UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

SEDE GUANACASTE

"Análisis de la constitucionalidad del proyecto de Ley Nº 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal"

(Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho)

Por:

Ever Daniel Olivares Álvarez

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Noviembre de 2013

12 de noviembre del 2013
FD-AI-1328-13

Doctor
Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (las) estudiante (s): Ever Olivares Alvarez, carné A74656, denominado: **"Análisis de la constitucionalidad del proyecto de Ley N° 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal"**, fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Rodrigo Campos Esquivel
Presidente	MSc. Marilú Rodríguez Araya
Secretaria (o)	Licda. Alejandra Larios Trejos
Miembro	MSc. Gustavo Guillen Bermúdez
Miembro	MSc. Katherine Angulo Pizarro

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **27 de noviembre del 2013**, a las **06:00 pm**, en el Mini-Auditorio, ubicado en la **Sede de Guanacaste.**

Andrés Montejo Morales
DIRECTOR

Liberia, 6 de noviembre de 2013

Doctor
Andrés Montejo Morales
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Estimado Director:

El suscrito, Rodrigo Campos Esquivel, en calidad de Director del Comité Asesor, le informo que he revisado el trabajo final de graduación del estudiante Ever Daniel Olivares Álvarez, carné número A74656, titulado: ***"Análisis de la constitucionalidad del proyecto de Ley Nº 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal"***, el cual cumple con los requisitos de formato y fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Adicionalmente, se debe indicar que la investigación realizada resulta de suma importancia debido a la problemática jurídico-dogmática que podría generar la aprobación de dicha reforma por parte del Poder Legislativo, la cual pretende establecer una lista taxativa de delitos en los cuales no podrá el juez penal otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena. En vista de lo anterior, es que el trabajo de investigación analiza y desarrolla los posibles vicios de constitucionalidad que podría ostentar el proyecto en cita.

Atentamente,

Msc. Rodrigo Campos Esquivel (Director)

Liberia, 6 de noviembre de 2013

Doctor
Andrés Montejo Morales
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Estimado Director:

La suscrita, Marilú Rodríguez Araya, en calidad de Lectora del Comité Asesor, le informo que he revisado el trabajo final de graduación del estudiante Ever Daniel Olivares Álvarez, carné número A74656, titulado: ***"Análisis de la constitucionalidad del proyecto de Ley Nº 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal"***, el cual cumple con los requisitos de formato y fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,

Msc. Marilú Rodríguez Araya (Lectora)

Liberia, 6 de noviembre de 2013

Doctor
Andrés Montejo Morales
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Estimado Director:

El suscrito, Gustavo Gillen Bermúdez, en calidad de Lector del Comité Asesor, le informo que he revisado el trabajo final de graduación del estudiante Ever Daniel Olivares Álvarez, carné número A74656, titulado: ***"Análisis de la constitucionalidad del proyecto de Ley Nº 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal"***, el cual cumple con los requisitos de formato y fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,

Msc. Gustavo Gillen Bermúdez (Lector)

Alajuela, 28 de noviembre de 2013

Dr. Andrés Montejo Morales
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados Señores:

De la manera más atenta se comunica, en forma satisfactoria, la revisión y corrección estilística del Trabajo Final de Graduación ***Análisis de la constitucionalidad del proyecto de Ley Nº 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal****, para optar por el grado académico de Licenciado en Derecho; a petición del sustentante Ever Daniel Olivares Álvarez, portador de la cédula de identidad 603740378 a cargo de la profesional en Filología Española, Isabel Cristina Solís Moreira, portadora de cédula de identidad 205550723.*

Anuente a cualquier otro requerimiento de esta índole, se despide.

Cordialmente,

Isabel Cristina Solís Moreira
Filóloga y Docente
Inscripción: 94-771; 412-154

Licda. Cristina Solís M.
Teléfono móvil: 8312-4262
Colegiada COLYPRO 030715
C.E. Kristy.SolisM@gmail.com

Agradecimientos

El principal agradecimiento a Dios; toda la honra y la gloria al Creador del Universo.

Seguidamente a mi madre *Francisca*, ese ser único, la que con su sabiduría y humildad ha forjado en mí la inquietud de seguir sus pasos para ser un hombre de bien. Igualmente, a mi padre *Rodolfo*, por luchar hasta el cansancio para brindarme una educación de excelencia. Sin lugar a dudas acertó en su decisión.

A mis hermanos por formar parte de mi vida.

También, debo un agradecimiento especial a *Fabiola Castillo*; gracias por acompañarme en todo momento, por el tiempo invertido en compartir conmigo y juntos vivir momentos inolvidables. Asimismo, para mi madre adoptiva, *doña Carolina*, gracias por abrirme las puertas de su casa cuando lo he necesitado.

Por último, una mención especial a mis profesores, *Rodrigo Campos, Marilú Rodríguez y Gustavo Gillen*, por su colaboración y amistad conseguida, resultado de mis años como estudiante y del desarrollo de la presente investigación.

Ever Olivares

Índice General

Contenido

Índice General iii

Introducción 1

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES SOBRE CRIMINOLOGÍA, POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL

Introducción 11

Sección A: Aspectos generales sobre Criminología 12

1. Definición 12
2. Hacia una criminología crítica 15

Sección B: El Derecho Penal 17

1. Definición. 17
2. Hacia una definición de Derecho Penal en sentido objetivo y subjetivo. 20

Sección C: Política Criminal 22

1. Definición. 22

SECCIÓN D: Relación del Derecho Penal con la Criminología y la Política Criminal 24

1. Relación con la criminología 24
2. Relación con la política criminal. 24

CAPÍTULO II: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PROVENIENTES DE TRATADOS INTERNACIONALES QUE LIMITAN EL PODER PUNITIVO EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN RELACIÓN CON LA PROMULGACIÓN DE LA LEY PENAL

Sección A: Cuestiones previas sobre el alcance del Estado Social y Democrático de Derecho 26

1. El Estado liberal 27
2. El Estado social 29
3. El Estado social y democrático de Derecho 30
4. El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución Política 33

Sección B: Principios Constitucionales y provenientes de Tratados Internacionales que limitan el poder punitivo en un Estado Social y Democrático de Derecho en relación con la promulgación de la Ley Penal 36

1. Principio de Dignidad Humana 36
2. Principio de Igualdad 43
3. El principio de proporcionalidad 45
4. Principio de razonabilidad 50
5. Principio de necesidad 56

CAPÍTULO III: LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Sección A: Antecedentes históricos sobre la Pena Privativa de Libertad 60

Sección B: Teorías clásicas sobre las penas 65

1. Teoría de las penas absolutas 65
2. Teoría de las penas relativas a un fin preventivo 66
3. Teorías Mixtas o de la Unión 72

Sección C: El fin de la pena en un Estado Social y democrático de Derecho 73

1. Fin resocializador de la pena 73

CAPÍTULO IV: LA EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN COSTA RICA

Sección A: Análisis normativo del artículo 59 del Código Penal, Ley 4573 de mil novecientos setenta. 78

1. Alcance. 78
2. Presupuestos para otorgarla 81
3. Revocatoria del beneficio 84
4. Órganos que intervienen en la Ejecución Penal 85

Sección C: Análisis normativo del proyecto de Ley número 17.489 91

Introducción 91

1. Lista taxativa de los delitos en los cuales no sería posible otorgar la ejecución condicional de la pena 93

Sección D: Posición del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial con relación al proyecto de Ley número 17.489 99

1. Posición del Poder Legislativo 99

2. Posición del Poder Ejecutivo 101

3. Posición del Poder Judicial. 103

Sección E: Afectación concreta del proyecto de Ley número 17.489 a los Principios provenientes de tratados internacionales y de la Constitución Política 110

Introducción 110

1. Afectación concreta a los principios derivados de la Constitución Política 111

2. Afectación concreta al principio de dignidad humana contenido en instrumentos internacionales 122

Conclusiones 125

Bibliografía 131

Resumen

Con la propuesta legislativa a través del Proyecto de Ley Nº 17.489, para reformar el artículo 59 del Código Penal, Ley Nº 4573 de mil novecientos setenta y sus reformas; se pretende introducir una lista taxativa de delitos, según la cual no será posible aplicar la ejecución condicional de la pena en dichos delitos; figura que actualmente faculta a los jueces otorgarla en aquellos casos en que la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento; así regulado por el artículo 59 del actual Código Penal.

El proyecto de reforma pretende, de conformidad con el informe jurídico del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa; restringir el acceso a la ejecución condicional de la pena, en función de la política criminal que debe seguir el Estado a través del poder legislativo; dejando de lado los lineamientos jurídico-sociales sobre los efectos de la pena y su relación con los índices de criminalidad existentes en el país, mismos que se deben tomar en cuenta en cualquier Estado de Derecho.

En vista de lo anterior, el interés de desarrollar un trabajo de investigación enfocado en el análisis de la constitucionalidad del proyecto de reforma del artículo 59 del cuerpo normativo antes mencionado, surge a raíz del posible conflicto jurídico-dogmático que podría ocasionar dicha reforma, tomando como base los múltiples criterios en los que la Sala Constitucional ha señalado vía jurisprudencial el carácter rehabilitador de la pena; para lograr con ello determinar la posible existencia de roces de constitucionalidad entre la Carta Magna y el Proyecto de Ley; también con los diversos tratados internacionales que regulan la protección de los derechos humanos; y que además conforman el bloque de constitucionalidad en la materia y demás legislación ordinaria.

Por consiguiente, la ***hipótesis*** definida para la presente investigación, consiste en determinar que el Proyecto de Ley número 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal, Ley 4573 de mil novecientos setenta; violenta los principios de igualdad,

dignidad humana, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, consagrados en Tratados Internacionales y en nuestra Constitución Política. En concordancia con lo anterior, se tiene por ***objetivo general:*** analizar la constitucionalidad del Proyecto de Ley Número 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal; Ley Número 4573 de mil novecientos setenta.

En lo que a la ***metodología*** se refiere, se utilizarán varios de los métodos pertenecientes a una investigación cualitativa. Así, por ejemplo, se utilizará el método ***descriptivo*** en relación con los aspectos generales sobre Criminología, Política Criminal y Derecho Penal. Asimismo, el método ***histórico*** será utilizado para determinar la evolución histórica de la pena privativa de libertad y el desarrollo de ésta en la sociedad costarricense.

