, se crea un tratamiento legal especializado en su persecución penal, estableciendo figuras importantes como operaciones encubiertas, agentes encubiertos, entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación.

Por ello, el derecho penal moderno va en expansión, lo que ha movido a las políticas públicas a crear supuestos de criminalización previos a que se cometa el daño al bien jurídicamente tutelado; al parecer, la medida puede limitar o inclusive violentar derechos fundamentales; aplicar relaciones finalistas en los tipos penales; adecuar penas altas; entre otras medidas de criminalización que pretenden perseguir directamente a estos grupos o personas, justificando la no aplicación o consideración de los derechos fundamentales y principios rectores del derecho penal y de la actividad



punitiva del sistema de justicia, por tanto, el Estado considera cruciales y oportunas las medidas a pesar de su intensificación en su poder punitivo.

En tanto Ávila (2018) señala que:

Jakobs indica que los individuos que incumplen el contrato social se consideran peligrosos, causan un desfase en la sociedad creando zozobra e inseguridad, impidiendo a su vez que el Estado se encargue del cumplimiento de deberes y el respeto a los derechos. Su comportamiento no es acorde a lo establecido por el Estado pues crean una lesividad al contrato social que se pone de manifiesto con su conducta dentro de la sociedad llevando a cabo crímenes que atentan contra la vida, la paz y el desarrollo social de los demás individuos. (p. 221)

La Ley contra la Delincuencia Organizada, es pues sinónimo de un incremento de la criminalización de parte del Estado, a pesar de poder considerarse como el retroceso a formas punitivas inquisitivas y violatorias de los derechos humanos, el derecho penal del enemigo es parte del derecho moderno al reprimir a los posibles enemigos del orden social y jurídico determinado, mucho antes de que puedan violentar la ley penal y corromper el sistema de justicia y el orden social establecido.

El derecho penal tiene fundamentos axiológicos relevantes relativos al proceso penal, pero en leyes como la Ley contra la Delincuencia Organizada y otras de carácter penal y que se adhieren a la persecución penal como lo son la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos; Ley contra la Narcoactividad; o la Ley de Extinción de Dominio, parece no importar al tener como sinónimo la persecución específica de un enemigo común del Estado y la sociedad, donde sus efectos o actividades sobrepasan el



soporte social y trasciende a ser perseguidos penalmente tomando en cuenta que sus efectos pueden inclusive desestabilizar el orden institucional del sistema de justicia y la gobernabilidad.

La Ley contra la Delincuencia Organizada ha motivado el pronunciamiento mediático sobre la permisibilidad y aplicación de la ley a pesar de limitar derechos fundamentales, estimándose, a criterio general, que la misma obedece al cumplimiento de la Convención de Palermo al ser parte de los tratados internacionales que tienen relación a los derechos humanos y con supremacía legal sobre el orden jurídico ordinario.

El derecho constitucional guatemalteco se fundamenta en una serie de principios rectores, garantías constitucionales, normas fundamentales y doctrinas que crean un bloque constitucional en defensa de los derechos humanos. Empero, a pesar de que las leyes penales especiales que crean delitos exclusivos o procedimientos especiales que limita algunos de estos derechos, se tolera esta política criminal debido a su impacto en el sistema social y jurídico guatemalteco.

El Artículo 3 de la Ley contra la Delincuencia Organizada regula:

Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra u otras personas con el fin de cometer uno o más delitos de los enunciados en el presente Artículo. Las penas a imponer a cada persona por conspiración serán las mismas señaladas para el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos.



El delito de conspiración según el precepto jurídico citado, es el acuerdo entre dos o más personas que tienen la intención de cometer un crimen. Aun cuando las conductas prohibidas por la ley penal no lleguen a consumarse, el hecho de concurrir con un fin delictivo es suficiente para que se concrete los elementos constitutivos de este tipo penal, es decir, su consumación es independiente de la intención del grupo.

