ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XV, MONTEVIDEO, 2009, PP. 433-442, ISSN 1510-4974

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

Víctor E. Orozco Solano (Costa Rica)*

Breves notas sobre el derecho penal máximo o del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva

RESUMEN

En el presente artículo se pretende describir la noción del derecho penal máximo o del enemigo y analizar sus distintas implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen el derecho procesal penal y el derecho penal de fondo. La finalidad es determinar en qué medida esta concepción del derecho penal supone un severo quebranto a los derechos consagrados en la Constitución Política, así como el desconocimiento de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Palabras clave: Constitución política, garantías constitucionales, derechos fundamentales, proceso penal, derecho penal del enemigo, Costa Rica.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel beabsichtigt eine Beschreibung und Analyse des Begriffs des Feindstrafrechts hinsichtlich seiner Bedeutung für die dem Strafprozessrecht und dem Strafrecht zugrunde liegenden Verfassungsprinzipien. Dabei soll herausgefunden werden, inwiefern dieser Strafrechtsansatz einen ernsthaften Bruch mit den in der Verfassung verankerten Rechten und eine Missachtung der internationalen Instrumente zum Schutz der Menschenrechte darstellt.

Schlagwörter: Verfassung, verfassungsrechtliche Garantien, Grundrechte, Strafprozess, Feindstrafrecht, Costa Rica.

ABSTRACT

This paper intends to describe the notion of enemy criminal law and to discuss its implications for the constitutional principles that govern procedural and substantive criminal law. The purpose is to determine

* Master en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha y la Universidad de Costa Rica; así como en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Autor de varios libros especializados. Letrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. ‹victorozcocr@gmail.com›

to what extent this concept of criminal law implies a severe infringement of the rights enshrined in the Political Constitution and ignores the international instruments as regards human rights.

Key words: Political constitution, constitutional guarantees, fundamental rights, criminal procedure, enemy's criminal law, Costa Rica.

1. Introducción

Mientras el derecho penal liberal tiene por objeto asegurar la observancia oportuna de todos los principios constitucionales que informan el derecho penal de fondo y procesal, el derecho penal máximo o del enemigo, en cambio, los relativiza para dotar al ciudadano de una aparente seguridad.

En efecto, este derecho penal del enemigo, o derecho penal moderno, como también se le conoce, no solo tiende hacia una ampliación del ámbito de regulación del derecho penal, sino también a una flexibilización de las garantías constitucionales para asegurar el descubrimiento de la verdad real.

Y es que el derecho penal del enemigo se ha propuesto como una alternativa frente a determinadas situaciones violentas —por ejemplo, los casos de terrorismo, drogas, delitos de explotación sexual, infantil y comercio ilegítimo de órganos— en las cuales no parece suficiente la respuesta ofrecida por el derecho penal liberal.

De esta manera, en este breve ensayo se analizarán algunas manifestaciones del derecho penal máximo sobre los principios constitucionales que deben ser observados por la justicia penal sustantiva y procesal, manifestaciones que desconocen el contenido esencial de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

2. El origen de la noción del derecho penal del enemigo

Aunque gran parte de la doctrina atribuye el origen del derecho penal del enemigo al profesor alemán Günther Jakobs, en realidad estas ideas cuentan con el aval de una sólida tradición filosófica, en la cual destaca sin duda el planteamiento elaborado por Thomas Hobbes. Para este autor británico, "los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, en el cual la característica más sobresaliente […] sería la falta de seguridad cognitiva. Para Hobbes, el bien supremo del hombre es su propia existencia, y en el estado de naturaleza no está asegurada, sino en permanente peligro".[1]

[1] Sobre el particular, es preciso revisar Luis Gracia Martín: "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n.º 07-02, ‹http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf› (30.6.2008). En efecto, este autor afirma que Hobbes tiene por enemigos a quienes mediante su renuncia al pacto general de obediencia revelan no estar dispuestos a observar las leyes de naturaleza y, en la medida en que de dicho pacto "se deriva la obligación de observar todas y cada una de las leyes civiles", tampoco ninguna de estas leyes civiles. Los hechos (pecados) que cometen los enemigos constituyen crímenes de lesa majestad, consistentes en dichos o hechos por los que "un ciudadano o un

