

LA RELACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Relationship and Application of the Penal Right of the Enemy to the Law against Organized Crime

Leslie Sarahí Avila Campos¹

Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2017

Fecha de aprobación: 12 de enero de 2018

Auctoritas Prudentium, ISSN 2305-9729, Año X (2018), No. 18

Resumen

La delincuencia organizada en Guatemala se ha convertido en una degeneración del Estado y del sistema de justicia haciendo imposible la ejecución de cualquier política criminal tendiente al combate del crimen organizado, ante esta situación se hace necesario una legislación especial para garantizar a la sociedad, la seguridad, la paz y el desarrollo social, adecuada a la realidad social y al incremento del poder del crimen organizado.

El derecho penal del enemigo tiene como finalidad sancionar la conducta de un sujeto considerado como delincuente en una etapa previa a la comisión de un hecho delictivo, con el objetivo de reprimir una lesión posterior tardía, por consiguiente, se pretende sancionar la conducta y la peligrosidad del delincuente ante la sociedad.

En el presente artículo se plantea la posibilidad de la inclusión del derecho penal del enemigo a la ley contra la delincuencia organizada, enfocado principalmente en todos aquellos delincuentes, que son considerados como un peligro potencial dentro de la sociedad, siendo sus conductas contrarias al orden social y los cuales por tanto, deben ser expulsados de la convivencia social.

Palabras clave

Delincuencia organizada, Derecho penal, Derecho penal del enemigo, control social, Ley contra la delincuencia organizada, Criminología, Políticas criminales, Sistema de justicia.

Abstract

¹ Alumna con cierre de pensum de la Licenciatura en Derecho de la Universidad del Istmo, Guatemala.

Organized crime in Guatemala has become a degeneration of the State and the system of justice impossible for the execution of any criminal policy related to the fight against organized crime. In this situation, special legislation is necessary to guarantee the security of society, security, peace and social development, appropriate to the social reality and the increase in the power of organized crime.

The criminal law of the enemy is intended to sanction the conduct of a subject considered as a criminal in a stage prior to the commission of a criminal act, with the aim of repressing a later late injury, therefore, it is intended to sanction the behavior and danger of the offender before society.

In this article the possibility of the inclusion of the criminal law of the enemy to the law against organized crime is raised, focused mainly on all those criminals, who are considered as a potential danger within society, being their behavior contrary to the social order and which, therefore, must be expelled from social coexistence.

Key Words

Organized crime, Criminal law, Criminal law of the enemy, Social control, Law against organized crime, Criminology, Criminal policies, Justice system.

Sumario

1. El derecho penal en el ámbito personal, social y legal. 2. Políticas criminales y Criminología. 3. El Derecho penal del enemigo. 4. Delincuencia organizada. 5. De la aplicación del Derecho penal del enemigo a la Ley contra la delincuencia organizada en Guatemala.

Introducción

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, muertes, lavado de dinero, narcotráfico, etc.

De tal forma que el objetivo primordial de este artículo es dar a conocer la situación de violencia actual en Guatemala, y hacer ver la necesidad de implementar una legislación eficaz para combatir la delincuencia organizada que afecta a la sociedad guatemalteca. Se proyecta por tanto proponer la implementación de la Teoría del Derecho Penal del Enemigo con el fin de reestructurar el proceso penal que deben llevar los delinquentes de alta peligrosidad en Guatemala, incluyendo un proceso penal, ejecución de penas y cumplimiento de condena, diferentes a las circunstancias en que ha de juzgarse a los ciudadanos.

Las razones anteriores, motivan un interés objetivo sobre el tema, partiendo de realizar un aporte al derecho penal guatemalteco, ante la ineficacia de las leyes penales para contrarrestar la actuación del crimen organizado y necesidad de un proceso penal que distinga entre el proceso que ha de llevarse en contra de todos aquellos delincuentes que alteran el orden social de una comunidad, y de una u otra forma son favorecidos por beneficios garantistas que van en contra de su conducta social. El Derecho Penal del Enemigo, justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal con políticas criminales rígidas, a partir del concepto “criminalidad organizada”.

1. El derecho penal en el ámbito personal, social y legal

La historia es una recopilación de todos aquellos antecedentes que se desarrollaron en un lugar y en un determinado momento en el pasado, se encarga pues de interpretar esos hechos y dejar precedentes para que sean objeto de estudio en cualquier momento.

Por medio de la historia, hoy en día se tiene conocimiento de hechos relevantes en distintas épocas de la humanidad. El Derecho es uno de ellos, la historia muestra cómo, al igual que la humanidad, el desarrollo del Derecho y los cambios que este tuvo a lo largo de diferentes épocas, marcaron una evolución importante en cada una. Uno de los cambios más importantes que datan es la separación del Derecho en distintas ramas, es decir, el Derecho ya no sería conocido solo como el conjunto de normas que regulaban el comportamiento humano, sino que debía separarse en dos grandes grupos, público y privado que a su vez abarcaban distintas disciplinas con determinadas normas y procesos con el fin de establecer Derecho en todos los ámbitos de las relaciones humanas.

De esta separación y dentro del Derecho público nace el Derecho penal, es importante mencionar que en la antigüedad no existía tal Derecho, pero sí delitos y formas de castigar a las personas que los cometían, en las épocas primitivas de la humanidad no se tenía conocimiento de un conjunto de normas que regulara el comportamiento dentro de la sociedad, pero se contaba con determinadas “reglas” o formas de sancionar todo aquello que era considerado una falta.

A partir de esos hechos, se tiene conocimiento de la forma en que las personas impartían justicia de acuerdo a sus creencias o determinando el daño causado, es importante resaltar que aún no se establecía un Derecho penal como tal, el sistema de justicia utilizado en aquella época no era más que una venganza, misma que se fue intensificando a tal grado de tratos crueles que iban desde la mutilación hasta causar la muerte.

Es por esto por lo que se afirma que el derecho penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina, de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad. Todas las expresiones humanas con algún significado social, surgen de la vida de relación, en la convivencia humana, en el trato diario de unos con otros;

es al entrar en relación unos con otros que se exterioriza la conducta del ser humano².

En ese contexto, es necesario hacer una recapitulación de los antecedentes históricos más importantes del Derecho, así como de los datos relevantes de cada etapa de la formación del Derecho Penal que van mostrando cierta similitud con el Derecho que hoy en día se conoce.

Así pues, la evolución del derecho penal abarca desde la época de la venganza privada considerada una de las épocas más sangrientas y violentas en la historia, la falta de gobierno y la poca organización de la sociedad fueron los dos aspectos que contribuyeron significativamente a la idea de una venganza de carácter privado. La justicia impartida por las personas que se creían afectadas muchas veces daba lugar a abusos y exageraciones en cuanto a la venganza por el hecho cometido, a la evolución del derecho penal a partir del siglo XVIII en donde el Derecho se encauza hacia un ideal de justicia más claro, dejando en el pasado las penas severas y sangrientas de tiempos anteriores, se trata de adaptar a la realidad social y política, esto se da con el surgimiento del iluminismo con el cual se descubrió que la pena de prisión más que una medida justa debía ser una medida racional al hecho causado y a su vez más humana. Se hace más evidente la necesidad de aplacar las penas y así fortalecer el respeto a los derechos de los hombres y velar por unas garantías de derecho en la administración de la justicia.

Derivado de la evolución del Derecho penal, surge la importancia del mismo en el ámbito personal, el cual debe entenderse desde el punto de vista filosófico de la persona como tal, siendo necesario explicar que cada comportamiento del ser humano debe ser interpretado de manera aislada entre unos y otros, se hace también necesario establecer que si bien es cierto, son subjetivas las manifestaciones de comportamiento de cada persona, no puede tomarse de igual manera frente a la sociedad y al derecho. La manifestación de comportamiento de cada persona tiene relevancia dentro del derecho y radica en fijar objetivamente el significado de un comportamiento, si este va en contra o no de una norma. Para este fin se necesita crear un patrón que pueda mostrar el significado vinculante de cualquier comportamiento el cual deberá orientarse a determinados estándares y estructuras objetivas.

Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre estas donde se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o a la víctima³.

De tal manera que la importancia del derecho penal en el ámbito personal se enfoca especialmente en el comportamiento que cada persona realiza dentro de la sociedad para comunicarse con los demás o para interactuar, tomando el derecho,

² De Mata Vela, José Francisco; De León Velasco, Héctor Aníbal, Derecho penal Guatemalteco, Guatemala, Magna Terra, 2013, pág. 13.

³ Jakobs Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Madrid, Civitas, 2000, pág. 53.

como punto de referencia dichos comportamientos subjetivos, para determinar bajo una norma objetiva si es o no compatible con ella o si puede castigarse a la persona por un comportamiento contrario a las normas establecidas bajo un patrón que contiene comportamientos objetivos que contrarrestan los comportamientos de las personas que son contrarios a estos.

En el ámbito social como ya se ha mencionado, los individuos tienen un papel importante dentro de la sociedad, por lo tanto la convivencia debe ser elemento importante para la comunicación y el total desarrollo de la sociedad. Sin embargo esta convivencia social debe ser regulada por medio de un conjunto de normas las cuales tienen la desventaja de que no sean cumplidas a cabalidad por los individuos, situación que genera un problema al cual se le debe dar solución y así asegurar la convivencia. El sistema 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 social⁴.

Por lo tanto, no se puede separar al Derecho penal de la sociedad; ya que mantiene la identidad misma de la sociedad aun cuando el sistema de normas pueda no ser cumplido a cabalidad por los individuos de la sociedad el derecho penal trata de tomar el control evitando que el individuo infractor de una norma o responsable de la comisión de un delito perturbe a la sociedad y por ende se imponga una sanción dada por el derecho penal como respuesta al mantenimiento de la identidad de la sociedad.

“Por consiguiente, existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social”⁵.

En el ámbito legal desde hace tiempos inmemorables el Derecho penal es importantísimo tanto para la sociedad como para el Estado, en este sentido de doble vía el papel del derecho penal en cuanto a la sociedad funciona desde el punto de vista legal ya que por medio de este, se hacen valer todos aquellos derechos que han sido vulnerados, ultrajados, o desconocidos por miembros de la sociedad a otros, desde el punto de vista social, el derecho penal es pues, aquel mecanismo legal por medio del cual se obtiene una justicia retributiva por el daño causado de acuerdo al ordenamiento que rige la sociedad.

2. Políticas criminales y criminología

En cada país, la política criminal se adecua a la situación del Estado en cuanto a los índices de criminalidad y la tasa de población para garantizar la seguridad de los mismos. Cada Estado crea la política criminal que estime conveniente para combatir los peligros que se desarrollan dentro del Estado y proteger a los ciudadanos. Tal como lo indica Franz von Liszt, la política criminal tiende a ser un

⁴ Muñoz Conde, Francisco, Derecho penal y Control social, España, Graficas del exportador, 1985, pág. 22.

⁵ Jakobs Günther. Op. Cit., pág. 22

mecanismo del Estado para la lucha y prevención de los fenómenos criminales que debe responder a la realidad social del Estado tomando en cuenta que la comisión de los delitos se genera dentro de la sociedad, por consiguiente es un fenómeno que debe atacarse abarcando los elementos del delito y buscando las teorías aplicables al caso y que sean eficaces.

Jiménez de Asúa, advierte que la política criminal es el conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose tanto de la pena así como también de las medidas de seguridad⁶ (Ossorio, pág. 744).

Por tanto, puede decirse que la política criminal es un sector político que el Estado debe arribar para atender de manera eficiente las necesidades de los ciudadanos comprendidos en la garantía de la seguridad de la sociedad y de sus bienes. Siendo un conjunto de principios de investigación de delito y eficacia de la pena, se deja notar que el derecho penal no es el único encargado de determinar cómo actuar frente a fenómenos como el crimen organizado, sino que es un trabajo en conjunto con la política criminal.

Como se ha hecho mención, la política criminal surge a raíz del aseo de los hechos delictivos dentro de la sociedad. En el caso de Guatemala, el incremento de la violencia y las muertes violentas registradas en los últimos años, se hace necesario que el Estado tome decisiones que puedan responder ante la criminalidad que se desarrolla y emplee una política criminal que se dirija a reprimir la comisión de delitos, con el fin de lograr la seguridad de los ciudadanos.

La tasa de la criminalidad en Guatemala ha ido en aumento desde hace varios años atrás, es así que para el año 2015, se registró el mayor número de muertes en el país a consecuencia del crimen organizado en su mayoría, de esta manera se hace un estudio de la realidad social del país para establecer una política criminal que combata verdaderamente los delitos con mayor frecuencia en el país y devuelva a la sociedad la paz que se necesita para el desarrollo de cada persona y del país en general, ya que se debe entender que la violencia en un país no solo afecta en el ámbito social, sino también político y económico en el sentido de que cada vez son menos las producciones o inversiones que se hacen en Guatemala a consecuencia de tener una criminalidad alta.

El incremento de la violencia común y organizada, además del enorme impacto en pérdidas de vidas humanas, afectación a la propiedad y a la indemnidad, daña seriamente la economía nacional, dado los altos costos operativos para hacerle frente y se ha convertido en una de las principales fuentes de inseguridad para la gran mayoría de la población⁷.

⁶Ossorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y sociales, Heliasta, 1974, pág. 744.

⁷ Ministerio Público. Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala. Guatemala. 2015 <https://www.mp.gob.gt/noticias/politica-criminal-democratica-del-estado-de-guatemala-2015-2035/>. Fecha de consulta 24/02/2016.

“Guatemala se encuentra ubicada en el lugar número 115 de 162 países estudiados a nivel mundial, entre el 20% de los Estados con menores condiciones de paz. En relación con los países latinoamericanos, es el 12 de 18 países”⁸.

Así pues con el objetivo de dar respuesta a las incesantes interrogantes que se plantean ante el sector de justicia, el Ministerio Público ha trabajado en una política criminal la cual tiene como objetivo fundamental, “hacer eficiente la respuesta del Estado ante el problema que la política se ha propuesto resolver, mediante la creación de estrategias interinstitucionales, vinculadas con el abordaje integral de los delitos priorizados y fenómenos criminales, a través de la articulación entre las medidas disuasivas, las preventivas y la persecución penal, mediante la adopción de todos los ajustes normativos e institucionales necesarios para tal fin, que garanticen de igual forma, mecanismos efectivos de sanción y reinserción social, con participación de la sociedad civil, la academia, sector privado, los pueblos indígenas”⁹.

Sin embargo, a pesar de tener una política criminal que pretenda estar bien planteada para enfrentar la situación del país, las estadísticas demuestran que la situación ha empeorado.

Un país como Guatemala, necesita no solo mejorar el sistema de prevención de la criminalización del país sino también es necesario hacer una depuración interna en cada institución del Estado que intervenga en el manejo y proyección de las políticas criminales, pues es evidente, que no se puede dirigir un Estado en el cual, sus instituciones encargadas de combatir el crimen que azota a la sociedad se encuentren también en un grado de vulneración a consecuencia de la corrupción que se da dentro de las mismas. Es un problema que resulta ser más grande de los que parece pues si no puede resolverse el problema interno, menos podrá resolverse el problema externo, que es aún mayor. De tal manera que ninguna política criminal funciona si no se cuenta con instituciones capaces y desarrolladas para el efecto.

“Las políticas públicas forman una matriz donde la fijación de metas, prioridades, actividades y medios a nivel institucional debe desplegarse territorial y temporalmente, esto es, a nivel local, regional y nacional; y en corto, mediano y largo plazo, respectivamente”¹⁰.