Adicionalmente, se aplicará un enfoque ***explorativo*** para identificar las principales características del Proyecto de Ley número 17.489, en relación con los presupuestos actuales para otorgar la ejecución condicional de la pena en nuestro país, cuáles serían los mismos si se llega a aprobar el proyecto; así como el análisis normativo y de constitucionalidad del proyecto, teniendo que acudirse para dicho efecto, al método ***analítico-descriptivo***.

Por último, en lo que refiere a la conclusión más relevante que se logró abordar al finalizar la investigación realizada, es precisamente la afirmación de que, el establecer una prohibición taxativa de delitos en los cuales no se podrá otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena, además de suprimir al juez la valoración de esta posibilidad, propiciará la imposición de condenas contrarias a la función rehabilitadora de la pena y, por lo tanto, deriva en contraria al principio de dignidad humana, tomando en consideración que dicha medida, más allá de generar beneficios para el condenado penal, lo encierra en un estado de total fragilidad social, provocando que sea mínima la posibilidad de que dichas personas readecúen su comportamiento en procura de la protección de los distintos bienes jurídicos que señala el Derecho Penal.

Asimismo, se determinó que el Proyecto de Ley en cita resulta contrario al principio de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, consagrados estos tanto en instrumentos internacionales como en nuestra Constitución Política.

Ficha Bibliográfica

OLIVARES ÁLVAREZ, Ever. Análisis de la constitucionalidad del proyecto de Ley Nº 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013.

Director: Msc. Rodrigo Campos Esquivel.

Palabras claves: Derecho Penal, Carta Magna, Constitución Política, Instrumentos Internacionales, Código Penal, Principios Constitucionales, Ejecución Condicional de la Pena, Fin Resocializador de la Pena, Principio de Igualdad, Principio de Dignidad Humana, Principio de Razonabilidad, Principio de Proporcionalidad, Principio de Necesidad.

Introducción

Justificación

Con la propuesta legislativa a través del Proyecto de Ley Nº 17.489, para reformar el artículo 59 del Código Penal, Ley Nº 4573 de mil novecientos setenta y sus reformas; se pretende introducir una lista taxativa de delitos, según la cual no será posible aplicar la ejecución condicional de la pena; figura que actualmente faculta a los jueces otorgarla en aquellos casos en que la pena no excede de tres años y consista en prisión o extrañamiento; así regulado por el artículo 59 actual del Código Penal.

Los delitos que comprende el proyecto de reforma son aquellos que lesionan bienes jurídicos como la vida e integridad física de la personas, los relacionados con explotación sexual y corrupción de menores; el secuestro extorsivo, aquellos delitos contra la propiedad como el hurto, contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía, la policía judicial y por último, los delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado.

El proyecto de reforma pretende, de conformidad con el informe jurídico del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa; restringir el acceso a la ejecución condicional de la pena, en función de la política criminal que debe seguir el Estado a través del poder legislativo; dejando de lado los lineamientos jurídico-sociales sobre los efectos de la pena y su relación con los índices de criminalidad existentes en el país, mismos que se deben tomar en cuenta en todo Estado Social y Democrático de Derecho.

Asimismo, la política criminal que debe seguir un Estado Social y Democrático de Derecho no debe obviar la propia Constitución Política ni los tratados internacionales en lo que concierne a derechos humanos, derechos inherentes a la persona y según los cuales, el fin de toda pena debe ser utilizar el instrumento en procura de reinsertar al individuo a la sociedad. Sin embargo, esta función instrumental de la pena está siendo afectada por la transición vivida en algunos países

de Latinoamérica incluido el nuestro, de un derecho penal garantista a lo que en doctrina se conoce como un derecho penal del enemigo.

El interés de desarrollar un trabajo de investigación enfocado en el análisis de la constitucionalidad del proyecto de reforma del artículo 59 del cuerpo normativo antes mencionado, surge a raíz del posible conflicto jurídico-dogmático que va a ocasionar dicha reforma, tomando como base los múltiples criterios en los que la Sala Constitucional ha señalado vía jurisprudencial el carácter rehabilitador de la pena; para así determinar la posible existencia de roces de constitucionalidad entre la Carta Magna (incluidos los principios constitucionales implícitos) y el Proyecto de Ley; así también con los diversos tratados internacionales que regulan la protección de los derechos humanos; mismos que conforman el bloque de constitucionalidad en la materia y demás legislación ordinaria.

Se recuerda que la misma Sala Constitucional ha reconocido en múltiples ocasiones que los tratados internacionales que regulan la materia de derechos humanos, adquieren carácter superior a la Constitución, en el tanto otorguen mayores beneficios y garantías que los reconocidos en la misma Carta Fundamental.

Como muy bien lo indican los juristas costarricenses Luis Paulino Mora y Sonia Solano en su libro "*Constitución y Derecho Penal*": ***"El Derecho Penal, por constituir la más grave expresión del Poder del Estado, como poder punitivo, forma parte de ese sector de particular tensión, en el que precisamente debe procurarse un razonable equilibrio entre los derechos de la colectividad y los derechos del individuo y en el que la perspectiva constitucionalista significa el costo jurídico político de constituir un Estado democrático de Derecho, "coste" que sin embargo, conforma el beneficio de la estabilidad democrática y el respeto institucional por los Derechos Humanos y Libertades Públicas"[1].*** De acuerdo con la cita anterior, es que resulta fundamental que la promulgación de la ley penal en el tiempo obedezca a criterios serios, tomando en cuenta aspectos de criminología, política criminal y por

[1] MORA LIZANO, Luis Paulino y NAVARRO SOLANO, Sonia. (1995). Constitución y Derecho Penal. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, Costa Rica, p 174.

supuesto los principios constitucionales, y no en políticas populistas sustentadas en frases como *"el que la hace que la pague"*; políticas que no hacen más que aprovecharse de la noción de criminalidad existente en la población costarricense, noción fundada en la presión que veces ejercen la mayoría de medios de comunicación amarillistas y poco éticos, cuyo único interés es hacer de la noticia y de lo que ellos llaman *"realidad nacional",* un producto que aumente el *"rating"*, y así su capacidad para vender espacios publicitarios que a la larga resulta ser el negocio de la empresa.

Por último, este trabajo tiene por objeto sentar las bases de la posible discusión jurídico-dogmática que podría ocasionar la aprobación del Proyecto de Ley número 17.489, que además deja en tela de duda la poca ética con la que se está afrontando una ciencia tan compleja como lo es el Derecho Penal, tanto en la promulgación de la ley penal por parte de nuestros legisladores, como en lo que respecta a los operadores del derecho en relación con la pena propiamente dicha en nuestro ordenamiento jurídico, donde las garantías constitucionales muchas veces acompañan al individuo hasta el dictado de la sentencia; tanto así que podría concluirse que la pena es el gran tema olvidado de nuestros días, y digo pena en función del fin rehabilitador de la misma y no en función de la política criminal poco responsable asumida por quienes tienen el poder de legislar en nuestro país; siendo la ejecución de la pena y más aún la ejecución condicional de la pena, quizá la herramienta más importante para lograr la reinserción de un individuo a la sociedad.

Objetivos

Objetivo General:

Analizar la constitucionalidad del Proyecto de Ley Número 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal; Ley Número 4573 de mil novecientos setenta.

Objetivos Específicos:

- Analizar los principios constitucionales que limitan el poder punitivo en la promulgación de la ley penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

- Analizar las teorías más relevantes existentes en relación con la pena.
- Analizar la evolución histórica de la pena privativa de libertad; así como el fin rehabilitador de la misma a la luz de la jurisprudencia constitucional.
- Analizar la figura de la Ejecución Condicional de la Pena contemplada en el artículo 59 del Código Penal, Ley número 4573 de mil novecientos setenta.
- Analizar la figura de la Ejecución Condicional de la Pena y los delitos que restringen su aplicación, según el Proyecto de Ley número 17.489.
- Analizar los Principios Constitucionales que se ven vulnerados en el Proyecto de Ley número 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal.

Hipótesis

Con la investigación por realizar se pretende determinar que el Proyecto de Ley número 17.489 que reforma el artículo 59 del Código Penal, Ley 4573 de mil novecientos setenta; viola los principios de igualdad, dignidad humana, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, consagrados en tratados internacionales y en nuestra Constitución Política.

Metodología

Para la ***metodología*** se utilizarán varios de los métodos pertenecientes a una investigación cualitativa. Así, por ejemplo, se utilizará el método ***descriptivo*** en relación con los aspectos generales sobre Criminología, Penología y Derecho Penal. Asimismo, el método ***histórico*** será utilizado para determinar la evolución histórica de la pena privativa.

Adicionalmente, se aplicará un enfoque ***explorativo*** para identificar las principales características del Proyecto de Ley número 17.489, en relación con los presupuestos actuales para otorgar la ejecución condicional de la pena en nuestro país, cuáles podrían ser dichos presupuestos si se aprueba el proyecto; así como el

análisis normativo y de constitucionalidad del proyecto, acudiendo al método ***analítico-descriptivo***.

Seguidamente, se procede a señalar los lineamientos generales que seguirá la estructura de cada uno de los capítulos de la investigación.

Capítulo I: Aspectos generales sobre criminología, política criminal y derecho penal

En lo que respecta a los aspectos básicos sobre criminología, política criminal y derecho penal; es menester mencionar que se ha relacionado el derecho penal con el poder punitivo que tiene el estado a través del poder legislativo, facultad plasmada a la hora de promulgar la ley penal y de establecer los bienes jurídicos que estima necesario proteger; también se relaciona el derecho penal con la aplicación misma de la ley penal por medio del juez penal**.** Sin embargo, el derecho penal es muy complejo y para intentar tener una noción más amplia es necesario analizar ciencias complementarias al mismo, como lo son la criminología y la política criminal, sin las cuales esta rama del derecho podría volverse absurda, vacía y carente de razonabilidad alguna.

Así las cosas, se acudirá a doctrinarios especializados en la materia, quienes a lo largo de los años han debatido y desarrollado teorías sobre la función de la criminología y la política criminal en el derecho penal. Por ejemplo, se expondrá la posición doctrinal de autores como Emiro Sandoval Huertas en su libro *"Sistema Penal y Criminología Crítica"; Política Criminal y Sistema del Derecho Penal"* de Roxin Claus, *"Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal"* de Alessandro Baratta. En concordancia con lo anterior, se intentará proporcionar la base doctrinaria sobre la cual debe llevarse a cabo todo trabajo de investigación que tenga íntima relación con el derecho penal, tratando de proporcionar definiciones acertadas y lo más objetivas posibles, apegadas además con los fundamentos existentes que buscan brindar la protección de los derechos humanos.