Este derecho penal del enemigo se caracteriza, entre otras cosas, por anticipar la punibilidad respecto de actos que solo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros, con lo que se potencia la noción de peligrosidad; también se manifiesta por la desproporcionalidad entre la conducta atribuida y la sanción aplicable, la restricción de las garantías a los imputados, así como el olvido de determinadas regulaciones del derecho penitenciario, que endurecen la clasificación de los internos.[2]

Sobre el particular, se debe cuestionar si en las sociedades democráticas existen ciertos comportamientos que justifiquen un tratamiento diferenciado por los operadores jurídicos y la flexibilización de los alcances del derecho penal liberal. Para Jakobs la respuesta es afirmativa, pues existen individuos que deben ser tratados como enemigos, teniendo en consideración la habitualidad y profesionalidad con que realizan sus actividades, así como su pertenencia a organizaciones enfrentadas al derecho.[3]

En realidad, no existe ninguna razón que respalde la idea de aplicar un derecho penal especial a determinados individuos, en que se exima a las autoridades estatales de su obligación de observar los principios constitucionales que informan la justicia penal.

Y es que en la actualidad es relevante la forma como determinados actores sociales dramatizan el alcance de situaciones violentas para impulsar criterios más represivos de política criminal, así como la aprobación de reformas legales que menoscaban el goce de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos vigentes en la República.[4] En este sentido, se debe advertir que el propio término *derecho penal del enemigo* ostenta una carga valorativa e ideológica muy importante, que busca precisamente su aceptación como alternativa para la lucha o el combate contra estos fenómenos.

Así, por ejemplo, en el contexto de la denominada *guerra contra el terrorismo,* el senador Miguel Pichetto firmó el 11 de septiembre de 2002 un proyecto de ley que intenta atribuir un rol a las fuerzas armadas, y contiene severas restricciones a las libertades públicas.[5] Nótese como este proyecto fue firmado precisamente en el primer aniversario de los ataques a los edificios de las Torres Gemelas y al Pentágono, para favorecer su aceptación como una herramienta valiosa en la lucha contra el terrorismo.

El *enemigo,* según Jakobs, es un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización ha abandonado el derecho, no de forma incidental sino duradera. Por lo anterior, es razonable que se excluya a este particular del pleno disfrute de los principios o derechos fundamentales que rigen el derecho penal

súbdito declara no tener ya la voluntad de obedecer al hombre o a la asamblea que ostenta el poder supremo del Estado", o bien en actos de "hostilidad contra la organización actual del Estado" y "contrarios a una ley fundamental". Por esto, aquel que tiene garantías suficientes de que los demás observarán las leyes naturales para con él, y, no obstante, "no está dispuesto a observarlas para con ellos, estará de hecho buscando la guerra y no la paz, y consecuentemente estará buscando la destrucción de su naturaleza por la violencia.

[2] Véase Gracia Martín: o. cit.

[3] Ibídem.

[4] Tal es el caso de los medios de comunicación colectiva, quienes en muchas ocasiones favorecen la implementación de reformas legales represivas.

[5] Véase Carlos J. Lascano: "La cruzada de Ricardo Núñez contra el derecho penal autoritario", en ‹http://www.alfonsozambrano.com/dpe/cruzada_dpa.doc› (30.6.2008).

procesal y de fondo.[6] En este orden de ideas, el enemigo es una *no persona* que con su comportamiento se ha puesto al margen de la sociedad y, con ello, ha dejado de ser titular de los derechos constitucionales que deben ser observados por los operadores de la justicia penal.

Todas estas consideraciones son las que justifican un tratamiento diferenciado de estos individuos respecto de otros imputados, en el entendido de que la justicia penal tiende a resultar insuficiente para asegurar a los demás particulares el pleno goce de sus derechos, así como la seguridad de sus bienes jurídicos.