El delito de conspiración y otros regulados en la Ley contra la Delincuencia Organizada no son las únicas figuras finalistas dentro de la legislación guatemalteca, la tentativa es una figura propia de esta teoría que tiene una parte ejecutiva parcial de la conducta delictiva, pero que no se llega a concretar en toda la descripción abstracta del tipo penal. La jurisprudencia guatemalteca hace mención de esta figura y su diferencia con el delito de conspiración, al respecto según expediente 34-2011 de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia guatemalteca, en la parte considerativa expone:

Es decir, la conspiración ya de por sí, es un acto preparatorio. En cambio, si existiera un acto ejecutivo se estaría en presencia de un delito en grado de tentativa, dependiendo de su grado de ejecución. Estos delitos por su naturaleza son concebidos como actos preparatorios punible autónomos, incluso a la hora de ser juzgados pueden ser sancionados con una pena mayor de la del delito conspirado, como sucede en otros países.

La teoría finalista ha sido parte del sistema jurídico-penal guatemalteco, la tentativa es una figura finalista al igual que el delito de conspiración, ambas necesarias para la determinación delictiva de un acto que en ambos casos aun sin ejecutarse, se le da una relevancia e importancia dentro del derecho por ser conductas o acciones que



ponen el peligro un bien jurídicamente tutelado, por tanto, ese nivel de riesgo debe ser suficiente para que se determinen responsabilidades penales.

La parte conducente del Artículo 3 de la Ley contra la Delincuencia Organizada describe los delitos que podrán encuadrarse para esta figura delictiva finalista, todos tienen en relación en que son considerados delitos de impacto social como los delitos del narcotráfico; lavado de dinero u otros activos; contra el terrorismo, contra la hacienda pública, el contrabando y defraudación aduanera; contra la vida y la libertad de las personas; entre otros.

En ese sentido, el delito de conspiración es una figura delictiva independiente de los delitos descritos en el Artículo 3 de la referida Ley, es decir, que al condenado se le impondrá una pena igual al delito que ha conspirado como si lo hubiese ejecutado; pareciera desproporcional la medida pero como se ha analizado en el presente estudio, esta clase de delitos busca la represión y sanción de un enemigo público, considerado altamente peligroso y ese mismo hecho justifica, según parte de la doctrina y la ley, que sea reprimido de la mayor forma posible al ser perseguido penalmente.

La figura jurídico-penal de la tentativa, a pesar de ser finalista, parece ser proporcional al hecho parcial que se ejecuta, es decir, el juez proporcionalmente estima la pena conforme a los hechos probados que llegaron a tentar la violación del bien jurídicamente tutelado, no le aplica el delito como si se hubiera consumado.

Por el contrario, el delito de conspiración, igualmente una figura finalista, es altamente represiva al considerar el acuerdo para cometer el delito como si se hubiera



consumado para efectos de la pena, aun cuando no se presenten actos que den inicio al fin delictivo.

En ese orden de ideas, se estima que la Ley contra la Delincuencia Organizada es una ley especializada que busca medidas a nivel penal basado en la criminalización del enemigo del Estado y de la sociedad, la cual pretende justificar el rompimiento de estructuras jurídico-axiológicas que presumen la protección de los derechos humanos de quien es perseguido penalmente; por el contrario, se le exige al sistema de justicia y al orden jurídico acciones determinantes para combatirlo y erradicarlo permanentemente.

En contexto, una política criminal de Estado efectiva contra el crimen organizado debe ser integral y estratégica, abordando tanto las causas subyacentes de la criminalidad organizada como las medidas de represión, siendo necesario en este análisis final el estudio de cada una de ellas para verificar si se cumple la hipótesis planteada, la cual enfatiza que la aplicación del derecho penal del enemigo como parte de la política criminal, limita derechos fundamentales de las personas aun cuando no han sido condenados.

Uno de los enfoques que son parte de la política criminal contra estos grupos organizados es la prevención integral. Una política exitosa debe abordar las causas subyacentes que llevan a la formación y operación de grupos criminales. Esto incluye invertir en educación, desarrollo económico, acceso a empleo y oportunidades, así como en la promoción de valores sociales y comunitarios.