La criminología es una ciencia que analiza e investiga los factores de conducta que se desarrollan dentro del ámbito social para determinar las posibles causas que motivaron al delincuente a ejecutar un acto o un hecho ilícito, considerado por los ciudadanos como un hecho antisocial.

La criminología es una ciencia eminentemente importante para el derecho penal y en general para el ente encargado de la investigación de los delitos, en este caso

⁸ Alarcón Duque, Adolfo. Política criminal en Guatemala. Revista ASIES n.º 4, 2014, 7-12. Pág. 16

⁹ Ministerio Público. Informe anual memoria de administración mayo 2015 - 2016. 2016. Guatemala. ServiPrensa. Pág. 23.

¹⁰ Acuña, Jean Pierre. El Ministerio Público Y La Política Criminal En Una Sociedad Democrática. 2006. Obtenido de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art09.pdf>. Pág. 189. Fecha de consulta 24/02/2016

el Ministerio Público. Pues por medio ella se puede hacer un estudio de las causas del hecho, la personalidad del delincuente y la importancia que se debe dar a cada hecho delictivo.

Es por esto que el ámbito del estudio de la criminología puede delimitarse del propio derecho penal, a partir del objeto y del método de las dos disciplinas, en tanto que el derecho penal estudia el delito en sentido legal, es decir en determinar el delito, el proceso, la sanción y el cumplimiento de la pena, mientras que la criminología estudia el fenómeno social de la desviación y el control social, las causas que motivaron al delincuente a cometer el delito. La criminología considera la prohibición de las conductas desviadas, meritorias de reacción controladora por parte del grupo social¹¹.

La criminología es un estudio exhaustivo, que como ciencia evidentemente ayuda de forma más sintética y empírica al Derecho penal proporcionando puntos referentes e importantes sobre las causas de la comisión del delito, no solo enfocándose en las causas en materia legal sino en sus causas externas que determinan el porqué de la actuación del delincuente, el objetivo esperado y determinan también la peligrosidad del delincuente tomando en cuenta el modus operandi del mismo. La psicología, sociología y antropología criminal son ciencias auxiliares fundamentales para determinar estas causas puesto que se analiza al hombre como tal.

3. El derecho penal del enemigo

“Un Derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva”¹².

El derecho penal del enemigo es aquel conjunto de normas que tiene como fin sancionar, a aquellas personas que por su comportamiento inaceptable dentro de la sociedad deben recibir una condena, es decir, normas que sancionen al individuo tomando en cuenta el grado de peligrosidad del mismo y no por el hecho delictivo que cometió.

Según Jakobs, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, las penas son desproporcionadamente altas y determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas¹³.

Bajo estas tres premisas se fundamenta esta teoría para explicar el porqué de su acción de no esperar que se cometan los delitos sino actuar en base al comportamiento del individuo, el cual ha sido catalogado como un enemigo dentro de la sociedad, esta categoría la da el derecho penal del enemigo tras un análisis

¹¹ Restrepo Fontalvo, Jorge. Criminología, un enfoque humanístico. Colombia: Temis. 2002. Pág. 11,12.

¹² Jakobs, Günther., Cancio Meliá, M. Derecho penal del enemigo. Madrid : Civitas.2003 Pág. 20.

¹³ Ibíd. Pág. 79, 80,81.

de su comportamiento en la sociedad y el cumplimiento de normas tanto sociales como jurídicas.

“Al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”¹⁴.

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 seguridad, la paz y el desarrollo social de los demás individuos.

El planteamiento de Jakobs sobre el Derecho penal del enemigo se basa en esta premisa que día a día atenta contra la sociedad, se plantea la interrogante sobre cómo dar solución para separar, a todos aquellos individuos que no cumplen con el pacto social. A esta interrogante se da una respuesta que por años ha sido aplicada sin tener resultados eficaces para el combate de la criminalidad. Atentados como el ocurrido en Nueva York en septiembre del 2011 ponen de manifiesto la necesidad de promover un sistema penal mucho más severo que dé respuesta objetiva y significativa a la sociedad.

El fin principal del Derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva. En él no se trata ya de la conservación o mantenimiento del orden lo que se pretende con cualquier derecho penal de cada estado, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean eliminados todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas¹⁵.

La aplicación específica del derecho penal del enemigo inicia desde la seguridad de la sociedad, el cual es quebrantado por enemigos sociales que atentan contra los derechos de los demás y a su vez su conducta los conduce a contravenir las leyes que el Estado exige para su cumplimiento.

El derecho penal del enemigo, como ya se ha manifestado, se aplica con el fin de ser un derecho restaurativo, de modo que, por medio de la aplicación de las penas severas, se logre dar una respuesta a la sociedad por parte del Estado y a su vez se recupere el orden social y la armonía que se pierde por quienes no prestan una garantía cognitiva suficiente para pertenecer a una sociedad, de tal manera que lo que se pretende con su aplicación no solo es atacar el problema cuando este ya se ha producido sino también anticiparse a los hechos, tomando en consideración

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 26.

¹⁵ Juárez Barato, Lidia T. Derecho penal del enemigo. Revista jurídica 2007 2008. Guatemala. 2008. Obtenido de Organismo Judicial de Guatemala : http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20revista%20juridica/Revista%20Juridica%2007-08/articulos/derecho_enemigo.pdf Pág.3. fecha de consulta 15/03/2015.

para este aspecto la conducta y el grado de peligrosidad del delincuente que por lo general son delincuentes habituales y reincidentes quienes por su continua perturbación al orden social y al cumplimiento de las leyes, merecen, como lo expone Jakobs ser expulsados de la sociedad y no ser tomados en cuenta como personas, de tal manera pues que en otros términos, delincuentes deben ser considerados como muertos en el ámbito civil una vez sean condenados.

Para efectos del derecho penal del enemigo, su aplicación traería consigo que el delincuente sea considerado como una no persona, de tal forma que en palabras de Fichte sería catalogado como una muerte civil. Para Fichte atenúa tal muerte civil por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia, a falta de personalidad, la ejecución del criminal no es una pena, sino sólo instrumento de seguridad¹⁶.

Es por esta razón que Jakobs hace referencia a la diferenciación entre los ciudadanos y los enemigos, los primeros son aquellos que cumplen a cabalidad el pacto social, cumpliendo con sus deberes y respetando los derechos para con la sociedad, consideradas en otra acepción como personas que merecen vivir en un estado de armonía con los demás, en yuxtaposición se encuentran los enemigos, aquellos cuyo comportamiento frente a la sociedad no es el estricto cumplimiento de deberes y el respeto de derechos que el Estado exige, sino por el contrario, se organizan con el fin de delinquir y de crear un estado de inseguridad a la sociedad, este tipo de individuos, según la concepción de Jakobs, no deben ser llamados personas, puesto que por el grado de peligrosidad que representan no merecen tener los mismos derechos ni garantías que los demás individuos.

Con el paso del tiempo, la violencia ha incrementado así como también el número de personas que ingresan a las bandas criminales y con ello el aumento de los crímenes cometidos en los diferentes países. Esta problemática ha causado que los Estados tomen control de esta situación a través de la implementación de nuevas políticas criminales, estrategias o legislación para reprimir y detener estos crímenes, cometidos principalmente por el crimen organizado.

En México, la ley contra la delincuencia organizada, a diferencia de otras leyes mexicanas abarca diversas etapas que van desde la averiguación previa hasta la ejecución de la pena, por lo que es una ley de excepción, lo cual por sí misma, ya es un derecho penal distinto. Para disipar la polémica de inconstitucionalidad de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se modificaron varios artículos de la Constitución Federal¹⁷.

“Seguido de la aprobación de la pena de muerte, el 7 de mayo de 1992 se puso en vigencia el Decreto Ley 25475 que instauró una nueva tipificación del delito de terrorismo y de figuras delictivas conexas”¹⁸.