De esta forma, y de acuerdo con Fabián Riquert y Leonardo Palacios, tras el derecho penal del enemigo aparecen de manera intempestiva cuestiones nada similares a la seguridad y la paz social, sino que persiguen fines completamente opuestos a los que aparentemente defienden. Así, una vez efectuada la construcción teórica de identificar al *enemigo* como aquel que se encuentra *fuera del sistema sin intención de regresar* (justamente en razón del grado de profesionalización con que realiza su actividad delictiva), tampoco le corresponden las garantías del sistema. Se identifica entonces al *enemigo* como *no persona,* y de esta forma el Estado con su poder punitivo puede intervenir de la forma más agresiva, violando garantías y derechos que ya se encontraban pacíficamente consagrados en las constituciones y en los tratados internacionales de derechos humanos (por ejemplo, en los casos de confesión bajo tortura, incomunicaciones prolongadas, detenciones sin que se expresen los motivos y sin control del imputado ni judicial).[7]

De modo que frente al enemigo, la no persona o el no ciudadano, el Estado puede soslayar los derechos de que goza todo particular, para reprimir a este sujeto y dotar a los demás ciudadanos de una falsa seguridad. Con este propósito, cada ciudadano sacrifica diversos ámbitos de su libertad a fin de que el sistema funcione y sea eficiente.

Es evidente que esta concepción no es compatible no solo con el derecho penal liberal, sino tampoco con el Estado democrático de derecho, con lo que desde ningún punto de vista son admisibles los intentos que pretenden conciliar ambas nociones del derecho penal.

Según esta teoría, el tránsito del ciudadano al enemigo se produciría por medio de la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y la integración en organizaciones delictivas estructuradas, con las que se pone en evidencia una situación práctica de peligrosidad.[8] Al respecto, Silva Sánchez califica este fenómeno como la *tercera velocidad* del derecho penal, en la cual "el derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales".[9]

Son innumerables las manifestaciones del derecho penal máximo, en las vertientes procesal y sustantiva, que relativizan el disfrute de los derechos fundamentales.

---

[6] Véase Fabián L. Riquert y Leonardo P. Palacios: "El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes", en *La Ley, Revista Universitaria,* año V, n.º 3, junio del 2003, ‹http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf› (30.6.2008).

[7] Véase ibídem.

[8] Véase Jesús María Silva Sánchez: *La expansión del derecho penal*, Madrid: Cívitas, 2.ª ed., 2001, pp. 164-165.

[9] Ibídem, p. 163.

3. El derecho penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen el derecho penal sustantivo

En el ámbito sustantivo, el derecho penal del enemigo no solo se manifiesta con las iniciativas de reformas legales que tienen por fin aumentar las penas a determinados actos,[10] sino también con la implementación de tipos penales en los que únicamente se protegen bienes jurídicos de naturaleza indeterminada, en los que no se tutelan los derechos de terceros, sino entidades colectivas tales como el ambiente, la administración pública, el monopolio monetario o los intereses de los consumidores, entre otros.

Tal es el caso, por ejemplo, de las drogas y de la mayoría de los tipos penales consagrados en la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas, n.º 8204, del 26 de diciembre del 2001, publicada en el *Diario Oficial La Gaceta* n.º 8, del 11 de enero del 2002, en los cuales se pone de manifiesto, por un lado, la inexistencia de un bien jurídico protegido —pues se tutela en términos generales la salud pública— y, por otro, la necesidad de sancionar determinados hechos preparatorios según la noción del derecho penal de autor y de peligro.

Asimismo, los tipos están redactados en términos tan generales y ambiguos que son completados por el juez a la hora de imponer una pena privativa de la libertad.[11] Es clara sin duda la afectación de los principios de legalidad en sentido estricto[12] y de lesividad, en los términos en que están consagrados en los artículos 28 y 39 constitucionales.[13]

---

[10] Sobre el particular, se puede consultar la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, n.º 7899, del 3 de agosto de 1999, publicada en *La Gaceta,* n.º 159, del 17 de agosto de 1999, en la cual se aumentaron las penas de los tipos contemplados en el Código Penal.

[11] Al respecto, el artículo 58 de la ley n.º 8204, del 26 de diciembre del 2001, estipula: "Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos. La misma pena se impondrá a quien, sin la debida autorización, posea esas drogas, sustancias o productos para cualquiera de los fines expresados, y a quien posea o comercie semillas con capacidad germinadora u otros productos naturales para producir las referidas drogas".