Otro de los objetivos importantes es el fortalecimiento institucional. La política debe incluir medidas para fortalecer las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley y administrar la justicia. Esto implica mejorar la formación, recursos y capacidad de respuesta de las fuerzas de seguridad, así como garantizar la independencia y eficiencia del sistema judicial. Cuando se trata del crimen organizado, en Guatemala se concentran en la investigación distintas instituciones relativas al sistema de justicia, cada una de ellas con funciones especializadas que terminan por concentrar los resultados para construir el caso.

Es esencial proporcionar una formación adecuada y continua a los agentes de aplicación de la ley como, agentes de seguridad pública, instituciones de investigación forense, fiscales y jueces. Esto incluye tanto aspectos técnicos como habilidades en la gestión de casos complejos y el manejo de situaciones delicadas. Para este fin, no solo es necesario el tema legal, sino también el tema de recursos financieros y materiales.

Las instituciones necesitan recursos suficientes para operar de manera efectiva. Esto implica asegurar presupuestos adecuados para la adquisición de tecnología, equipos y herramientas de investigación, así como para la contratación y retención de personal calificado. Esto incluye además la expropiación de los bienes producto del crimen organizado para que estas instituciones los utilicen en su contra. Este objetivo es incluido dentro de las leyes penales especiales. Para ello, es necesario garantizar la independencia y autonomía de las instituciones de justicia y aplicación de la ley a fin de aplicar la expropiación de una forma eficaz empero con apego de la ley.



Las instituciones deben implementar prácticas y procedimientos eficientes para gestionar casos relacionados con el crimen organizado. La agilización de procesos judiciales y de investigación puede acelerar la obtención de resultados y la impartición de justicia. Este es el caso de las leyes penales especializadas en Guatemala, donde se establece, como sucede con la ley de extinción de dominio, un procedimiento *sui generis* que busca la efectividad del proceso que inclusive limita de garantías procesales fundamentales como es el caso del derecho de defensa.

Un ejemplo de ello es el Artículo 5 de la Ley de Extinción de Dominio, el cual regula lo relativo al procedimiento y lo concerniente a la notificación de las resoluciones y actos que se van desarrollando. Empero, el Artículo 30 del mismo cuerpo normativo regula sobre la nulidad, indicando que, una de las causales para que sea nulo el proceso es la falta de notificación, pero hace la excepción de las notificaciones que regula el Artículo 25, el cual refiere a las etapas procesales, por tanto, siendo la notificación donde se da conocimiento del proceso en contra de un bien, el afectado podría no enterarse de la causa si el sistema judicial no notifica, lo que parece una violación grave a un derecho fundamental que es el derecho de defensa para que sea citado, oído y vencido en juicio. Esto es parte de la política criminal contra estos grupos delincuenciales organizados. En este contexto se cumple la hipótesis de investigación.

Otro de los puntos esenciales de la política criminal es la especialización y unidades especiales: la creación de unidades especializadas dentro de las agencias de aplicación de la ley y en el sistema judicial puede aumentar la capacidad de respuesta ante el crimen organizado. Estas unidades deben estar compuestas por personal capacitado y experimentado en la investigación y procesamiento de delitos complejos.



En el caso de Guatemala se regulan estos métodos de investigación como, operaciones encubiertas, agentes encubiertos, entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación. Todos ellos implican un modelo de operación especializado que se encuentra regulado en la Ley contra la Delincuencia Organizada, por tanto, es parte de la política criminal de estas leyes penales especiales.