¹⁶ Jakobs, Günther., Cancio Meliá, M. Op.cit, pág. 27

¹⁷ Morales Ramírez, Arturo César, ¿Derecho penal del enemigo en nuestra legislación?, Revista Del Instituto de la Judicatura Federal, 2004, 59-75. pág. 65,66.

¹⁸ Alcócer Povis, Eduardo. Más Sobre El Derecho Penal Del Enemigo. Repaso A Sus Manifestaciones En El Perú. Obtenido de Instituto de Ciencia Procesal Penal (ICPP):

La ley 25475 es una ley eminentemente represiva, enfocada a eliminar, reprimir y sancionar el crimen organizado bajo normas estrictamente duras en cuanto a la tipificación de los delitos, los medios de la investigación, así como las sanciones a imponer en cuanto a los delitos del crimen organizado.

Los países de Europa son frecuentemente atacados por organizaciones criminales, pero a diferencia de América Latina, países como Francia son atacados por los atentados cometidos por grupos terroristas.

Ante esta situación, tras los constantes atentados terroristas en París que han causado la muerte de miles de personas, nacionales e internacionales, surge la Ley No.718 la cual se centra en el enfoque sobre seguridad cotidiana con el fin de lograr la seguridad interna del país, a través de las investigaciones que regula esta nueva ley. Se ha criticado por sectores de apoyo a los derechos humanos puesto que se cree que viola el derecho de guardar su información personal y documentación pues se da la facultad de intervención a las instituciones encargadas para combatir el terrorismo.

La Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal surge como respuesta al incremento de las maras en el país y con el fin de implementar una política de seguridad pública eficaz para la prevención social en favor de la sociedad. De esta manera se acerca al planteamiento del derecho penal del enemigo, en relación al artículo 1 el cual indica;

Son ilegales y quedan proscritas las llamadas pandillas o maras tales como las autodenominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Pandilla Dieciocho, Mara Máquina, Mara Mao Mao y las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales tales como la autodenominada Sombra Negra; por lo que se prohíbe la existencia, legalización, financiamiento y apoyo de las mismas. La presente proscripción aplica a las diferentes pandillas o maras y agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales, sin importar la denominación que adopten o aunque no asumieren ninguna identidad¹⁹.

4. Delincuencia organizada

<http://incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/maspenalenemigo.pdf> 2008, Pág. 11,12. Fecha de consulta 20/03/2015.

¹⁹ La Asamblea Legislativa De La República De El Salvador. Centro de Documentación Judicial. El Salvador. 2008, obtenido de:
<http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EGCE0+Smct8a17KIjyB4WIRvFEmkKM3maSHTLLqF4C0kQjicNQxwHyFoS/OVCeou/AXIoGI/B9CJ+TdBN6FZZXonfVSYHXlcM4V8j0QHPu2IGtuC6OfYZ2YQiGA9aVBzTZNQJbDzQu3uEG4F8Hq35aFH1XTu2sNmr5HKH0rOE/+cx3H11QfbR>. Fecha de consulta: 10/04/2016.

En Guatemala es una realidad latente que la delincuencia organizada se ha apoderado de la sociedad, de las calles y de territorios tanto públicos como privados. La inclusión de las bandas criminales en la política y en instituciones estatales afecta de sobre manera que no se puedan encontrar soluciones viables para el combate de este tipo de asociaciones ya que al contar con el apoyo de instituciones estatales o miembros de ellas se torna una tarea difícil de solucionar. Otro de los aspectos que afecta en Guatemala es la corrupción dentro de todo el sistema estatal, partiendo desde los órganos jerárquicos mayores hasta los inferiores, la corrupción es un mal con el que hasta la fecha Guatemala vive y que aún no se encuentran soluciones para que personas honorables ostenten los puestos del gobierno que puedan representar una verdadera lucha contra el crimen organizado.

Por tal razón, es necesario tomar en cuenta que son necesarios los esfuerzos de todas las instituciones que forman parte del sistema democrático, político y económico del país para lograr una verdadera lucha contra el crimen organizado, pero esto no puede solucionarse sin el compromiso de las instituciones y por supuesto de los miembros de las mismas.

De igual manera, la eficacia de la Ley contra la delincuencia organizada requiere que los elementos de investigación que la misma contiene, sean verdaderamente efectivos y a su vez el Ministerio Público haga uso de los mismos con el fin de obtener una investigación más adecuada al tipo de delito que se trata.

“Cuando la delincuencia “común”, llega al extremo de “evolución” o de “perfeccionamiento”; cuando rebasa los límites de control gubernamental; cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado en la comisión delictiva; cuando persigue a través de determinadas acciones violentas la búsqueda del poder, ya sea político, económico o social; es cuando podemos decir, sin lugar a dudas, que estamos frente a un caso de delincuencia organizada”²⁰.

La ley contra la delincuencia organizada surgió con motivo de que Guatemala suscribió la convención de Palermo en diciembre del año 2000, dicha suscripción fue aprobada por el Congreso y en febrero del año 2006, los diputados aprobaron el Decreto No. 7-2006 que daría vida a la ley contra la delincuencia organizada.

La ley, además de surgir por la suscripción que Guatemala hizo a la convención, surge también como respuesta, aunque poco eficaz, a la ola de violencia que Guatemala vive y que es un fenómeno que se ha convertido en un problema mayor, el cual el Estado no puede solucionar, ya que no solo abarca al país completo sino también a estructuras del Estado, situación que no permite una correcta administración estatal, pues el crimen organizado busca inmiscuirse dentro del Estado con la finalidad de operar de una mejor manera y sin ser detectada.

²⁰ Brucet Anaya, Luis A. Crimen Organizado. Mexico, Porrúa.2001, pág. 49.

Además de la preocupación general de no poder acabar con el crimen organizado, otra de las principales inquietudes es que el crimen organizado actualmente centra su foco de atención en la juventud guatemalteca y crea con su accionar culturas de terror y corrupción.

La falta de acción por parte del Estado y la falta de instrumentos legales en el territorio nacional que hagan efectivo el combate a este tipo de delincuencia, es lo que da como resultado que las organizaciones criminales coloquen a los habitantes de la República en un Estado de indefensión.

La Ley contra la delincuencia organizada contiene aspectos sustantivos y procesales, su objetivo principal es determinar aquellos delitos que pueden atribuirse a las organizaciones criminales y los métodos que se pueden implementar para perseguir a dichas organizaciones, con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada.

Asimismo, plantea un enfoque distinto al que se utiliza habitualmente en la investigación de delitos comunes; la diferencia estriba esencialmente en los medios de investigación especial utilizados, durante la investigación preliminar²¹.

El narcotráfico es uno de los delitos considerados como los más peligrosos alrededor del mundo, no solo porque el tráfico de drogas afecta a gran parte de la sociedad en especial jóvenes, sino también porque a causa del narcotráfico se movilizan cantidades exorbitantes de dinero y la lucha del poder genera violencia entre carteles causando violencia en territorios sociales que afectan a los ciudadanos de dichos lugares.

Uno de los factores principales del tráfico ilegal de migrantes es la necesidad e inquietud de las personas de salir de su lugar de origen a otros países buscando mejores oportunidades de desarrollo, en otras ocasiones mejores opciones económicas. No obstante, la falta de recursos económicos o la negación de visa lo que no les permiten poder transportarse por los medios legales de un país a otro y se ven en la necesidad de acudir a transportes ilegales que ofrecen por un precio menor transportarlos al país que desean, sin embargo, se enfrentan a riesgos como el tráfico ilegal y trata de personas, principalmente en mujeres y niños en donde se desarrolla más este tipo de actividad ilícita, considerándose uno de los delitos más crueles puesto que el fin de la trata de mujeres y niños se hace, en cuanto a las mujeres para prostituirlas en diferentes lugar y en cuanto a los niños para la venta de órganos en mercados ilegales de órganos, lo cual es una problemática que en la actualidad aún se da con frecuencia. Otro de los delitos más cometidos es la servidumbre doméstica; niños raptados y vendidos en el extranjero para trabajar en redes de pornografía y prostitución o como mano de obra infantil a los que se les obliga a trabajar en condiciones de esclavitud.