Capítulo II: Principios constitucionales y provenientes de tratados internacionales que limitan el poder punitivo en un Estado Social y Democrático de Derecho en relación con la promulgación de la ley penal.

En este capítulo se desarrollará todo lo concerniente a los principios existentes en la actualidad, que regulan y limitan el poder punitivo en un Estado Social y Democrático de Derecho, y cómo estos principios proporcionan la base jurídica sobre la cual debe decretarse toda ley penal, recordando además que el derecho penal es a su vez derecho constitucional aplicado; aplicación que debe tenerse presente desde que se promulga la ley penal en el tiempo y el espacio, hasta su aplicación en cada caso concreto.

Es necesario tener presente que un Estado Social y Democrático de Derecho es aquél que tiene su razón de ser en un ordenamiento jurídico que establece normas de conducta aplicables a la universalidad, normas que en principio son promulgadas por la delegación que el pueblo ostenta en el legislador; delegación que es el fundamento democrático en el Estado de Derecho supra citado. Asimismo, la norma fundamental en un Estado de Derecho es la propia Constitución Política; sin embargo, en materia de derechos humanos, los instrumentos internacionales vienen incluso a ocupar un rango superior con respecto a la propia Carta Magna, en el tanto contengan mejores derechos y garantías. Al respecto, la Sala Constitucional ha indicado que: "***(...) tratándose[sic] de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 constitucional tiene norma especial para lo que se refiere a los derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen***

mayores derechos o garantías a las personas priman sobre la Constitución."[2] (vid. Sentencia No. 3435-92 y su aclaración No. 5759-93). El subrayado no es del original.

Los principales principios que estarán siendo abordados en el desarrollo del trabajo lo son el principio de dignidad humana, mismo que se encuentra regulado en los diversos tratados internacionales suscritos por nuestro país, como lo son la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes; entre otros.

Asimismo, se estarán analizando los principios de igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, en concordancia con los instrumentos internacionales citados en el párrafo anterior, la Carta Magna y la ley, que en su conjunto conforman el bloque de constitucionalidad en un Estado Social y Democrático de Derecho. Es menester aclarar que los principios citados serán analizados en el tanto tienen gran relación con la facultad del ius puniendi estatal, ya que estos son los que limitan al legislador a la hora de la creación y promulgación de la ley penal.

Por último, además del análisis normativo de cada uno de los principios citados en párrafos anteriores; en la investigación se incluirá la posición de la Sala Constitucional en relación con cada uno de los principios, contenida en las diversas sentencias que al respecto ha emitido.

Capítulo III: La pena privativa de libertad

La pena de prisión es en la actualidad el castigo legal más determinante impuesto al ser humano, como resultado de su conducta contraria a un determinado ordenamiento jurídico, dejando de lado la aplicación existente de la pena de muerte y la tortura en otras partes del orbe. Debido a lo anterior, es que tomar en cuenta esta forma de castigo en el desarrollo del trabajo es de suma importancia, ya que la

[2] Sentencia de la Sala Constitucional, número 3435 del año mil novecientos noventa y dos; así como su aclaración, sentencia número 5759 del año mil novecientos noventa y tres.

aprobación y promulgación del proyecto de ley que se estudiará, podría provocar un aumento muy significativo y desmedido del número de personas que deberán cumplir su pena a la cárcel, a causa de la imposibilidad y restricción contenida en el proyecto de ley, de otorgar a ciertas persona la ejecución condicional de la pena.

Ahora bien, es necesario aclarar que la cárcel como institución no es reciente; incluso en épocas antiguas fue utilizada para obtener resultados distintos a los concebidos hoy como pena. El hecho que la prisión como pena sea reciente, se debe principalmente a que encontró su campo fértil en el sistema capitalista, en el tanto este sistema tiene por finalidad sustituir penas atroces que se realizaban antes por penas más ajustadas a la idea de humanismo, ya que muchas de las penas utilizadas eran incluso inhumanas y fatalmente desproporcionadas.

Así las cosas, en el desarrollo del trabajo se analizarán las distintas posturas existentes en lo que respecta al fundamento de la pena de prisión; los antecedentes históricos de la pena; así como las diversas teorías clásicas sobre la misma (teoría de las penas absolutas, teoría de las penas relativas a un fin preventivo y teoría de las penas abolicionistas), con la determinación de cuál ha sido la teoría adoptada en nuestro orden normativo.

Asimismo, otros de los aspectos fundamentales que se estarán desarrollando en el capítulo en mención; son aquellos relacionados con el fin resocializador de la pena; cuál ha sido el discurso político existente para fundamentar la aplicación de la misma, así como el criterio legal que ha llevado a que se promulgue toda la normativa existente en relación con la pena en el derecho penal.

Por último, se analizarán los diferentes votos que ha emitido la Sala Constitucional entorno al instituto de la pena de prisión en Costa Rica, para determinar cuál ha sido su posición en relación con el fin resocializador de la pena; y si la pena de prisión está o no cumpliendo en la actualidad con ese fin; en apego a los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país.

Capítulo IV: La ejecución condicional de la pena en Costa Rica

La ejecución condicional en nuestro país está regulada a través del artículo 59 actual del Código Penal, figura que actualmente faculta a los jueces otorgarla en aquellos casos en los que la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento; así regulado por el artículo 59 del actual Código Penal. Ahora bien, resulta necesario señalar que si bien es cierto el otorgamiento de la ejecución condicional de la pena es una facultad otorgada al juez penal; este tiene que fundar la resolución en que otorga la misma, de conformidad con los parámetros que cita el numeral 60 del cuerpo normativo supra citado. Las condiciones que debe cumplir el condenado, aunado a que la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento; se relacionan con un análisis de la personalidad del condenado; para determinar con dicho análisis que su vida anterior a la comisión del delito fue conforme con las normas sociales; así como el deseo demostrado de reparar en lo posible, la consecuencia de su conducta.

Además, otra condición no menos importante que debe cumplir el condenado es precisamente que se trate de un delincuente primario; requiriendo por último un informe al Instituto de Criminología, donde se pueda determinar el grado de posible rehabilitación del condenado.

Así las cosas, se evidencia de los numerales señalados anteriormente, la otorgación de la ejecución condicional de la pena por parte del juez penal, en ningún momento es una otorgación antojadiza ni arbitraria otorgada por la ley; sino que existen una serie de condiciones que se deben respetar de manera previa a la resolución del juez y, sustentado en esas condiciones, el juez debe fundamentar el otorgamiento o denegación del beneficio de ejecución condicional de la pena.

Debido a lo anterior, es que en este último capítulo se estará analizando de manera preliminar cómo se ha aplicado la ejecución condicional en nuestro país; así como lo que ha dicho la jurisprudencia en relación con las condiciones generales atinentes a otorgar el beneficio antes citado.

Una vez establecidas las cuestiones previas sobre la ejecución condicional de la pena en Costa Rica, en relación con los presupuestos normativos para conceder el

beneficio, así como los órganos que participan y el rol que les compete, siendo estos el Juez de Ejecución Penal, el Ministerio Público y la Defensa Pública o Privada; se estará procediendo a realizar el respectivo análisis normativo del Proyecto de Ley número 17.489.

En el análisis que se menciona en el párrafo anterior, se procederá a establecer los delitos que restringen la facultad del juez de otorgar la ejecución condicional de la pena en el proyecto de ley; los cuales son aquellos delitos dolosos contra la vida e integridad física de las personas, los relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores, el secuestro extorsivo, los delitos contra la propiedad, contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley General de Policía y la Policía Judicial y por último, los delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado.

Por último, una vez realizado el respectivo análisis normativo del Proyecto de Ley, se definirán los posibles vicios de constitucionalidad que podría tener el mismo, en relación con los principios supracitados, derivados estos de instrumentos internacionales y de la Constitución Política.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES SOBRE CRIMINOLOGÍA, POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL

Introducción

Acudiendo al análisis del sistema penal, es de vital importancia observar y examinar, aunque sea de forma breve, los saberes que se interrelacionan entre sí, como lo son la criminología, la política criminal y el derecho penal, en tanto son el principal soporte en el funcionamiento del sistema en su totalidad.

Desde la óptica positivista, la relación entre derecho penal y criminología adquirió gran relevancia en el sentido que iban dirigidos a combatir los índices de criminalidad desde dos ámbitos distintos, el primero desde el ámbito meramente normativo, mientras que el segundo revisando las causas del crimen.

Desde esta perspectiva, EMIRO SANDOVAL indica:

> *Según el pensamiento positivista, derecho penal y criminología estaban orientados hacia una misma finalidad ("combatir la criminalidad"), pero que mientras el primero se dedicaba a ello exclusivamente en el plano normativo, para "auxiliarlo", la segunda habría de concentrarse en la "etiología de la criminalidad" (esto es, en la identificación y explicación de sus "causas")*[3].

Cuando se procede a analizar el sistema penal de un determinado ordenamiento jurídico, es necesario consecuentemente, examinar la relación existente entre criminología, penología y derecho penal, debido a la coexistencia que surge, aún cuando las dos primeras no son términos tan utilizados en los diversos discursos que convergen en medio de los actores sociales.

En este apartado se procederá a intentar un acercamiento entre la criminología, la penología y el derecho penal, revisando sus conceptos y concepciones

---

[3] SANDOVAL HUERTAS, Emiro. (1989). Sistema Penal y criminología crítica (El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica). Editorial Temis. Bogotá, Colombia, pág. 103.

doctrinarias, para establecer los tópicos que los amparan, así como la importancia de la interrelación de estos.

Sección A: Aspectos generales sobre criminología

1. Definición

Acudiendo a doctrinarios como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA se puede definir la criminología como: "*una ciencia interdisciplinaria que además de estudiar el crimen, la persona que delinque y la víctima, estudia el control social del comportamiento delictivo, los procesos de creación y contenido de las normas penales y de las normas sociales que están en relación con la conducta delictiva, los procesos de infracción de esas normas, y la reacción social formal e informal que aquellas infracciones hayan provocado, aportando una información válida, contrastada y fiable sobre la génesis, dinámica y variables del crimen, así como su prevención eficaz, las formas y estrategias de reacción al mismo y las técnicas de intervención positiva en la persona infractora.*"[4]

Como se desprende del párrafo anterior y de la definición extraída del autor, la criminología es el saber o ciencia que se encarga de estudiar no solo las causas de la criminalidad, sino que además establece los parámetros en su búsqueda de prevenirla. Es este saber, el que nos permite hacer estudios serios acerca de la realidad de una determinada sociedad, en relación con los índices criminológicos que la acompañan; para con ello poder llegar a conclusiones viables que permitan a los actores sociales responsables de la política criminal de un país, tomar decisiones acordes con las necesidades de dicha sociedad.