En ese orden de ideas, las instituciones deben colaborar y coordinar esfuerzos en todos los niveles. Esto implica la comunicación efectiva entre agencias de aplicación de la ley, fiscales y tribunales para asegurar un flujo constante de información y una respuesta coordinada. Para estos fines, se debe de fomentar la transparencia y la rendición de cuentas en todas las etapas del proceso es crucial para mantener la confianza en el sistema de justicia. Aunque el fortalecimiento institucional debe ir de la mano con el respeto y la protección de los derechos humanos de todos los involucrados, incluidos los acusados y las víctimas, como se ha expuesto, para el delincuente organizado se establecen excepciones a fin de nivelar la fuerza operativa de estos grupos. Esto asegura que las investigaciones y los juicios sean llevados a cabo de manera eficaz.

Dado que la criminalidad organizada opera a nivel global, la cooperación internacional es esencial. La política debe promover la colaboración entre países en términos de intercambio de información, extradición de criminales y armonización de leyes. Asimismo, la corrupción facilita la operación de grupos criminales al infiltrarse en instituciones y debilitar la aplicación de la ley. La política debe incluir medidas para prevenir y castigar la corrupción en todos los niveles, promoviendo la transparencia y la



rendición de cuentas. De tal manera, la cooperación internacional debe ser fortalecida a través de instituciones fuertes, que se apegan al Derecho y la justicia, para que este apoyo internacional tenga resultados.

En resumen, la política criminal debe invertir en tecnologías avanzadas y en la recopilación de inteligencia para rastrear y prevenir actividades criminales. Esto puede incluir el uso de análisis de datos, vigilancia electrónica y la interceptación de comunicaciones. Asimismo, debe ser efectiva regulando la confiscación de bienes y recursos obtenidos a través de actividades criminales. Esto priva a los grupos criminales de su financiamiento y afecta su capacidad de operación. Para ello, la política criminal de Estado debe ser flexible y estar sujeta a evaluación y adaptación constante. Los enfoques efectivos pueden evolucionar a medida que cambian las dinámicas criminales y las condiciones sociales en combate en contra con los delincuentes y sus bienes producto del delito.

En síntesis, una política criminal de Estado contra el crimen organizado debe ser una combinación de prevención, represión y colaboración internacional. Debe abordar las causas subyacentes, fortalecer las instituciones y utilizar herramientas tecnológicas y de inteligencia para combatir eficazmente esta amenaza. Solo a través de una estrategia integral y sostenida podemos esperar reducir el impacto de la criminalidad organizada en nuestras sociedades. Además, limitar derechos y garantías procesales parece ser un mecanismo empleado y justificado por el Estado, tratándose de un delincuente especializado y con formas no convencionales para delinquir. De tal manera, se comprueba la hipótesis de que la política criminal actual contra el crimen organizado emplea la teoría del Derecho Penal del Enemigo, y con ello le priva a los



procesados una protección de derechos procesales que si son garantizados para las demás personas.

El aporte de la investigación a la ciencia del derecho se presenta ante la elaboración del documento con importancia académica al integrar un estudio y análisis teórico, doctrinal y jurídico de relevancia para la ciencia del derecho, permitiendo ser una guía de interés para personas que buscan información relativa. El tema contiene referencia científica, bibliográfica y jurisprudencial importante que sustenta los resultados de la investigación. Esto representa una visión holística que va más allá de penalización de los criminales organizados, lo que podría ser de interés en el desarrollo de teorías del derecho más amplias y eficaces.



## CONCLUSIÓN

El enemigo social justifica al Estado a aplicar medios inclusive violatorios de los derechos humanos, al integrar en la ley especializada teorías finalistas que contradicen la corriente causalista, regulada taxativamente en el orden jurídico penal guatemalteco, haciéndose permisibles, técnicas de investigación que buscan la identificación del delincuente enemigo para castigarlo, en lo posible, previo a que cause un daño a la sociedad.

El derecho penal del enemigo surge como una teoría que pretende castigar severamente, al delincuente por constituir un peligro para la sociedad al querer quebrantar el orden establecido y causar serios problemas a la seguridad, e inclusive, a la estabilidad del Estado; por tanto, su tratamiento jurídico es específico.