²¹ Asociación de investigación y estudios sociales, ASIÉS, Implementación de la Ley contra la delincuencia organizada: proceso de fortalecimiento del sistema de justicia, avances y debilidades 2006-2012. Implementación de la Ley contra la delincuencia organizada: proceso de fortalecimiento del sistema de justicia, avances y debilidades 2006-2012, No. 1-71. Guatemala, 2013. Pág. 19.

El lavado de dinero es el principal movimiento del crimen organizado ya que no puede verse el delito de lavado de dinero como una actividad ilícita aislada del crimen organizado pues el flujo ilegal de dinero que se moviliza a través de las fronteras es parte de un conjunto de actividades más grandes que mezclan actores del Norte, Centro y Sur de América.

La vía o el conducto, por medio del cual se activan las redes de lavado, está alimentada por un universo amplio de actores que se ubican entre el norte y el sur del continente, incluyendo actores profesionales, que lo ven como una manera fácil de obtener ingresos para mantener estilos de vida de lujo (Red centroamericana de Centros de Pensamiento e Incidencia²²).

El tráfico ilícito de las armas, como la proliferación sin control de las mismas, en manos particulares, se ha convertido en una de las amenazas para la gobernabilidad y la paz de las sociedades centroamericanas. Las rutas tradicionales terrestres han sido sustituidas parcialmente por la actividad marítima y aérea, en procesos que cada vez más involucran a la población local como parte de las estructuras delincuenciales en alguna etapa de la actividad. La porosidad de las fronteras facilita el trabajo a las redes mafiosas, que tienen rutas establecidas para el ingreso de droga, armas o indocumentados (Red centroamericana de Centros de Pensamiento e Incidencia²³).

La extorsión es una antigua forma de criminalidad para agenciarse de fondos y que ha sido utilizada por las mafias y el crimen organizado en el mundo, en Guatemala hoy es uno de los más graves problemas que enfrenta la población, ya que no sólo las bandas organizadas criminales extorsionan, sino también es utilizada por las maras, que es una nueva forma de organización criminal.

Uno de los sectores de la sociedad que vive frecuentemente el flagelo de la extorsión, es el sector del transporte público tanto urbano como extraurbano, las noticias de asesinatos a pilotos de los autobuses por no poder pagar la cuota de la extorsión son por lo general diarias, lo cual trae consigo la consecuencia de morir si no se paga una determinada cantidad de dinero en un lugar y fecha designada. Sin embargo nada puede hacerse, pues debido a la organización y planeación por medio de la cual se desenvuelven no ha sido capaz de erradicar la extorsión aun cuando se ha condenado con prisión a muchos integrantes de bandas criminales.

En los últimos años el delito de secuestro se ha incrementado de manera considerable, en Guatemala se determina que son cuatro los departamentos en donde se denuncian los delitos de secuestro: Escuintla, Santa Rosa, Izabal y Sacatepéquez, son los departamentos dentro del territorio de Guatemala en donde se desenvuelve con mayor frecuencia este tipo de delitos.

El secuestro tiene muchas modalidades. En la actualidad la modalidad más utilizada es el secuestro exprés o secuestro rápido, que consiste en la retención

²² Red centroamericana de Centros de Pensamiento e Incidencia (laRED). Seguridad y crimen organizado transnacional; una propuesta de acción para Centroamérica. Guatemala, 2011, Serviprensa. Pág. 31.

²³ *Ibíd.* Pág. 42.

de una o más personas a la fuerza durante el tiempo de 3 a 5 horas, tiempo en el que solicitan un rescate a la familia consistente en cantidades de dinero que puedan ser reunidas en pocas horas²⁴.

5. De la aplicación del Derecho penal del enemigo a la Ley contra la delincuencia organizada en Guatemala

El crimen organizado no puede ni debe considerarse como “un delito más” al cual se le debe prestar singular atención. Dentro de un Estado como el de Guatemala la realidad es preocupante debido a que la mayor parte de las zonas que comprenden el municipio de Guatemala, son atacados frecuentemente por el crimen organizado. Este fenómeno se extiende a los demás municipios y departamentos del territorio guatemalteco, la expansión de las actividades de las bandas criminales se han aumentado en los últimos años, considerándose un peligro tanto en el área rural como en el área urbana.

Los índices de criminalidad van en aumento causando problemas no solo relativos a la protección y seguridad de los ciudadanos sino también afectando sectores como el económico, industrial y laboral. Según el informe de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad de la Policía Nacional Civil, para enero del 2017 el departamento de Guatemala y Escuintla son los dos departamentos en donde el índice de criminalidad es mayor mostrando que las muertes violentas son la principal actividad ilícita cometida en estos y otros departamentos.

En los últimos años, tras la adopción de métodos modernos, el crimen organizado se ha vuelto un fenómeno transnacional rompiendo fronteras de cualquier tipo y creando cada vez más un ambiente de zozobra en los habitantes de un Estado.

En el caso de Guatemala el problema se hace aún más complejo, pues el crimen organizado se encarga de reclutar a personas que están dentro de las instituciones del Estado, de tal manera que se benefician en este sentido de la información que pueden obtener de este personal así como también de la ayuda política que puedan brindar. La vinculación de estas personas al crimen organizado constituye también la falta de compromiso de las instituciones encargadas de ejecutar la política criminal del Estado ya que dentro de la estructura son las encargadas de revelar cualquier información que se tenga conocimiento, de las investigaciones que se realizan para la desarticulación de bandas criminales o bien, en el ámbito político, el crimen organizado se vincula también con funcionarios públicos, en ocasiones financiando campañas electorales con el fin de obtener de estos un beneficio político, dentro y fuera del territorio guatemalteco.

Los grupos de violencia organizada ejercen su poder a través de la infiltración en el Estado para procurar impunidad, su poder económico que corrompe y la

²⁴ Rivera Clavería, Julio, El crimen organizado. Obtenido de Instituto de Estudios en Seguridad IES - Universidad Galileo, Guatemala, 2012. Obtenido de: http://www.galileo.edu/ies/files/2011/04/EL_CRIMEN_ORGANIZADO-IES.pdf

violencia. Estas tres dimensiones del crimen organizado hacen su persecución difícil y compleja; sobre todo cuando existe actuación transnacional²⁵.

La poca respuesta del Estado para contrarrestar el crimen organizado deja en estado de indefensión a los ciudadanos quienes deben auto protegerse de los delincuentes que rondan las calles sin temor alguno a ser aprehendidos por la Policía, quienes en ocasiones también se han visto involucrados en dejar en libertad a los delincuentes tras sobornos.

La debilidad del Estado guatemalteco es una realidad innegable, así mismo lo es la fragilidad de sus instituciones para atender no sólo las demandas de la población sino para ejercer su autoridad y el monopolio de la fuerza en todo el territorio nacional²⁶.

Es un verdadero compromiso el que debe darse para luchar contra el crimen organizado, las instituciones del Estado deben cumplir con sus funciones y objetivos y sobre todo por garantizar la seguridad y la paz a los ciudadanos y no por el contrario, que estos no tengan respuesta del Estado puesto que el mismo es electo por los ciudadanos democráticamente para asegurar sus derechos y cumplir con sus obligaciones, de tal manera que es el responsable de su seguridad y de no dejarlos en estado de indefensión y pánico, pues esto debilita el desarrollo social, cultural y económico del país y afecta a su vez en el desarrollo de cada persona en cualquier ámbito.

El crimen organizado produce efectos negativos sobre la democracia, porque la población achaca a la democracia ser la responsable de todos los males que aquejan a la sociedad. “En el caso de la seguridad, la población percibe que las fuerzas de seguridad son empíricas, ineficientes y corruptas y, en el caso de los derechos humanos, que solo sirven para defender a los delincuentes, pero el objetivo es el mantenimiento de una crisis o un caos permanente que permite a las organizaciones criminales actuar impunemente”²⁷.