Así las cosas, se puede concluir que la criminología como saber, se encarga de estudiar no sólo las causas del crimen, sino además la incidencia de este en la sociedad, las forma de crimen existentes y sus consecuencias.

---

[4] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. (1999). Tratado de Criminología: introducción, modelos teóricos explicativos de la criminalidad, prevención del delito, sistemas de respuesta al crimen. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, pág. 56.

Aunado a lo anterior, ALESSANDRO BARATTA en su libro *"Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal",* indica: "*La criminología contemporánea, desde los años treinta en adelante, se caracteriza por la tendencia a superar las teorías de la criminalidad, es decir aquellas que se basan en las características biológicas y psicológicas que diferenciarían a los sujetos criminales de los individuos normales, y en la negación del libre arbitrio mediante un rígido determinismo."*[5]

A nivel centroamericano, algunos autores han publicado investigaciones donde han desarrollado diversos tópicos incluido el de criminología, tal es el caso de LARA PALACIOS, quien considera que el término criminología se compone de dos partes; por un lado el vocablo latín *crime* que refiere concretamente a crimen, así como al griego *logos* que se refiere a doctrina, pudiendo conceptuar a la criminología como la doctrina de la delincuencia[6].

Para LARA PALACIOS, la criminología suele dividirse en dos grupos, por un lado se encuentra la biología criminal y por otro lado, se ubica la sociología criminal. En el caso de la biología criminal, dentro de esta se incluye tanto la antropología como la psicología criminal; los cuales tienen a cargo el estudio de la constitución física y orgánica de los delincuentes, sus caracteres anatómicos y fisiológicos, así como el estado mental y anímico del delincuente. En cambio, la sociología criminal es la encargada del estudio de los factores sociales de la criminalidad, como la capacidad del ser humano de desarrollarse en un entorno social, oportunidades de empleo y de desarrollo social[7].

Asimismo, MARIO HOUED, citado por LARA PALACIOS, considera la criminología como aquella rama del conocimiento que se ocupa de la descripción, constantes, predicción de ocurrencia, respuesta social, pronóstico y consecuencias

---

[5] BARATTA, Alessandro. (2004). Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídico penal. Editorial Siglo XXI Editores Argentina (1era edición). Buenos Aires, Argentina, pág. 156.
[6] CUAREZMA, Sergio y HOUED, Mario. (2000). Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal. Editorial Hispamer (1era edición). Managua, Nicaragua, pág. 48.
[7] Ibídem.

para el infractor y la sociedad, de aquellas conductas previamente tipificadas como merecedoras de sanción.[8]

Así las cosas, revisando los conceptos ofrecidos por los autores citados en los párrafos anteriores y sin mayor intención de profundizar en el tema que describe el saber de la criminología, lo importante es sentar la base conceptual y tener seguridad de que en definitiva, la criminología como saber nos permite estudiar las causales del crimen; es decir, los impulsos que provocan en los individuos de una determinada sociedad, asumir conductas contrarias a las normas de convivencia social, para así una vez identificadas dichas causas, se pueda trabajar integralmente junto con otros saberes, en el pronóstico y las posibles soluciones que se puedan brindar al crimen en su acepción general.

En concordancia con lo descrito anteriormente, atendiendo a lo que interesa en la presente investigación, podría afirmarse que el objetivo principal de la criminología es poder responder la pregunta del porqué el ser humano asume conductas que son contrarias a las normas de convivencia social. Para ello, y atendiendo a lo puntualizado en párrafos anteriores, se acude al estudio del ser y su entorno social, en busca de una explicación objetiva del actuar del delincuente.

Respecto lo anterior, CREUS considera: *"Se dice que la dogmática es "ciencia normativa" porque estudia normas: explica cuáles son los delitos y cuándo una conducta produce la consecuencia de la penalización, pero no estudia cómo se da el sustrato sociológico de lo delictivo ni su porqué antropológico (es decir, porqué el delito aparece en la sociedad y porqué una determinada persona comete delitos). Esta tarea científica corresponde a la criminología, que estudia el fenómeno delito (criminalidad) en las sociedades humanas."*[9]

---

[8] CUAREZMA, Sergio y HOUED, Mario. Op, cit, pág. 464.
[9] CREUS, Carlos. (1992). Derecho Penal (Parte General). Editorial Astrea (3ra edición). Buenos Aires, Argentina, pág. 25.

2. Hacia una criminología crítica

En la actualidad, debido a la realidad social que viven los estados latinoamericanos, algunos autores han venido introduciendo la necesidad de tener una discusión más plural de los problemas relacionados con la criminalidad en las distintas sociedades; para con ello dejar de lado un análisis tan simplista y limitado como lo es el estudio de la etiología del delincuente en sentido estricto, tal y como lo promovía el positivismo criminológico. Así, se ha puesto principal atención al papel que juega el estado en la atención de los principales problemas criminológicos existentes en la actualidad.

En vista de lo anterior, ANIYAR DE CASTRO considera que: *"La criminología crítica introdujo el tema del poder y de los intereses, hizo de la sociedad y de sus males un análisis más profundo y totalizador, e incluyó lo valorativo y el compromiso con la justicia social como una tarea necesaria de la Criminología."*[10] Así las cosas, cuando se establece como base de estudio de la criminología crítica el tema del poder, necesariamente se considera una clara transición donde se da un especial énfasis al criminólogo, en su objetivo de conocer la intencionalidad política, acompañada del momento histórico y socioeconómico, factores que motivan al legislador aprobar la ley penal como medio de control social, *"obedeciendo éticamente"* a los problemas sociales en temas de criminalidad y seguridad ciudadana.

Es decir, como lo evidencia CUAREZMA, esa evolución hacia una criminología crítica implica, actualmente, cierto abandono de las causas del delito desde un punto de vista explicativo, para poner especial atención de toda reacción social y jurídico-penal del hecho delictivo.[11] Este doctrinario, al respecto indicó:

---

[10] ANIYAR DE CASTRO, Lola. (2010). Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal (1era edición). Editores del Puerto. Cuidad Autónoma de Buenos Aires, pág. 34.
[11] CUAREZMA, Sergio y HOUED, Mario. Op, cit, pág. 61.

"La llamada Criminología Crítica, pone énfasis en los procesos de criminalización, sea en determinar por qué una conducta se califica delictiva, quiénes toman esa decisión, quiénes aplican la ley y el proceso de selección."[12]

En concordancia con lo anterior, se concluye que la base de la investigación criminológica ya no lo es en forma exclusiva el comportamiento del sujeto; es decir, como persona que comete la conducta desviada (hecho delictivo), sino que además, se ha integrado a ese estudio los órganos de control social siendo el principal de éstos el poder legislativo, mismo competente para definir las conductas que se deberán considerar como indeseables y merecedoras de una sanción determinada.

Al respecto, el jurista ALESSANDRO BARATTA, con suficiente autoridad para opinar sobre el tema, considera que la criminología crítica se ha dirigido a investigar primordialmente el proceso de criminalización, para ello intenta elaborar una teoría materialista (económica-política) de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos, enfocando su atención a las denominadas clases subalternas en el sector de la desviación.[13]

Respecto al tema, indica: *"Las estadísticas indican que en los países de capitalismo avanzado la gran mayoría de la población carcelaria es de extracción proletaria, en particular la que pertenece a las capas subproletarias y, por ende, a las zonas ya marginadas socialmente como ejército industrial de reserva por el sistema de producción capitalista. La misma estadística muestra (…) que más del 80 % de los delitos perseguidos en esos países son delitos contra la propiedad. Estos delitos son reacciones individuales y no políticas ante las contradicciones típicas del sistema de distribución de la riqueza y de gratificaciones sociales, propio de la sociedad capitalista."*[14]

Asimismo, el jurista SANDOVAL considera:

---

[12] Ibídem.
[13] BARATTA, Alessandro. Op, cit, pág. 210.
[14] Ibídem.

"Hoy las relaciones entre criminología crítica y derecho penal suponen un derecho penal crítico, es decir, un penalista que no solo reflexione conceptualmente sobre el contenido de la norma penal, sino que al mismo tiempo haga una revisión crítica de su origen, sus presupuestos y sus efectos; que se plantee el derecho penal como un aspecto del proceso de control y criminalización del Estado y, por tanto, indisolublemente unido a todos los demás aspectos de ese Estado y, en definitiva, como un instrumento político más de ese Estado. Criminología crítica como investigación del problema criminal y derecho penal crítico como investigación de ese problema criminal, implican una conjugación de ambos, el criminólogo crítico será un penalista crítico y el penalista también un criminólogo crítico."[15]

Sección B: El Derecho Penal

1. **Definición**

En el estudio del derecho penal, durante los años de universidad se enseña distintas teorías y distintas formas de comprender y acercarnos a esta rama del derecho. No obstante, para efectos del presente estudio, concuerdo con HOUED en el tanto concibe el derecho penal como uno de los mecanismos de control social mediante los cuales se definen ciertos comportamientos individuales como indeseables, a la vez que se amenaza su realización con sanciones o penas.[16]

Asimismo y manteniendo una misma línea de pensamiento, otros autores han exteriorizado lo que conciben como derecho penal, tal es el caso de BACIGALUPO, para quien el derecho penal es una mecanismo de control social, declarando ciertas conductas como indeseables cuya realización se acompañan de sanciones de un rigor considerable.[17]

---

[15] SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Op, cit, pág. 112.
[16] CUAREZMA, Sergio y HOUED, Mario. Op, cit, pág. 63.
[17] BACIGALUPO, Enrique. (1996). Manual de Derecho Penal (Parte General). Editorial Temis (3era reimpresión). Bogotá, Colombia, pág. 10.