[12] En este sentido, Luigi Ferrajoli, distingue el principio de estricta legalidad del de mera legalidad del siguiente modo: "[…] en relación con el estatuto semántico de las leyes he distinguido en primer lugar entre estricta legalidad y mera legalidad, según que las previsiones legales de las figuras delictivas estén más o menos dotadas de denotación empírica taxativa. He definido después el principio de mera legalidad como una regla de distribución del poder penal que prescribe al juez determinar como delito lo que está reservado al legislador determinar como tal; y el principio de estricta legalidad como regla metalegal de formación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados verdaderos de los hechos procesalmente comprobados". Véase Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2001, p. 378. *Antología del Curso de Justicia Penal Constitucional,* Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia, 2005.

[13] Al respecto, el artículo 28 de la Constitución Política establece: "Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas".

Pero las reformas legales en esta materia no se limitan a los supuestos mencionados; por el contrario, el alcance del derecho penal máximo es mucho más amplio, con lo que no se pueden enumerar de modo taxativo las situaciones en que se manifiesta.

Este fenómeno también es conocido como la expansión del ordenamiento penal, en cuya virtud la actividad legislativa se ha decantado por sancionar supuestos de criminalización en el estado previo a lesiones de bienes jurídicos, con penas desproporcionadamente altas,[14] partiendo de la errada concepción de que todo evento dañoso debe ser sancionado con pena privativa de la libertad.

En algunos casos, esta penalización tiene un efecto meramente simbólico: dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido y criminalizar meros actos de comunicación.[15] En tales supuestos, y ante la imposibilidad práctica de implementar la aplicación de esos tipos, el propio sistema penal depura qué delitos deben ser sancionados con prisión, todo lo cual sin duda genera en la víctima una sensación de incredulidad hacia el aparato punitivo.

Por otro lado, con el proyecto de "Creación del Registro de Delincuencia de Personas que han cometido delitos y contravenciones contra menores de edad (Ley de Kattia y Osvaldo), Expediente N.º 15.348" se pretendía prohibir a todas aquellas personas que fueran condenadas por esos delitos el trabajo dentro de lo que el proyecto define como "puesto de contacto con personas menores de edad"; además, se atribuía al "Registro Judicial de Delincuentes" el deber de elaborar y mantener una base de datos actualizada sobre estas personas.

En este supuesto, es claro cómo un determinado hecho puede ser manipulado para formar opinión pública y exigir la aprobación de un proyecto de ley en que se soslayan varias garantías fundamentales, entre ellas los derechos consagrados en los artículos 24 y 40 constitucionales,[16] así como el derecho a la autodeterminación informativa.

Mientras que el artículo 39 ídem estipula: "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores".

[14] Sobre el particular véase Manuel Cancio Meliá: "¿'Derecho penal' del enemigo?", en Jakobs y Cancio Meliá: *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Cívitas, 2003.

[15] Ibídem.

[16] El artículo 24 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece: "Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la Ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

En Centroamérica, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la sentencia de las 15:00 del 1.º de abril del 2004, declaró inconstitucionales varios artículos de la Ley Antimaras (LAM), decreto legislativo n.º 158, del 9.10.2003, publicado en el *Diario Oficial* n.º 188, tomo 361, correspondiente al 10.10.2003, que contiene la LAM.

En este pronunciamiento se consideró que las disposiciones impugnadas lesionan el derecho de la Constitución, en cuanto se fundamentan en el derecho penal máximo, en detrimento de las garantías constitucionales de que goza cada persona.[17]

4. Algunas manifestaciones del derecho penal máximo o del enemigo en el proceso penal

Ahora bien, en lo que atañe al proceso penal son múltiples las manifestaciones del derecho penal del enemigo, en la medida en que se privilegia la búsqueda de la verdad real por sobre otros fines del procedimiento, entre ellos, el máximo respeto de los derechos del imputado. Tal sería el caso de la posibilidad de los jueces integrantes de un tribunal de juicio de solicitar prueba para mejor proveer, según está contemplado en el artículo 355 del Código Procesal Penal,[18] en la cual se soslaya la plena observancia del principio acusatorio y, en general, el derecho al proceso debido del imputado.

Otro ejemplo lo constituye la suspensión del proceso a prueba,[19] en el que se echan de menos las garantías fundamentales del encartado (entre ellas, el principio de inocencia y el derecho de defensa, justamente en cuanto se lo obliga a reconocer o admitir el hecho

---

"La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión. No producirán efectos legales la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación".

Por su parte, el artículo 40 ídem estipula: "Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula".