El derecho penal del enemigo, en términos generales consiste en el conjunto de normas que tiene como fin sancionar, a aquellas personas que por su comportamiento inaceptable dentro de la sociedad deben recibir una condena. Pretende pues que se anticipe a la actuación de un individuo, el cual previa investigación se tenga como un enemigo de la sociedad y no como parte de la misma.

Siendo la ley contra la delincuencia organizada, el único cuerpo legal y por ende la única herramienta que el Estado presentó a los ciudadanos para combatir el crimen, se vuelve necesario que ante la falta de eficacia de la misma, se tomen consideraciones mayores que compensen el daño causado.

²⁵ Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas. Crimen Organizado una aproximación. Guatemala. 2004. Serviprensa. Pág. 31.

²⁶ Rivera Clavería, Julio, Op.cit., pág.8.

²⁷ Rivera Clavería, Julio, Op.cit., pág.18.

El aplicar los preceptos que establece el derecho penal del enemigo podría ser una herramienta eficaz de coerción y represión, y en tanto, se crea la posibilidad de una ley intimidatoria, enfocada en criminales, enemigos de la sociedad, cabe preguntarse ¿Qué tipos de delincuentes? Delincuentes que atenten directamente a destruir el orden social, no es una tarea compleja, el determinar quiénes, en el ámbito guatemalteco, se consideran como enemigos de la sociedad.

Dentro del análisis hecho de la Ley, y ante la situación grave que vive Guatemala se plantea la hipótesis sobre si es o no factible la aplicación de los preceptos del derecho penal del enemigo dentro del sistema penal guatemalteco y específicamente dentro de la Ley contra la delincuencia organizada.

Al ser este un planteamiento ambicioso en cuanto a su aplicación, requiere de una argumentación objetiva que proponga integrar a la ley y a la aplicación de la misma los elementos característicos del derecho penal del enemigo sin incurrir en violaciones graves de los preceptos de los que se deriva el proceso penal guatemalteco.

Esto con el fin de dar mayor validez y eficacia ya que, como se ha explicado, la ley contra la delincuencia organizada es una ley especial que regula una serie de delitos cometidos por el crimen organizado y que merece no solo un proceso de investigación diferente sino también un trato distinto al proceso penal común de la comisión de hechos ilícitos dentro del sistema de justicia. Así pues, es necesario hacer una determinación sobre los elementos del derecho penal del enemigo con el fin de tener un punto de partida de dicho planteamiento.

El derecho penal del enemigo, en términos generales consiste en el conjunto de normas que tiene como fin sancionar, a aquellas personas que por su comportamiento inaceptable dentro de la sociedad deben recibir una condena. Pretende pues que se anticipe a la actuación de un individuo, el cual previa investigación se tenga como un enemigo de la sociedad y no como parte de la misma.

Dentro de los elementos que sustentan la teoría se pueden mencionar;

1. Debe hacerse necesariamente para entablar el tema del derecho penal del enemigo, una distinción significativa entre ciudadano y enemigo.
2. Imposición de penas proporcionalmente altas, acordes a la comisión de determinados delitos.
3. Supresión de determinadas garantías procesales
4. Adelantamiento de la pena

El derecho penal del enemigo por su parte plantea una situación más concreta que podría aplicarse a las normas de derecho penal en Guatemala. Al analizar el primer elemento que plantea el derecho penal del enemigo, que pretende hacer una separación entre enemigos y ciudadanos, siendo los primeros, aquellos delincuentes peligrosos que atentan contra el bienestar social, rechazados por los ciudadanos por su actitud y comportamiento dentro de la sociedad, estos

enemigos, dentro del planteamiento de Jakobs, se dice que debido a su comportamiento, deben ser expulsados de la sociedad, y a su vez esto representaría ser tratados, dentro de un proceso penal como “no personas” en términos de Günter Jakobs.

El tratarlos como “no personas” constituiría que dentro del proceso penal se prescindan de ciertas garantías procesales que regulan no solo la Constitución Política de la República de Guatemala sino también el Código Procesal Penal. Sin embargo, esto es objeto de discusión pues el tema de garantías procesales es un tema eminentemente social, humano que termina por convertirse en un tema mediático pues existen argumentos tanto en contra como a favor de si los delincuentes deben o no gozar de las mismas garantías que los ciudadanos tienen.

En el caso exclusivamente de Guatemala, valdría la pena instituir esta figura, no eliminando su condición de persona a los delincuentes, puesto que dicha acción conllevaría a confusiones dentro del sistema penal y social, pero sí podrían limitarse los derechos y beneficios a los delincuentes como medidas de represión.

Evidentemente es cuestionable, la sociedad guatemalteca se siente indignada en cada hecho delictivo que se da a conocer, gran parte de la sociedad cumple las leyes y las normas de, creando armonía y apegándose al control social establecido, este tipo de personas por tanto, merecen ser tratados como tal y merecen gozar de las garantías legalmente establecidas. Esto no quiere decir que los ciudadanos, no cometan faltas o hechos ilícitos, no obstante, el derecho penal del ciudadano debe ir dirigido a corregir esas faltas mediante la actuación de los órganos jurisdiccionales, al igual que los hechos ilícitos que no constituyen un peligro a la sociedad, sino que se consideran hechos ilícitos que rompen con el control social sin causar daño mayor.

“Los enemigos se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”²⁸.

Estos enemigos, en el caso de Guatemala son todos los criminales habituales, reincidentes, aquellos que son conocidos por los ciudadanos como delincuentes, miembros de pandillas dedicadas al crimen organizado en su mayoría. Se han dado casos en los que los delincuentes han sido llevados a los órganos jurisdiccionales en varias ocasiones, cada vez con nuevos delitos por los cuales procesarlos.

El crimen organizado ha llegado a grandes escalas dentro de la sociedad guatemalteca, es prácticamente imposible combatirlos, el poder que ostentan estos grupos criminales se hace cada vez más fuerte, atando al Estado quien en sus intentos por solucionar la problemática que aqueja a la población, no ejerce sus funciones como ente garantista de seguridad.

²⁸ Günther & Cancio Meliá Op.cit., pág.128.

La hipótesis sobre aplicar los preceptos del derecho penal del enemigo a la ley se fundamentan precisamente en la ola de violencia que actualmente vive el país y en la preocupación de las constantes muertes de víctimas a manos de criminales poderosamente armados, no solo con todo tipo de armas sino también armados de poder político y social.

Estos delincuentes no se apegan a lo regulado por las normas, tanto normas jurídicas como normas sociales, el pacto social de cada Estado con sus ciudadanos se convierte en nada para los delincuentes quienes, no delinquen para gobernar al Estado, pues esto no les interesa, no les interesa el poder político más que para tener la libertad de atentar contra los ciudadanos de manera aparentemente libre y ejecutar sus acciones y luchas de poder con las demás bandas criminales.

A este tipo de delincuentes debe ser aplicado un derecho penal distinto y ajeno a las normas comunes, de tal forma que se plantea la creación de una ley criminal especial que tienda a regular el tratamiento de todos aquellos miembros de organizaciones criminales, así como también delincuentes reincidentes y habituales considerados jurídicamente como peligrosos para la sociedad, desde su participación en hechos delictivos graves y de alta peligrosidad, investigación, proceso penal hasta la forma en que se han de ejecutar las penas a imponer, de tal forma que se estructure un derecho penal del enemigo que incluya a su vez el tratamiento judicial que ha de llevarse a cabo para el procesamiento penal del delincuente.

Este planteamiento se hace bajo el amparo del principio de igualdad, que tal como lo indica Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 4 haciendo mención que, “en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”. Al respecto de este principio se han dado sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad que determinan la eficacia jurídica y la fuerza valorativa que tiene este principio en la vida jurídica, tal y como se menciona en el expediente 141-92 de la Corte de Constitucionalidad;

Artículo 4 de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias²⁹.