CARLOS CREUS concuerda con los autores antes citados, ya que este contempla el derecho penal como aquél derecho que tiene por fin permitir una vida en sociedad, para lo cual se deben reconocer y declarar los bienes que esta rama del derecho busca proteger.[18]

Como se extrae de las afirmaciones brindadas anteriormente, en definitiva el derecho penal, siendo una rama del derecho en su sentido general, no tiene otra función que permitir una vida en sociedad lo más consecuente posible. En concordancia con lo anterior, si bien es cierto concebimos el derecho como un mecanismo de control social, ese mecanismo acudirá a distintos métodos para conseguirlo, en congruencia con los distintos bienes por proteger. De la afirmación anterior, se asegura que el derecho penal, en su objetivo de proteger determinados bienes jurídicos, se diferencia de otras ramas del derecho por el método utilizado para intentar *"anular"* los índices de desviación, siendo el más común la sanción penal. En sentido con lo anterior, BACIGALUPO considera que el derecho penal junto con otras ramas del derecho, cumple una función reparadora del equilibrio de un sistema social.[19]

> *"Lo que diferencia sustancialmente al derecho penal de otras ramas del derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas criminales (de privación de la libertad, de multa o de privación de derechos determinados) y las medidas de seguridad (medidas destinadas a impedir la reincidencia sin consideración al grado de responsabilidad individual). Pero además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena."*[20]

Aunado a lo anterior, el tratadista CARLOS CREUS se acerca a una definición de derecho penal como legislación al considerar que:

---

[18] CREUS, Carlos. Op, cit, pág. 7.
[19] BACIGALUPO, Enrique. Op, cit, pág.3.
[20] Ídem.

"El derecho penal está constituido por el conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituya, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas."[21]

Si enlazamos las definiciones que han compartido los autores antes citados con la definición brindada por Carlos Creus en el párrafo anterior, podemos concluir que la forma de definir e identificar la conducta desviada del sujeto en sociedad, se logra a través de la tipificación de esa conducta indeseable, que a su vez viene a constituir lo que llamamos delito, el cual en su acepción general, es la determinación en una norma penal de la conducta desviada.

En dicho sentido, BACIGALUPO destaca que el delito es la forma de comportamiento desviado que se considera grave y viene a ser calificado como tal por los órganos competentes (poder legislativo).[22]

Asimismo, VON LISZT considera el derecho penal como *"el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia."*[23]

De la definición de autores como CREUS, BACIGALUPO y VON LISZT, se concluye que son definiciones que se acercan a una concepción más formal de derecho penal, no así las definiciones dadas descritas en párrafos anteriores, que al considerar el derecho penal como un instrumento de control social, llevan inmerso el sentido más filosófico de esta rama del derecho.

Así las cosas, el derecho penal viene a ser el instrumento utilizado por el primer poder de la república, para legitimar el poder punitivo del estado respecto a los sujetos que cometen delitos, mediante la aplicación de una determinada sanción penal. A su vez, la aplicación práctica del derecho penal corresponde al operador del

---

[21] CREUS, Carlos. Op, cit, pág.4.
[22] BACIGALUPO, Enrique. Op, cit, pág. 4.
[23] VON LISZT, Franz. (2007). Tratado de Derecho Penal. Editorial Valletta Ediciones S.R.L (1era edición). Buenos Aires, Argentina, pág.11.

derecho, entre ellos los jueces penales, en el sentido del análisis que les corresponde realizar con el fin de determinar cuándo y bajo qué circunstancias imponer penas por medio de la sentencia en un proceso penal.

2. Hacia una definición de derecho penal en sentido objetivo y subjetivo

2.1 Derecho penal en sentido objetivo

En la actualidad, distintos juristas en materia penal han desarrollado una posición doctrinaria orientada a conceptualizar el derecho penal desde dos aristas distintas, desde un sentido objetivo y desde un sentido subjetivo, en tanto toma en consideración las normas jurídicas que buscan regular una determinada conducta y en otro sentido (el subjetivo), la potestad otorgada al estado en relación con su poder punitivo.

Así las cosas, puede decirse que el Derecho Penal Objetivo hace referencia al conjunto de normas jurídicas que surgen a causa del comportamiento humano en las relaciones sociales. Así lo señala MIR PUIG, al considerar el Derecho Penal Objetivo como el conjunto de normas que regulan la específica parcela del comportamiento humano propia de su disciplina.[24]

Otro autor que retoma la concepción de un derecho penal objetivo y subjetivo, es precisamente ARTURO ROCCO, para quien *"La existencia de un poder político o soberano es un presupuesto necesario de la función penal del Estado en cada una de sus fases: legislativa, ejecutiva, judicial y, nuevamente, ejecutiva. En tanto preexiste particularmente al derecho objetivo (legislación) penal, material y procesal, que lo limita, lo regula y lo disciplina, es decir, le permite ser un derecho, es puro poder político y soberano; es esa parte de poder soberano que se designa con el nombre de poder punitivo."* [25]

---

[24] MIR PUIG, Santiago. (2003). Introducción a las bases del Derecho Penal. Editorial B de F (Segunda Edición). Buenos Aires, Argentina, pág. 48.
[25] ROCCO, Arturo. (2003). Cinco estudios sobre Derecho Penal. Editorial B de F (Primera edición en castellano). Montevideo, Uruguay, pág.18.

Como lo cita el autor en el párrafo anterior, el poder punitivo del estado se deriva de una participación activa de los tres poderes de la república, tanto en la fase objetiva del derecho penal como en la fase subjetiva del mismo, en el sentido que corresponde al poder legislativo la creación y promulgación de la ley penal, mientras que la participación directa en la aplicación de la ley penal corresponde tanto al poder judicial como al ejecutivo.

En el país, ya doctrinarios han confirmado la tesis de un derecho penal objetivo y uno subjetivo, tal es el caso del jurista costarricense FRANCISCO CASTILLO, para quien *"El Derecho Penal sustantivo puede ser definido en sentido objetivo como el conjunto de normas promulgadas conforme a la Constitución, que prevén la incriminación de comportamientos calificados como delictuosos y las sanciones (penas y medidas de seguridad) previstas como las consecuencias jurídicas más importantes para esos comportamientos."*[26]

2.2 Derecho Penal en sentido subjetivo

Siguiendo la línea de pensamiento abarcada en el apartado anterior, se puede decir que el derecho penal subjetivo no es otra cosa que la posibilidad estatal de ejercer el poder punitivo; es decir, el ius puniendi estatal. Consiste en la legitimidad otorgada de castigar toda conducta desviada del ser humano, previamente tipificada como delito, legitimidad que a su vez tiene su sustento en el poder soberano otorgado a la persona jurídica por excelencia: el estado.

Retomando a CASTILLO, puede afirmarse que el derecho penal subjetivo es el derecho del estado por castigar; el cual a su vez está implícito en su soberanía. Asimismo, el autor menciona que en esa concepción liberal de derecho penal subjetivo, la percepción del ius puniendi varió en relación a épocas anteriores; siendo en nuestra época de suma importancia, la existencia de derechos fundamentales del

[26] CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. (2008). Derecho Penal: Parte General. Editorial Jurídica Continental (1era edición). San José, Costa Rica, pág. 21.

individuo contemplados tanto en la Constitución Política como en tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos.[27]

Siguiendo con la misma línea de análisis, MIR PUIG estima al derecho penal subjetivo como la facultad del estado de dictar y aplicar las normas jurídicas que tienen por finalidad regular ciertas conductas relevantes para la sociedad[28].

Por último, ROCCO en relación con el derecho de punir del estado, indica que es un derecho sobre otra persona y forma parte de la más amplia categoría de los derechos sobre otra personalidad, el cual encuentra su fundamento en la serie de poderes jurídicos represivos y relacionados el uno con el otro, que a su vez viene a constituir la característica consecuencia de cada poder general o particular sobre otra persona.[29]

En concordancia con lo anterior, al concentrarse en el estado la potestad de castigar, mediante la legitimación de los diversos órganos competentes para cumplir dicha función, deviene asimismo aclarar que dicha facultad no sea absoluta, sino que en contraposición, al verse concretizada por medio de decisiones humanas, cual imperfectas que son, es necesario poner límites a dicha facultad, límites que están amparados en los denominados derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos.

Sección C: Política criminal

1. Definición

Según HORMAZÁBAL y BUSTOS, la *"Política criminal es aquel aspecto del control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal."*[30]

---

[27] Ibídem.
[28] MIR PUIG, Santiago. Op, cit, pág. 52.
[29] ROCCO, Arturo. Op, cit, pág. 53.
[30] HORMAZÁBAL, Hernán y BUSTOS, Juan (1997). Lecciones de Derecho Penal: Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta (Volumen 1). Madrid, España, pág. 29.

Como su palabra lo indica, la política criminal surge a raíz de la necesidad del estado de intervenir frente a las conductas que puedan surgir en la sociedad, que conlleven implícita una transgresión de los bienes jurídicos declarados en la ley (en sentido amplio). Es decir, corresponde al estado de definir en forma paralela con otros actores sociales, cuáles serán los modelos a seguir en la lucha por prevenir el crimen y su forma de contrarrestarlo. La obligación del estado de definir los modelos a utilizar en la lucha contra el crimen, tiene su fundamento en que ante cualquier conflicto social, el estado debe desarrollar la posible solución y prevención. Esa iniciativa que debe tener el estado en conjunto con otros actores sociales, relacionada específicamente con la prevención del crimen, es lo que se denomina como política criminal.

Más recientemente, otros autores han hecho su aporte respecto a la política criminal, tal es el caso de GONZÁLEZ y ORTS, para quienes representa *"El conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad."*[31]

Como se extrae de la definición aportada en el párrafo anterior, la política criminal no sólo se centra en enfrentar los conflictos sociales relacionados con el crimen desde una óptica exclusivamente jurídica, sino que en la consecución de dicho fin convergen aspectos socio-económicos y educativos; así como aquellos todos aquellos relacionados con los derechos humanos. Es decir, toda política criminal en un estado debe estar supeditada a otros problemas sociales que están relacionados directamente con el crimen, como lo son la desigualdad social, las bajas opciones de empleo, la marginalidad, entre otros.

[31] GONZÁLEZ, José y ORTS, Enrique (2011). Compendio de Derecho Penal (Parte General). Editorial Tirant Lo Blanch (3era edición). Valencia, España, pág.49.

SECCIÓN D: Relación del derecho penal con la criminología y la política criminal

1. Relación con la criminología

Como se desarrolló en la sección A del presente capítulo, la criminología tiene por objeto el estudio del crimen, el delincuente, la víctima, así como el control social que se ejerce del comportamiento delictivo; es decir, la criminología en un sentido práctico debe encargarse de encontrar fundadas explicaciones a la realidad del delito.