[17] En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional salvadoreño dispuso: "[…] el modelo de Derecho Penal máximo —incondicionado e ilimitado— es el que se caracteriza, además de su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las conductas y sus respectivas penas; y que, consecuentemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por la ausencia de parámetros ciertos y objetivos de convalidación o anulación. B. La opción constitucional por el Derecho Penal mínimo, en preferencia al Derecho Penal máximo, viene justificada "e incluso impuesta jurídicamente" porque la protección de los bienes jurídicos implica un poder lleno de consecuencias restrictivas sobre las libertades de los ciudadanos".

[18] El artículo 355 del Código Procesal Penal estipula: "*Prueba para mejor proveer.* Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento".

[19] Sobre el particular, el artículo 25 del Código Procesal Penal dispone: "*Procedencia.* Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida o con la extinción de la acción penal por reparación del daño. Para tales efectos, el Registro

atribuido) con el fin de hacer más eficiente el funcionamiento del sistema penal, sin tener en consideración que en un proceso penal el imputado no se enfrenta únicamente a la víctima, sino a todo el aparato estatal; de ahí, justamente la importancia de velar por el máximo respeto de los principios aludidos. Al respecto, sin duda es evidente la afectación del contenido esencial del derecho de defensa en la aplicación del instituto aludido.

Pero lo más peligroso de las disposiciones del derecho penal del enemigo es que las instituciones del derecho procesal penal pueden ser manipuladas para satisfacer ciertos fines políticos y suprimir determinadas asociaciones legítimas, como los grupos religiosos y sindicales, por ejemplo, con lo que puede ser una herramienta muy útil para desconocer sin mayor sustentación los derechos fundamentales de quienes las integran. Es claro que todas estas manifestaciones sin duda exigen una estricta ponderación de los intereses y los derechos fundamentales que se ven afectados en estas situaciones, con el fin de no causar a los particulares una discriminación ilegítima, contraria a su dignidad personal, o un desconocimiento pleno de sus derechos.

En el ámbito procesal también son significativos los casos de las intervenciones telefónicas y el acceso a los datos sensibles de las personas, en los que la presión ejercida por los actores sociales aludidos favorece una injerencia mayor de las autoridades públicas —con lo que se amplían las posibilidades de acceder a una llamada— en detrimento del derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución Política,[20] cuyo contenido esencial sin duda es desconocido a causa de tales acciones.

Pero la presión ejercida por diversos actores sociales también permite cuestionar la independencia de los jueces penales, cuyo criterio sobre una determinada imputación se puede ver previamente afectado y así forzar el resultado de un procedimiento. Al respecto, son ilustrativas las causas penales instauradas contra los ex presidentes de la República, en las cuales los medios de comunicación han intervenido ampliamente, incluso en la adopción de las medidas cautelares.

Judicial llevará un archivo de los beneficiados. El plazo señalado se computará a partir de la firmeza de la resolución que declara la extinción de la acción penal.

"La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido, y un detalle de las condiciones que el imputado está dispuesto a cumplir conforme al artículo siguiente. El plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos. Si efectuada la petición aún no existe acusación, el Ministerio Público describirá el hecho que le imputa.

"Para otorgar el beneficio, son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba. En audiencia oral, el tribunal oirá sobre la solicitud al fiscal, a la víctima de domicilio conocido así como al imputado y resolverá de inmediato, salvo que difiera esta discusión para la audiencia preliminar.

"La resolución fijará las condiciones conforme a las cuales se suspende el procedimiento o se rechaza la solicitud, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, según criterios de razonabilidad.

"La suspensión del procedimiento podrá solicitarse en cualquier momento antes de acordarse la apertura a juicio, y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos.

"Si la solicitud del imputado no se admite o el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como una confesión".

[20] Ya se ha mencionado el contenido de esta disposición relativo a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Otro ejemplo relevante se verifica cuando en materia de drogas se fundamenta la medida cautelar de prisión preventiva a un encartado con menos rigurosidad que en otros delitos, omitiendo valorar si concurren en realidad los peligros procesales de fuga, reiteración y no obstaculización.