El criterio de la Corte es claro al indicar la necesaria interpretación del principio de igualdad, pues se establece que tal principio no debe permanecer únicamente con un contenido formal, sino que se debe dar un tratamiento efectivo ante todas las circunstancias en que han de ser tratadas desigualmente por su situación en el ámbito jurídico, lo cual demuestra que el criterio de la Corte de Constitucionalidad da paso a interpretar que es permitido, en situaciones meramente distintas un trato igual a los iguales y un trato desigual a los desiguales, en decisiones jurídicas

²⁹ Inconstitucionalidad en Caso Concreto Exp. 141-92, 141-92 (Corte de Constitucionalidad 16 de Junio de 1992). Guatemala, 1992. Pág. 19.

concretas que determinen de manera suficiente la necesaria distinción entre unos y otros.

La determinación del carácter análogo de las situaciones o de las personas depende de las circunstancias de los casos concretos de la finalidad perseguida por las autoridades. En particular, la relevancia de las semejanzas y diferencias debe fijarse con respecto a la norma o situación específica de la cual se deriva el trato distintivo, en tanto el asunto en cuestión consiste precisamente en determinar si dos personas o grupos son lo suficientemente similares para reclamar prima facie un trato igual en un asunto en particular, o lo suficientemente distintas para justificar o incluso, para exigir un trato diferenciado. Son pues el tipo de trato realizado y el propósito perseguido por las autoridades los factores que determinan si la situación es o no relevantemente igual³⁰.

Tomando en consideración los parámetros establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tipo de trato realizado y el propósito perseguido por las autoridades, como factores para determinar la igualdad, es la base fundamental para la proposición de la creación de una nueva normativa, adjunta a la Ley contra la delincuencia organizada, concebido como una Ley Criminal para prevenir, sancionar y erradicar a delincuentes reincidentes y habituales y bandas criminales, como un derecho penal distinto para tales delincuentes, a quienes se les debe dar un tratamiento diferente que a los demás ciudadanos por no cumplir con los preceptos necesarios para ser considerados como tal y por ende, que el fin principal de este tratamiento sea establecer un ambiente más seguro para la sociedad y a su vez justicia equitativa, de modo que sean tratados en forma desigual ante la justicia a los delincuentes que atentan constantemente a la sociedad en general.

En ese sentido es importante manifestar los puntos principales sobre los cuales basar la creación de dicha normativa. Valdría la pena regular el comportamiento de determinados delincuentes considerados criminales de alta peligrosidad, a los cuales, por su condición peligrosa para la sociedad el ámbito de la ley se aplique única y exclusivamente para ellos. Los supuestos de aplicación de la ley son los siguientes:

1. A los miembros de las organizaciones criminales, aquellos que conforman las maras, pandillas y clicas.
2. Al sicariato, en comisión de dos o más personas para cometer asesinatos
3. Al sicariato, en comisión de dos o más personas en la que exista amenaza de asesinato.
4. Reincidentes y habituales

Esta normativa debería tratar sobre la participación de estos delincuentes en la comisión del delito y las bandas criminales, tomando en cuenta que, solo con el

³⁰ Steiner, Christian, Uribe, Patricia, Convención Americana sobre Derechos Humanos . Mexico : Fundación Konrad Adenauer, 2014, pág. 589.

hecho de pertenecer a una organización criminal, constituya un delito aún no se haya tenido la certeza de que ha participado en una actividad criminal, ya que en las bandas criminales capacitan a los nuevos integrantes sobre las actividades y formas de operación de dichas bandas, previo a la comisión de los delitos.

En cuanto a este tema se debe considerar además la participación de menores de edad en bandas criminales, en los últimos años, cada vez se hace más frecuente la participación de menores de edad en hechos delictivos y su inclusión en las bandas criminales.

Una vez establecidos los elementos que se deben considerar para determinar la participación de un delincuente, es necesario establecer la investigación especializada que ha de llevarse a cabo durante el procedimiento y procesamiento de este tipo de delincuentes.

El derecho penal del enemigo pretende la anticipación para no dejar actuar a los criminales y el adelantamiento de la pena. En el ámbito nacional se establece que la conspiración así como también la asociación ilícita son actos previos a la comisión de un delito.

El proceso penal debe estar revestido de celeridad y economía procesal, ya que al tener el pleno conocimiento de la participación de estos delincuentes en bandas criminales, su conducta desviada, la reincidencia y la habitualidad de los delincuentes, no debe ser necesario llevar un proceso penal extenso y con las etapas establecidas por el código procesal penal, sino implementar un proceso penal breve, en el que únicamente se lleven a cabo dos audiencias.

Las penas a imponer establecidas por esta normativa deberán ser comprendidas en concordancia con las penas establecidas en el Código penal, aumentadas de la siguiente manera

1. A los miembros de las organizaciones criminales, aquellos que conforman las maras, pandillas y clicas, tomando en consideración el delito, el doble de la pena hasta cadena perpetua.
2. Al sicariato, en comisión de dos o más personas para cometer asesinatos, cadena perpetua.
3. Al sicariato, en comisión de dos o más personas en la que exista amenaza de asesinato, cadena perpetua.
4. Reincidentes y habituales, tomando en consideración el delito, el doble de la pena hasta cadena perpetua.

Dictada la sentencia mediante lo establecido en la presente Ley se hará necesaria la intervención del sistema penitenciario encargado de mantener la custodia y seguridad de las personas reclusas en resguardo de la sociedad.

Mediante la ejecución de la sentencia de los delincuentes, conservarán los mismos derechos y obligaciones establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley del Régimen Penitenciario. No obstante, la

peligrosidad de estos delincuentes, los hace, mediante el principio de igualdad ya explicado, diferentes en circunstancias por lo tanto aun así continúen gozando de los mismos derechos de los demás individuos de los centros carcelarios, estos delincuentes deberán cumplir su condena en bartolinas especiales, de tal forma que sean aislados y evitar que tengan comunicación con los demás reclusos.

Las bartolinas deberán ser utilizadas únicamente por aquellos delincuentes peligrosos, que han sido excluidos de la sociedad mediante la utilización de esta Ley con el fin de asegurar no solo la protección de estos sino también la protección de la sociedad en general. El cumplimiento de condena de estos delincuentes deberá realizarse en un régimen especializado y privado en el que se restrinja la comunicación, las salidas, redención de penas, entre otras limitaciones. Contemplarse horarios distintos entre estos delincuentes y los demás reos del centro carcelario destinado para tales fines, con el objetivo de que no exista intercambio de comunicación entre los mismos y evitar la propagación del crimen organizado que tanto se genera en la actualidad dentro de los centros carcelarios en Guatemala. La creación de la Ley criminal para prevenir, sancionar y erradicar a delincuentes reincidentes y habituales y bandas criminales tiene como único objetivo garantizar la seguridad de la sociedad y dar una respuesta efectiva a los ciudadanos que cumplen verdaderamente con las normas impuestas por el Estado y que merecen ser garantizados por el Estado para el desarrollo integral tanto personal, social y cultural.