En concordancia con lo anterior, mientras el derecho penal tiene por función principal llevar a cabo todo el proceso de definición de los bienes jurídicos a proteger en la sociedad, así como la tipificación de normas penales para la protección de dichos bienes; a la criminología corresponde estudiar la razón por la que el individuo decide transgredir los bienes jurídicos protegidos en la ley penal.

> *"Para que el Derecho penal pueda cumplir sus funciones de protección de bienes jurídicos y de control y represión de la delincuencia precisa del auxilio de la criminología en varios momentos: en el de trazar la política criminal más conveniente, en el de formular las normas penales y en los de su aplicación y ejecución."* [32]

Con base en lo anterior, podría decirse que el derecho penal viene a representar el componente estrictamente normativo del sistema penal, y a su vez, la criminología complementa al primero en su estudio del porqué del delito, lo que hace que ambos constituyan una especie de saber interdisciplinario que tienen por función intrínseca la lucha contra la delincuencia.

2. Relación con la política criminal

De acuerdo con la definición extraída de los párrafos anteriores referente a la política criminal, a esta corresponde definir las pautas a seguir por el poder legislativo, a la hora de establecer las conductas que deben tipificarse como delitos y merecedoras de una determinada sanción penal, eso sí, no teniendo este proceso

[32] Ibídem.

como aislado en relación con otros factores de índole social (educativo, desempleo, etc); sino de una forma integrada en la búsqueda de disminuir los índices de criminalidad existente en la sociedad.

Respecto de la relación existente entre derecho penal y política criminal, CUAREZMA y HOUED estiman que *"La política criminal pretende brindar al legislador las pautas a seguir y factores que debe tomar en cuenta, a la hora de decidir si una conducta determinada es merecedora o no de una sanción penal, de tal forma que el Derecho Penal cumpla su función de prevención general y protección del orden social."*[33]

Otro aspecto de gran relevancia que se debe tomar en cuenta a la hora de establecer la relación existente entre derecho penal y política criminal, radica en que el derecho penal pone límites a la política criminal, esos límites encuentran su justificación en la tutela de los derechos fundamentales que deben primar en cualquier posición que se pretenda asumir por medio de la política criminal. Es decir, ninguna política criminal, por más amable que parezca en su finalidad de disminuir los índices de criminalidad en un país, debe ir en contra de los derechos consagrados en nuestra Constitución Política y en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En el sentido anterior, es que se dice que el derecho penal cumple una función limitadora de la política criminal.

En conclusión, tal como lo señalan HORMAZÁBAL y BUSTOS, el derecho penal como disciplina no puede tener como objeto único la norma penal, ya que carece de todo validez en sí misma, sino que su validez proviene de la política criminal en el tanto es esta la encargada de la revisión crítica de la norma desde la realidad social, no sólo de forma previa a la promulgación de la misma, sino también de forma posterior, tomando en consideración el estudio de los fenómenos sociales que deben ser analizados igualmente por la criminología.[34]

---

[33] CUAREZMA, Sergio y HOUED, Mario. Op, cit, pág.60.
[34] HORMÁZABAL, Hernán y BUSTOS, Juan Op, cit, pág.31.

CAPÍTULO II: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PROVENIENTES DE TRATADOS INTERNACIONALES QUE LIMITAN EL PODER PUNITIVO EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN RELACIÓN CON LA PROMULGACIÓN DE LA LEY PENAL

Sección A: Cuestiones previas sobre el alcance del Estado Social y Democrático de Derecho

El derecho penal responde, como todo el ordenamiento jurídico, a los modelos de estado vigentes en determinados momentos históricos[35]. En este apartado, se tratará precisamente dichas relaciones, con el propósito de establecer con posterioridad cómo el momento actual, en el que se ha logrado consolidar el paradigma de Estado Social y Democrático de Derecho lleva aparejado indefectiblemente una modificación en las corrientes doctrinales y en la normativa de punición vigente.

La evolución hacia la forma actual de Estado Social y Democrático de Derecho ha sido lenta y con movimientos pendulares, tal y como lo resume CAMPS[36]. En la actualidad, existe acuerdo general en cuanto a la necesidad de equilibrar la iniciativa privada con la regulación estatal en sectores estratégicos de la economía, a fin de lograr un mejor reparto de la riqueza y así mejorar las condiciones de vida de todos los ciudadanos.[37]

Como bien apunta MIR PUIG, el estado intervencionista no es sinónimo de estado autoritario.[38] Su esencia es asumir un papel activo en las relaciones sociales y ponerse al servicio de cada uno de los habitantes. Esta función no es incompatible con

---

[35] PAVARINI, Massimo. (1998). Control y dominación. Siglo XXI Editores (6ta edición). Distrito Federal, México, pág. 27.
[36] CAMPS, Victoria. (2001). Introducción a la filosofía política. Editorial Crítica. Barcelona, España, pág. 88 ss.
[37] GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (Coordinadora). (1999). "El Estado liberal y su evolución hacia el Estado social": Lecciones de Derecho Político I. Editorial Crítica. Madrid, España, pág. 92.
[38] MIR PUIG, Santiago. Op, cit, pág. 33.

los límites que impone el estado de derecho, que igualmente está al servicio de la ciudadanía.[39]

Sí resulta importante aclarar que, en la mayoría de los casos, cuando en un texto constitucional se establece la obligación por parte de los entes públicos, de velar por un nivel social y económico digno e igualitario para todos, no pasar de ser una bella declaración de principios sin que la realidad fáctica sea acorde con la realidad normativa.

En vista de lo anterior, se dejarán de lado las formas preestatales de organización política y las anteriores a la democracia moderna, para comenzar a partir de las conquistas tras la Revolución Francesa.

1. El Estado liberal

Tras las conquistas republicanas de la Revolución Francesa, la tarea prioritaria de la nueva clase gobernante consistía en separar tajantemente las funciones administrativa, judicial y legislativa,[40] que con anterioridad estuvieron concentradas en el monarca absoluto, y en garantizar las libertades que la burguesía tanto había reclamado, fundamentadas en las tesis del contrato social.[41]

De ahí que la primera labor que emprendió el nuevo orden político fue proclamar derechos individuales que debían ser respetados en aras de considerar legítima la autoridad estatal[42], la mayoría de ellos, con un marcado talante económico como la libertad de comercio, de contratación y la inviolabilidad de la propiedad privada[43], pero sin olvidarse de otros quizás más importantes como la libertad de

---

[39] Ibídem.
[40] GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. Op, cit, pág. 93-94.
[41] PÉREZ LUÑO, Antonio. (1998). Los Derechos Fundamentales. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España, pág. 36.
[42] PÉREZ LUÑO, Antonio. Op, cit, pág. 38.
[43] FERRAJOLI, Luigi. (1999). Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid, España, pág. 42 ss.

opinión, de expresión y las garantías para un juicio justo[44]. De esta manera, el poder queda subordinado al derecho, el cual le otorga sus márgenes de actuación.

Así las cosas, se puede deducir que la labor que correspondía al Estado consistía únicamente en vigilar que el desarrollo de la producción no violara las reglas del juego limpio y así no afectar las leyes de la oferta y la demanda.

Se avanzó también, en la participación de los ciudadanos en la formación de las leyes mediante la elección popular de parlamentarios que los representaran. De una concepción teocrática del poder, donde el monarca era el emisario divino en la tierra, se pasa a una concepción antropocéntrica, donde tiene prevalencia superior el ser humano como tal.[45] Ya no van a existir los súbditos sometidos al poder monárquico absoluto heredado de la divinidad; a partir de ahora, gobernantes y gobernados se encontrarían sometidos al imperio de la ley.[46]

La fórmula liberal se enfrenta contra serios cuestionamientos al percatarse la sociedad, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo diecinueve con la influencia de las teorías marxistas, que el libre mercado no genera igualdad, sino todo lo contrario[47], y que cada vez sectores más grandes de la población reivindicaban prestaciones esenciales por parte del estado para llevar unas condiciones de vida dignas.[48] En razón de lo anterior, se produjo un distanciamiento entre los procesos de acumulación de riqueza y reproducción de las fuerzas de trabajo.

La situación se hace insostenible en los períodos posteriores a las dos guerras mundiales, cuando una grave depresión económica a nivel internacional acelera un replanteamiento del esquema de organización vigente hasta ese momento.[49] El estado

---

[44] Entre los derechos fundamentales strictu sensu, se encuentran, según el propio Ferrajoli, todos los derechos de libertad, como el derecho a la vida y todos los derechos civiles y políticos. Véanse obra y lugar citados del mismo autor.
[45] CAMPS, Victoria. Op, cit, pág. 88.
[46] GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. Op, cit, pág. 95.
[47] GARCÍA PELAYO, Manuel. Op, cit, pág. 24 ss.
[48] MARTÍNEZ DE PISÓN, José. (2001). Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España, pág. 180.
[49] PÉREZ LUÑO, Antonio. Op, cit, pág. 39-40.

comienza a asumir gran parte de los servicios que antes se dejaban en manos privadas como salud, educación y hasta empleo; siguiendo la hipótesis de PÉREZ LUÑO, en el sentido de considerar que: "*la convivencia social debe perfeccionarse a través de la actuación del Estado tanto en el ámbito económico como en el político*."[50]

2. El Estado social

Como ya se adelantó, las crisis económicas de las primeras décadas del siglo veinte evidenciaron las deficiencias prácticas de la teoría del libre mercado.

Es por ello que, en un giro radical, el estado deja de lado su papel de simple gendarme de las relaciones sociales y económicas para intervenir decididamente en ellas a fin de extender la procura asistencia a toda la población.[51] En algunos casos, se promulgan leyes reguladoras que limitan la autonomía privada y en otros invierte directamente mediante empresas públicas en sectores que el capital privado ve como poco rentables por los altos costos en los que se habría de incurrir.[52]

Como tesis de principio, el intervencionismo estatal se limitaría a procurar la creación de condiciones favorables para el desarrollo de cada ciudadano, eliminando progresivamente las fuentes de desigualdad económica y social,[53] logrando así con ello consolidar los derechos sociales a la par de los derechos civiles y políticos como fundamentales.