En este orden, incluso la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia n.º 6053-98 de las 15:50 del 25 de agosto de 1998, admitió la posibilidad de los operadores jurídicos de brindar un tratamiento diferenciado a los imputados por el delito de infracción a la Ley de Psicotrópicos, del siguiente modo:

> La jurisprudencia de esta Sala ha estimado legítima, obviamente, la decisión de los tribunales de mantener en prisión —y denegar la excarcelación— de cualquier imputado, cuando medien razones procesales objetivas, con el fin de facilitar la averiguación de los hechos y establecer las responsabilidades correspondientes. Todo esto, dentro del equilibrio que debe existir entre el derecho a la libertad y el estado de inocencia que perdura durante el proceso, por una parte, y la necesidad social de que se haga justicia por la otra. Dentro de esa perspectiva, la detención en flagrancia, la instrucción inconclusa (puesto que se investiga el paradero del resto de la droga que se suponía involucrada en la negociación abortada) y la proximidad del debate, en que fundamenta la autoridad judicial recurrida su decisión, son causas que reiteradamente esta Sala ha admitido como legítimas para mantener en prisión al imputado y así corresponde hacerlo en este caso. No puede dejar de indicarse, a este propósito, que la experiencia judicial, y particularmente de la justicia constitucional, hace necesario tener presente que la delincuencia de narcotráfico es especial y que también especiales son los autores y sus métodos de trabajo. Incluso, no puede descartarse como legítimo que haya una mayor rigurosidad en el tratamiento de los sometidos a este tipo de procesos, porque los medios o recursos materiales con que cuentan y la organización (u organizaciones) que generalmente los respalda, hacen que puestos en libertad, se dificulte la actuación de la justicia.

De la sentencia transcrita se deduce, sin duda alguna, la aplicación de criterios relativos al derecho penal del enemigo, y se soslaya que la medida cautelar de prisión preventiva más bien debe ser decretada de manera excepcional, únicamente en la medida en que resulta necesaria para asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal. De lo contrario, el juez penal debería decretar medidas alternativas.

De esta forma, en el supuesto mencionado la actuación de los jueces penales sin duda lesiona y vacía el contenido de la libertad personal de los imputados, todo lo cual debería ser reparado por la Sala Constitucional al conocer de los recursos de hábeas corpus que se promuevan contra estos actos jurisdiccionales, en los términos reconocidos por el artículo 48 constitucional.[21]

---

[21] El artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica estipula: "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10".

5. Conclusión

Con fundamento en las razones expuestas, fácilmente se concluye que el derecho penal del enemigo no solo flexibiliza los principios constitucionales que fundamentan el derecho penal sustantivo y procesal, sino también que es incompatible con el Estado democrático de derecho, en la medida en que se obliga a los particulares a sacrificar ciertos ámbitos de su libertad en aras de una seguridad que solo es aparente, muchas veces potenciada por una lectura sesgada, o manipulada, de ciertos actos violentos.

Es claro entonces que estas manifestaciones del derecho penal máximo relativizan el pleno goce de los derechos fundamentales de los particulares, según han sido consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuyos contenidos esenciales son desconocidos en la implementación de nuevos tipos penales (por ejemplo) o en el trámite de un proceso penal, todo lo cual sin duda justifica mayores reflexiones.

Bibliografía

Armijo Sancho, Gilbert: *Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal*, San José: Investigaciones Jurídicas, 2.ª ed., 2001.

Cancio Meliá, Manuel: "¿'Derecho penal' del enemigo?", en Jakobs y Cancio Meliá: *Derecho penal del enemigo,* Madrid: Civitas, 2003.

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid: Trotta, 2001.

González-Cuellar Serrano, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Madrid: Colex, 1990.

Gracia Martín, Luis: "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho Penal del Enemigo'", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.º 07-02, 2005, ‹http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf› (30.6.2008).

Jaén Vallejo, Manuel: *Derechos fundamentales del proceso penal*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004.

Mendoza Buergo, Blanca: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada: Comares, 2001.

Lascano, Carlos J.: "La cruzada de Ricardo Núñez contra el derecho penal autoritario", en *Doctrina Penal,* ‹http://www.alfonsozambrano.com/dpe/cruzada_dpa.doc› (30.6.2008).

Riquert, Fabián L., y Leonardo P. Palacios: "El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes", en *La Ley, Revista Universitaria,* año V, n.º 3, junio del 2003, ‹http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf› (30.6.2008).

Silva Sánchez, Jesús María: *La expansión del derecho penal,* Madrid: Civitas, 2.ª ed., 2001.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1985.