La Ley contra la Delincuencia Organizada crea un orden jurídico que busca coaccionar drásticamente la peligrosidad del delincuente, inclusive mucho antes que cometa un delito, debido a que entre los bienes jurídicos que pone en riesgo están la vida, la libertad, la seguridad, la paz y el desarrollo económico del Estado.

Parece contraria esta política criminal a las corrientes del derecho penal humanista, que busca minimizar el castigo y las facultades punitivas del Estado, mejorando las condiciones procesales y garantistas de quien es perseguido penalmente, haciéndole frente con todas las herramientas legales posibles para procesarlo, enjuiciarlo y castigarlo.



La política criminal de un Estado, tiene el fin general de asegurar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y garantías de todas las personas establecidos en la Constitución Política de la República y las leyes. Este fin motiva a la intervención de los entes encargados de crear las estrategias de prevención y represión del crimen, que descansa en primicia en el Organismo Ejecutivo, pero necesitará la cooperación de los otros Organismos: Judicial y Legislativo.



## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, G., Montenegro, M. y Martínez, J. (2012). *Apuntes acerca de dos escuelas criminológicas: clásica y positivista*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Antoniou, G. y Costica, B. (2011). *Diccionario de derecho penal y procedimiento penal*. Editorial Hamangiu.
- Ávila Campos, L. (2018). La relación y aplicación del derecho penal del enemigo a la Ley Contra la Delincuencia Organizada. *Auctoritas Prudentium*, 10(18).  
[https://unis.edu.gt/wp-content/uploads/2022/08/Leslie-Avila\\_-La-relacion-y-aplicacion-del-derecho-penal-del-enemigo.pdf](https://unis.edu.gt/wp-content/uploads/2022/08/Leslie-Avila_-La-relacion-y-aplicacion-del-derecho-penal-del-enemigo.pdf)
- Barbosa Castillo, G. (2005). Principio de legalidad y proceso penal. *Derecho Penal y Criminología*, 26(78), 109–124. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319472>
- Barrientos Pellecer, C. (1993). *Derecho procesal penal guatemalteco*. (s.e.)
- Binder, A. (2004). *Introducción al derecho penal*. (1.<sup>a</sup> ed.). Editorial Ad-Hoc.
- Bohórquez, D. (2016). *Rol del derecho penal frente al ejercicio del poder punitivo del Estado*. Universidad de Carabobo.
- Buil Gil, D. (2016). ¿Qué es la criminología? Una aproximación a su ontología, función y desarrollo. *Derecho y cambio social*, 13(44). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456246>
- Bustos Ramírez, J. (1999). *Manual de derecho penal*. (3.<sup>a</sup> ed.) Editorial Ariel.
- Cárdenas Chinchilla, C. (2013). *Persecución penal del patrimonio ilícito y criminal*. Investigaciones jurídicas S.A.



- Carranca Trujillo, R. y Carranca Rivas, R. (1944). *Derecho penal mexicano. Parte general*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carrara, F. (1998). *Curso de derecho criminal*. Editorial Jurídica Continental.
- Castro, J. (1999). *Lecciones de garantía y amparo*. Editorial Porrúa.
- Cerda San Martín, R. (2011). *El nuevo proceso penal*. Editorial Grijley.
- De Barnardis, L. (1985). *La garantía procesal del debido proceso*. Cultural Cuzco Editores, S. A.
- De León Velasco, H. y De Mata Vela, J. (2008). *Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial*. Magna Terra Editores.
- De León Velasco, H. y De Mata Vela, J. (2004). *Derecho penal guatemalteco*. (15.<sup>a</sup> ed.). Editorial Estudiantil Fénix.
- De Mata Vela, J. (2015). *Derecho penal guatemalteco. Parte especial*. Magna Terra Editores.
- Dencker, F. (1998). Criminalidad organizada y procedimiento penal. *Nueva doctrina penal*, 479-494.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo social*. Editorial Trotta.
- Figuroa, F. (2010). *Delitos de peligro*. Universidad de Buenos Aires.
- Elbert, C. (2001). *Manual de criminología*. Editorial Eudeba.
- González Bustamante, J. (1985). *Principios del derecho procesal penal mexicano*. (8.<sup>a</sup> ed.). Editorial Porrúa.
- González Rodríguez, J. (2012). *Extinción de dominio. Escenarios internacionales, contexto en México y propuestas legislativas*. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública.