La base de este modelo de estado se sustenta, en opinión de GARCÍA PELAYO, en la justicia distributiva. Mientras que el liberalismo procuró contener la expansión estatal en favor de los derechos individuales, la vigencia de los valores sociales se asegura por la acción del estado. Al respecto indica: "*allí se trataba de proteger a la*

---

[50] Ibídem.
[51] MARTÍNEZ DE PISÓN, José. Op, cit, pág. 180. Del mismo autor, "Los derechos sociales: retórica y realidad" en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales número 170, pág. 146.
[52] Sobre el particular, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. (1981). Curso de Derecho Administrativo II. Editorial Civitas (2da edición). Madrid, España, pág. 68.
[53] RUIZ, Miguel. (1994). Derechos liberales y derechos sociales en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 15-16, pág. 653 ss.

sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado"[54]. En ese sentido, se puede decir que se produce una mediación estatal para la lucha de clase entre obreros y sector patronal, de manera que cualquier reivindicación de los primeros se dirija al propio estado a fin de que intervenga políticamente.

El estado social, sin embargo, entró en un período crítico al convertirse en un benefactor mal entendido de la colectividad. La consecuencia inmediata se tradujo en un mal manejo de los fondos públicos que agudizó todavía más la difícil situación de la economía y la incapacidad de canalizar, y mucho menos satisfacer, todas las demandas ciudadanas.[55]

Adicionalmente, en muchas ocasiones, la iniciativa privada y las libertades fundamentales se vieron coartadas por los excesos reguladores del estado.[56] En nombre del bien común, se cayó en un autoritarismo que generó varias dictaduras, especialmente en América Latina.

3. El Estado Social y Democrático de Derecho

El Estado Social y Democrático de Derecho procura sintetizar los aspectos más positivos de los dos esquemas anteriores, sin que se pueda tomar como una mera adición de elementos. Más bien, las tres nociones se influyen de modo recíproco.

El aspecto social implica la acción positiva y efectiva del poder público tendiente a conseguir una igualdad material de los ciudadanos en cuanto a los mínimos indispensables[57] y a la obtención de oportunidades para un desarrollo total de su personalidad, interviniendo en la economía y en la distribución de la riqueza a través de regulaciones oportunas y necesarias.[58]

---

[54]GARCÍA PELAYO, Manuel. Op, cit, pág. 27.
[55] MARTÍNEZ DE PISÓN, José. Op, cit, pág. 180.
[56] GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda Op, cit, pág. 106.
[57] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., pág. 66.
[58] Sentencia de la Sala Constitucional, resolución número 550 del año mil novecientos noventa y cinco.

El establecimiento del estado social está directamente relacionado con el fin de lograr la igualdad[59], entendida como igualdad real o efectiva. De ahí que,

> *"(...) al contrario de las técnicas del Estado de Derecho, que consagran fundamentalmente prohibiciones para la acción estatal y una abstención de éste frente al individuo y a la sociedad, los modos de operar del Estado social implican una prohibición al individuo o una prestación y participación estatales, que crean y distribuyen la riqueza. Dentro de esta óptica, el Estado asume un papel más activo y beligerante en los terrenos económicos y social".*[60]

Análogamente, se garantiza el disfrute y la protección de los derechos sociales además de las tradicionales libertades públicas individuales[61], pues, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional costarricense, "*en la Constitución subyacen y coexisten el orden público político (organización esencial del Estado, de la propiedad y de la familia), el orden público social (intervención del Estado para salvaguardar los intereses de grandes sectores de la población), y más tenuemente, también el orden público económico (la actividad del Estado encaminada a fomentar el sistema económico prevaleciente)*."[62]

El componente democrático equivale a la plena participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y a la exigencia de una pluralidad ideológica representativa de las distintas concepciones acerca de lo que es el estado, el ser humano y las relaciones entre ambos.[63] Se mantiene igualmente la división de poderes, ya que los funcionarios que dictan las leyes no pueden ser los mismos que vigilen su cumplimiento ni los que sancionen su violación.

---

[59] Numeral 33 de la Constitución Política.
[60] HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (1993) El Derecho de la Constitución. Editorial Juricentro (Volumen I). San José, Costa Rica, pág. 324.
[61] JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1999). Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Editorial Tortta. Madrid, España, pág. 122.
[62] Sala Constitucional, resolución número 479 del año mil novecientos noventa.
[63] En ese sentido, FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., pág. 36.

Finalmente, el Estado Social y Democrático de Derecho implica el absoluto respeto a la normativa vigente[64], con la Constitución en la cúspide, y la posibilidad de exigir responsabilidades tanto políticas como jurisdiccionales a los gobernantes y demás funcionarios por los actos en el ejercicio del mandato ciudadano. Se consolidan asimismo tribunales constitucionales e instituciones y órganos administrativos que tienen por función principal vigilar y defender el goce de los derechos fundamentales.

Ahora bien, es importante tener claro que un estado de derecho no es un estado de leyes en sentido estricto. En palabras de FERRAJOLI, se trata "*de la sujeción del derecho al derecho generado por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial (...)*"[65] En afinidad con lo anterior, cualquier cuerpo legal que venga dictado por los órganos legislativos habrá de pasar por el tamiz de los principios constitucionales con conforman el bloque de constitucionalidad resguardado por la Sala Constitucionalidad.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha reconocido los principios que conforman un Estado Social y Democrático de Derecho, señalando que cualquier norma o acto público, para resultar válido desde el punto de vista constitucional, "*debe ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.*"[66]

En ese sentido, la Constitución como norma suprema marca el terreno de juego de la sociedad políticamente organizada; es decir, establece la forma de gobierno que la mayoría democrática ha elegido, al mismo tiempo que consagra los derechos fundamentales de índole individual y social, de todos los ciudadanos y los mecanismos

---

[64] Así, MIR PUIG, Santiago. Op. cit., pág. 31.
[65] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., pág. 37.
[66] Sala Constitucional, resolución número 1739 del año mil novecientos noventa y dos.

de defensa contra eventuales violaciones a éstos por parte de las autoridades públicas. De la misma manera, el legislador constituyente plasma de manera expresa el fin que el estado tiene que perseguir, que tal y como lo cita JIMÉNEZ OCAMPO, es la búsqueda del bien común, en todos sus actos y cuerpos normativos.[67]

Como bien lo ha establecido la propia Sala Constitucional, "*el derecho no es simplemente un agregado de derechos subjetivos; también lo conforma un orden de convivencia -objetivo-, razonable y democrático, expresión de los valores del Estado Social de Derecho (artículos 74 y 50 de la Constitución). El orden desvinculado de los derechos de las personas es dictatorial; la tutela de derechos subjetivos sin sujeción a un sentido objetivo de la justicia es el reino de los más fuertes. Ambos extremos son ajenos a la constitución, vigilante tanto de los principios esenciales de la justicia como de los derechos subjetivos fundamentales: Autoridades y libertades han de encontrar en todas las tareas estatales, no se diga en las jurisdiccionales, su difícil y siempre inestable equilibrio.*"[68]

4. El Estado Social y Democrático de Derecho en la Constitución Política

Contrario a lo que sucede en otras latitudes, la Constitución Política de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949 no contiene ningún pronunciamiento expreso sobre el Estado Social y Democrático de Derecho. Dicho carácter se desprende de un conjunto de normas y de la interpretación que, a partir de 1989, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado.

El artículo 1 de la Norma Fundamental estipula que Costa Rica es una república democrática[69], libre e independiente. Asimismo, en el artículo 9 podemos leer que el gobierno costarricense es popular, representativo, alternativo y responsable, que el gobierno es ejercido por tres Poderes distintos e independientes entre sí, que no

---

[67] Así, JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Op. cit., pág. 129.
[68] Sala Constitucional, resolución número 5386 del año mil novecientos noventa y tres.
[69] De acuerdo con Ferrajoli, "a falta de derechos políticos, no tendría sentido, aún en presencia de las otras tres clases de derechos (liberal, social y civil), hablar de "democracia". Esto quiere decir que la democracia es, ante todo y necesariamente, "política"; que la dimensión política es coesencial a la democracia; que la democracia es siempre -también o tan sólo- "democracia política". Vid. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., pág. 343.

pueden delegar en los otros las funciones que le son propias: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La obligatoriedad de los funcionarios de cumplir los deberes que la Constitución y las leyes les imponen, sin que puedan arrogarse facultades que no les corresponden, la encontramos en el artículo 11, cuyo párrafo segundo establece que los poderes públicos estarán sometidos a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes.

Aunado a lo anterior, el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos está consagrado en el artículo 33 y se encuentra prohibida cualquier discriminación contraria a la dignidad humana. La igualdad, en palabras de FERRAJOLI, es producto del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres;[70] no obstante, hay que recordar que las leyes las promulgan los hombres, lo que deriva en un serio problema en la búsqueda de dicho ideal definido por el autor.

La dimensión social del estado costarricense está en los artículos 50 y 74. A través del primero de ellos, se consagra el deber de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.[71] En el mismo sentido, el artículo 74 proclama que los derechos sociales son irrenunciables y no excluyen otros que puedan derivarse del principio cristiano de justicia social. Estos derechos de naturaleza social, según la misma norma, se aplican por igual a todos los factores del proceso de producción, con el propósito de lograr una política permanente de solidaridad nacional.[72]

---

[70] Agrega este autor lo siguiente: "Somos iguales según la ley en la medida en que somos titulares de las mismas situaciones que ésta dispone de forma universal: sean libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones." Vid. FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Op. cit., pág. 329 - 330.

[71] Cfr. JIMENEZ CAMPO, Javier. Op. cit., pág. 129-130.

[72] Siempre en opinión de Jiménez Campo, el carácter jurídico de estas normas se halla fuera de todo cuestionamiento y su trascendencia constitucional radica en que "confieren al legislador la capacidad de intervenir en determinados ámbitos sociales y económicos, también garantizados por la Constitución, y de introducir en ellos, para el cumplimiento de los objetivos que marcan, excepciones o limitaciones cuya legitimidad, de otro modo, podría ser objeto de controversia." Ibíd., pág. 130 -131.