CONCLUSIONES

1. El derecho penal del enemigo es una teoría jurídica que pretende sancionar al delincuente mediante la anticipación a la comisión de posibles delitos, de tal forma que sanciona al delincuente no por la comisión de un hecho delictivo sino por su conducta contraria a la sociedad, y de esta manera reprime su actuación expulsándolo de la sociedad para la cual este representa un peligro.
2. Es un tema poco investigado por la conflictividad en su aplicación, la cual tiende a suprimir determinadas garantías constitucionales a los delincuentes, tomando en cuenta la reincidencia, habitualidad y peligrosidad del mismo; tres elementos fundamentales para determinar que el delincuente no es, ni puede ser tratado de igual forma mediante las leyes de un país como un ciudadano, el cual se compromete a cumplir con las normas jurídicas y sociales.
3. Mediante la separación del derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano se establece un proceso y un trato penal distinto a los delincuentes quienes, tras su reincidencia, estos deben ser expulsados de la sociedad con la finalidad de asegurar la convivencia social, mediante la aplicación de penas altas, aislamiento y separación de un trato como ciudadano por no prestar la garantía para una actuación en contrario. No obstante por el lado del derecho penal del ciudadano se debe determinar la habitualidad y la gravedad de los delitos cometidos, determinar por tanto si el ciudadano presta o no la seguridad cognitiva que se requiere para continuar su proceso como ciudadano y establecer sanciones penales no rígidas y que mejoren el ámbito social.

4. El panorama actual de la delincuencia en Guatemala se convierte en un debilitamiento del Estado, pues el avance del crimen organizado no solo traspasa fronteras sociales sino también políticas, introduciendo miembros de estas bandas a instituciones del Estado estratégicas impidiendo el trabajo transparente de las mismas y evitando la investigación sobre estos grupos, fomentando así la corrupción de las instituciones y paralizando las pocas actuaciones del Estado en la lucha contra el crimen.
5. La corrupción abarca también sectores políticos, permitiendo las autoridades políticas del Estado la inclusión y el financiamiento de sus acciones políticas por grupos organizados, concentrados principalmente al narcotráfico y otras actividades ilícitas, esto con el fin de obtener beneficios en el ámbito nacional de modo que los propios funcionarios públicos protegen dichas acciones a cambio de beneficios económicos para el financiamiento, en muchos casos, de partidos políticos y campañas electorales.
6. Las políticas criminales implementadas en Guatemala no han representado un verdadero cambio en el sistema de justicia, consecuencia del debilitamiento del propio Estado y de la falta de compromiso de las instituciones encargadas de su ejecución, y el desinterés por parte de sectores políticos para la persecución del crimen organizado.
7. La ley contra la delincuencia organizada es una norma especial en determinados aspectos penales para combatir el crimen organizado, sin embargo no cuenta con los mecanismos necesarios para reprimirlo de manera eficaz y eliminar los riesgos que enfrenta la sociedad.
8. La delincuencia organizada en Guatemala se ejecuta tanto dentro de los centros carcelarios como fuera de estos pues los miembros de estas bandas representan una tasa de población alta. De tal forma que los delitos de alto impacto se generan en su mayoría dentro de los centros carcelarios y son ejecutados por los demás miembros de la banda criminal. Por lo tanto, es necesario que el orden se establezca en estos sectores, para que los delincuentes se encuentren aislados y sin acceso a medios de comunicación exteriores.
9. El derecho penal del enemigo, representa la solución viable para atacar, reprimir y eliminar los riesgos del crimen organizado de forma considerable dentro de Guatemala y coadyuva al combate del crimen organizado transnacional, iniciando la captura de todos los delincuentes reincidentes y peligrosos y quitándoles los derechos que gozan por no prestar la garantía cognitiva necesaria para ser otorgados los mismos y sean llevados a los centros de condena del país para que estos sean separados de la sociedad y aislados, con el fin de no tener comunicación con los miembros de la misma banda criminal que ya se encuentran bajo prisión.
10. Para este objetivo deberá emplearse una política criminal comprometida a combatir el crimen organizado y reprimir a los delincuentes por su conducta contraria, de modo que se anticipe a la captura y expulsión de estos de la sociedad para evitar que se cometan actos delictivos.

11. La aplicación del derecho penal del enemigo tras la creación de la ley para prevenir, sancionar y erradicar delincuentes reincidentes y habituales y bandas criminales sin duda, da una solución posible, imparcial y transparente para el verdadero combate a los delincuentes, quienes no merecen bajo ninguna circunstancia gozar de beneficios o consideraciones dentro del sistema de justicia por transgredir con sus acciones al Estado guatemalteco.
12. La implementación de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar delincuentes reincidentes y habituales y bandas criminales, constituiría un avance en el derecho penal guatemalteco, al configurarse como un derecho especial en la legislación guatemalteca enfocado en criminales de alta peligrosidad.

Referencias bibliográficas

Brucet Anaya, Luis A. Crimen Organizado. Mexico, Porrúa.2001.

Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas. Crimen Organizado una aproximación. Guatemala. 2004. Serviprensa.

De Mata Vela , José F., & De León Velasco, H. A. (2013). Derecho Penal Guatemalteco. Guatemala : Magna Terra.

Jakobs, Günther., & Cancio Meliá, M. (2003). Derecho penal del enemigo. Madrid : Civitas.

Jakobs,Günther (1996). La imputacion objetiva en el Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.

Jakobs, Günther (2000). Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Madrid: Civitas.

Ministerio Público. (2015). Plan estratégico del Ministerio Público de Guatemala 2015 - 2019. Guatemala : S/E.

Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y sociales. Buenos Aires: Eliasta.

Restrepo Fontalvo, Jorge (2002). Criminología, un enfoque humanístico. Colombia: Temis.

Steiner , C., & Uribe, P. Convención Americana sobre Derechos Humanos . Mexico : Fundación Konrad Adenauer, 2014.

Acuña, Jean Pierre (Diciembre de 2006). El Ministerio Público Y La Política Criminal En Una Sociedad Democrática. Obtenido de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art09.pdf>

Alcócer Povis, Eduardo (02 de Noviembre de 2008). Más Sobre El Derecho Penal Del Enemigo. Repaso A Sus Manifestaciones En El Perú. Obtenido de Instituto de

Ciencia Procesal Penal (ICPP):
<http://incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/maspenalenemigo.pdf>.

Asociación de investigación y estudios sociales, ASIES, Implementación de la Ley contra la delincuencia organizada: proceso de fortalecimiento del sistema de justicia, avances y debilidades 2006-2012. Implementación de la Ley contra la delincuencia organizada: proceso de fortalecimiento del sistema de justicia, avances y debilidades 2006-2012, No. 1-71. Guatemala, 2013.

Juárez Barato, Lidia T. (2007-2008). Derecho penal del enemigo. Revista jurídica 2007 2008. Obtenido de Organismo Judicial de Guatemala : http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20revista%20juridica/Revista%20Juridica%2007-08/articulos/derecho_enemigo.pdf.

La Asamblea Legislativa De La República De El Salvador. Centro de Documentación Judicial. El Salvador. 2008 Obtenido de <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EGCE0+Smct8a17KIjyB4WIRvFEmkKM3maSHTLLqF4C0kQjicNQxwHyFoS/OVCoU/IAXIoGI/B9CJ+TdB6FZZXonfVSYHXIcM4V8j0QHPu2IGtuC6OfYZ2YQiGA9aVBzTZNQJbDJzQu3uEG4F8Hq35aFH1XTu2sNmr5HKKH0rOE/+cx3H11QfbR>.

Ministerio Público. (2015). Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala. Obtenido de <https://www.mp.gob.gt/noticias/politica-criminal-democratica-del-estado-de-guatemala-2015-2035/>

El crimen organizado. Obtenido de Instituto de Estudios en Seguridad IES - Universidad Galileo, Guatemala, 2012. Obtenido de: http://www.galileo.edu/ies/files/2011/04/EL_CRIMEN_ORGANIZADO-IES.pdf

Otras referencias

Alarcón Duque, Adolfo (2014). Política criminal en Guatemala. Revista ASIES n.º 4, 2014, 7-12.

Inconstitucionalidad en Caso Concreto Exp. 141-92, 141-92 (Corte de Constitucionalidad 16 de Junio de 1992).

Ministerio Público. (Mayo de 2016). Informe anual memoria de administración mayo 2015 - 2016. Guatemala : ServiPrensa.

Red centroamericana de Centros de Pensamiento e Incidencia (laRED). Seguridad y crimen organizado transnacional; una propuesta de acción para Centroamérica. Guatemala, 2011.