- González Santos, M. (2015). *La Ley del Talión. Una aproximación*. Universidad de Vigo.
- Greenberg, T. (2009). *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Colombia. Mayol Ediciones, S. A.
- Günther, J. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Editorial Civitas.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas (2014). *Las teorías clásicas y positivistas*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas (2004) *La teoría del delito*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Islas de González, O. (1984). *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*. Editorial Porrúa.
- Jakobs, G. y Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Editorial Civitas.
- Jiménez De Asúa, L. (1954). *La ley y el delito*. Editorial Abeledo-Perrot.
- Landrove Díaz, G. (1984). *Las consecuencias jurídicas del delito*. (3.<sup>a</sup> ed.). Editorial Bosh.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal I. Fundamentos*. Editorial del Puerto.
- Mora, L. y Navarro Solano, S. (1995). *Constitución y derecho penal*. Corte Suprema de Justicia de España.
- Neyra Flores, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal*. Editorial Idemsa.
- Núñez, R. (1977). *Manual de derecho penal. Parte general*. (3.<sup>a</sup> ed.) Marcos Lemer Editora.
- Ore Guardia, A. (2011). *Manual de derecho procesal penal. Tomo I*. Editorial Reforma.



- Ossorio, M. (1987). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta.
- Pavón, F. (2004). *Derecho penal mexicano*. Editorial Porrúa.
- Pérez Correa, C. (2013). Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho. *Revista Mexicana de Sociología*, 75(2), 287-311.  
<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38076-marcando-al-delincuente-estigmatizacion-castigo-y-cumplimiento-del-derecho>
- Pérez Sanzberro, G. (1999). *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?* Editorial Comares.
- Pisarello, G. (2011). *Globalización, constitucionalismo y derecho*, en M. Carbonell y R. Vázquez (Comps.). *Estado constitucional y globalización*. Editorial Porrúa.
- Polaino Ortiz, M. (2010). *Derecho penal del enemigo*. Editorial Mediterránea.
- Quisbert, E. (2008). *Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*. Centro de Estudios de Derecho.
- Matute Rodríguez, A. y García, I. (2007). *Informe estadístico de violencia en Guatemala*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Roxin, C. (2006). *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto S. R. L.
- Sainz Cantero, J. (1990). *Lecciones de derecho penal, parte general*. Editorial Bosch.
- Silva Sánchez, J. (1999). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas.
- Tobar Torres, J. (2014). *Aproximación general a la extinción de dominio en Colombia*. Editorial Lanne.



Vargas, Abraham Luis (1999). *Teoría general de los procesos urgentes*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Zaffaroni, R. (2002). *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Ediar.

### **Legislación:**

Constitución Política de la República de Guatemala. (1985). Asamblea Nacional Constituyente.

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

Código Procesal Penal, Decreto 51-92. (1992). Congreso de la República de Guatemala.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1966).

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, (2002).

Convención Contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, (1988).

### **Jurisprudencia:**

Gaceta No. 1. Sentencia de expediente No. 12-86. (1986, 17 de septiembre). Corte de Constitucionalidad.

Repertorio de Jurisprudencia Constitucional; Doctrinas y Principios Constitucionales. Sentencia 102-91. (1991). Corte de Constitucionalidad.

Gaceta No. 47. Sentencia de expediente No. 1011-97. (1998, 31 de marzo). Corte de Constitucionalidad.

Gaceta No. 54. Sentencia de expediente No. 105-99. (1999, 16 de diciembre). Corte de Constitucionalidad.

Gaceta No. 60. Sentencia de expediente No. 288-00. (2001, 2 de mayo). Corte de  
Constitucionalidad.