Con base en estas normas, la jurisprudencia constitucional ha establecido, en relación con el paradigma de Estado vigente en Costa Rica, que: "*Interviene el Estado a fin de asegurar en la sociedad, su organización moral, política, social y económica. En nuestra Constitución son varias las referencias a ese tópico, como por ejemplo, las reglas sobre la materia electoral, la organización de los poderes públicos y sus relaciones recíprocas, la protección de la familia y los desamparados; y en lo que atañe a la producción especial de los sectores económicamente débiles, las relaciones obrero patronales, la preocupación de la vivienda popular, la educación pública; y también la legislación derivada, en lo que se refiere a la materia inquilinaria, el control de precios en los artículos de consumo básico y la producción y comercialización de ciertos cultivos, básicos para la economía del país, como el café, la caña de azúcar, a manera de ejemplo. El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza", lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado social de Derecho.*"[73]

En otra ocasión, y refiriéndose concretamente al artículo 50, la Sala Constitucional expresó que "*la Constitución vigente, en su artículo 50, consagra un criterio importante en esta materia, dando fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, en el tanto no resulte incompatible con el espíritu y condiciones del modelo de "economía social de mercado" establecido constitucionalmente, es decir, se postula en esa norma, y en su contexto constitucional, la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, permitiéndose al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un "adecuado" reparto de la riqueza.*"[74]

---

[73] Sala Constitucional, resolución número 1441 del año mil novecientos noventa y dos.
[74] Sala Constitucional, resolución número 550 del año mil novecientos noventa y cinco.

Sección B: Principios Constitucionales y provenientes de tratados internacionales que limitan el poder punitivo en un Estado Social y Democrático de Derecho en relación con la promulgación de la ley penal

1. Principio de dignidad humana

1.1 Definición

La concepción de dignidad humana tuvo su aparición no sólo en el derecho internacional sino también en el derecho constitucional, a partir de la Constitución federal de la República Federal de Alemania de 1949, así como también en el derecho positivo interno a nivel de la legislación de varios países.[75]

De momento, resulta conveniente recordar el análisis del concepto de dignidad humana hecho en el Concilio Vaticano II y por los últimos pontífices, del que puede ser un ejemplo el discurso de Juan Pablo II en las Naciones Unidas, el 2 de octubre de 1979, en el que dijo:

> *"El conjunto de los derechos del hombre corresponde a la sustancia de la dignidad del ser humano, entendido íntegramente y no reducido a una sola dimensión. Se refiere a la satisfacción de las necesidades esenciales del hombre, al ejercicio de sus libertades, a sus relaciones con otras personas. Pero se refiere también, siempre y dondequiera que sea, al hombre, a su plena dimensión humana".*[76]

Otra precisión preliminar es necesaria. En efecto, es imperativo para evitar errores conceptuales, distinguir entre la dignidad intrínseca o inherente que pertenece necesaria e ineludiblemente a todo ser humano y la dignidad que puede darse o no en la conducta de un ser humano.

---

[75] HABERLE, Peter. (2001). El Estado Constitucional: la Dignidad Humana como Proceso Antropológico Cultural y la Vinculación entre Dignidad Humana y Democracia. Editorial de la UNAM. Monterrey, México, pág. 287.

[76] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (1986). Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas: *La Dignidad de la Persona*. Editorial Civitas. Madrid, España. Capítulo II. 3.

Esta distinción, entre ontología de la dignidad, siempre existente, y axiología respecto de la dignidad de una conducta, ha sido puesta de manifiesto por el filósofo uruguayo, ARTURO ARDAO en los términos siguientes:

> *"Pero en todo momento, cualquiera sea su edad o su normalidad —y cualquiera sea su grado de dignidad o de indignidad moral— ostenta aquella interior dignidad que le viene, no de ser un hombre de dignidad, sino de tener la dignidad de un hombre. Semejante dignidad anterior independiente de la dignidad moral, que ni se conquista ni se pierde, es una dignidad, a diferencia de aquélla, ontológica tanto como axiológica. En otros términos: no ya axioética como la dignidad moral, sino, originariamente, axioontológica".*[77]

De acuerdo con la frase citada en el párrafo anterior, todos los derechos humanos en el mundo actual, pese a los diversos componentes políticos, filosóficos y religiosos y a las diferentes tendencias culturales, se fundamentan en su imperativo universalismo, en la dignidad humana.

A este respecto, indica GROS ESPIELL: *"Todos los derechos humanos invocan una naturaleza común derivada de la necesidad del respeto integral de la dignidad humana"*[78]. Esta naturaleza común hace de la dignidad humana el elemento que permite *"una concepción común"* de los derechos humanos, concepción común invocada en el párrafo séptimo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pero la dignidad humana ontológicamente inherente o intrínseca a la persona humana, no es únicamente el fundamento de todos los derechos humanos. No sólo es en ella donde se encuentra la base de una concepción común y universal —pese a las diferencias religiosas, regionales, ideológicas y tradicionales— de los derechos humanos. La dignidad humana es, además, el objeto de un derecho específico. Hoy en día, ha sido proclamado expresamente en dos instrumentos internacionales (Pacto de

---

[77] ARDAO, Arturo. (1980). El Hombre en Cuanto Objeto Axiológico, en El Hombre y su Conducta, Ensayos Filosóficos en Honor de Risieri Frondizi. Editorial Universitaria Upred, Caracas, Venezuela, pág. 73-74.

[78] GROS ESPIELL, Héctor. (1985). Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional, en Estudios de Derechos Humanos. Caracas, Venezuela, pág. 11.

San José y Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos), un derecho a que se reconozca, se considere, se proteja y no se viole, la dignidad inherente a toda persona. Es el derecho a la dignidad.

A la dignidad ontológicamente considerada, a la dignidad como ser, ya que al contrario no puede haber un derecho, ni, paralelamente, la obligación, a tener una conducta digna, es decir a un enfoque axiológico de la dignidad, como conducta en la vida, que resulta del libre albedrío individual y que puede ser digno o indigno, sin que jamás se pierda, en cambio, la dignidad inherente al ser de la persona humana.

La dignidad humana, fundamento y base de una concepción común de los derechos humanos, no es sinónimo de éstos. Es un concepto entrañablemente unido a ellos y, en consecuencia, inseparable de su naturaleza, declaración, promoción, respeto y protección, pero no es lo mismo. La dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que ésta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales.

La negación o el desconocimiento de uno, de algunos o de todos estos derechos significan la negación y el desconocimiento de la dignidad humana en su ineludible e integral generalidad. La dignidad es un atributo de las personas humanas, de todos los seres humanos, sin ningún tipo o forma de discriminación.

Pero es, también, un atributo de los pueblos que en cuanto personas jurídicas colectivas, sujetos de derecho internacional, son también titulares de una dignidad propia, que es el fundamento de los derechos de los pueblos. La dignidad humana es la que hace que la persona humana sea en sí misma un fin y no un medio para alcanzar fines de otros sujetos de Derecho.[79]

La dignidad humana, inherente de la personalidad humana, pertenece por igual a todos los seres humanos, sin que sea admisible ninguna forma de discriminación al

[79] DEL PIAZZO, Carlos. (2001). Dignidad Humana y Derecho. Editorial de la Universidad de Montevideo, Montevideo. Montevideo, Uruguay, pág. 27.

respecto. La dignidad humana apareja el necesario respeto de la dignidad del cuerpo humano.

La dignidad, inherente o intrínseca, es un atributo constitutivo e inseparable del ser humano y en consecuencia siempre inviolable. No puede, por ende, ser negada o desconocida ni total ni parcialmente, ni ser limitada, en ninguna ocasión o circunstancia. Todo acto, conducta o acción violatoria de la dignidad humana es en sí misma, por su naturaleza, ilegítima. La dignidad no puede nunca ser desconocida, negada o limitada en ninguna circunstancia o estado de excepción, porque no puede separarse de lo que la persona humana, ineludible y necesariamente, es.

Al tratar de los instrumentos internacionales de carácter intergubernamental en materia de derechos humanos que hacen referencia a la dignidad humana, son numerosos los instrumentos que de una u otra manera la invocan.

1.2 Instrumentos de carácter universal

En el mundo que renació tras el fin de la II Guerra Mundial, uno de los primeros instrumentos internacionales que usó la palabra dignidad fue la Carta de las Naciones Unidas en 1945. Así las cosas, en 1948, la histórica Declaración Universal de los Derechos Humanos utilizó el concepto de dignidad humana.

Según GROSS SPIELL, la referencia a la dignidad humana no se encontraba en los antecedentes de proyectos de anteriores declaraciones universales de derechos humanos, como, por ejemplo, en la *"Declaración Internacional de los Derechos del Hombre",* adoptada en 1929 por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Nueva York, ni en los primeros proyectos que comenzó a considerar la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1947. Fue justo después del primer proyecto de René Cassin, durante la discusión de este texto en la Comisión, cuando la

palabra dignidad humana se incluyó en el Preámbulo —que no existía en el anteproyecto del Profesor Humphreys— y en el artículo 1.[80]

La Declaración de 1948 invocó la dignidad humana en varias ocasiones. En el Preámbulo lo hizo en dos ocasiones. Su párrafo primero dice:

> *"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".*

Y su párrafo quinto establece:

> *"Considerando que lo pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad".*

En la parte dispositiva, el artículo 1 dispone:

> *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".*

Fue en este artículo donde la palabra dignidad apareció, por primera vez, en la parte dispositiva de un instrumento internacional de carácter universal. Además de la importancia que se deriva de este hecho, hay que destacar que el concepto de dignidad aparece aquí ligado al principio de igualdad, ya que *"todos los seres humanos son iguales en dignidad*". Toda discriminación, que niegue a algunos seres humanos su dignidad y las consecuencias que de ella se derivan es, por ende, una violación del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

---

[80] GROS ESPIELL, Héctor. (2002). Uruguay y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en Uruguay y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Editorial Unesco. Montevideo, Uruguay, pág. 165.

Después de la Declaración Universal de 1948, es prácticamente imposible encontrar un instrumento internacional relativo a los derechos humanos que no se refiera, invoque o aplique el concepto de dignidad humana.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoció en su Preámbulo que *"estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana".* Asimismo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoció en su Preámbulo que estos derechos *"se derivan de la dignidad inherente a la persona humana".*

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de la Discriminación Racial, del 21 de diciembre de 1965, se refiere a la dignidad en los párrafos primero y segundo de su Preámbulo. El primero, en cuanto considera: *"que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de la dignidad y de la igualdad inherentes a todos los seres humanos (...)"* y el segundo al expresar *"que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)".*

Asimismo, la Convención sobre Tortura del 27 de diciembre de 1985, en el párrafo segundo de su Preámbulo, reconoce que *"los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana emanan de la dignidad inherente de la persona humana".*

La Convención sobre los Derechos del Niño, del 6 de diciembre de 1989 se refiere a la dignidad *"intrínseca"* de todos los miembros de la familia humana, en el párrafo primero de su Preámbulo, concepto que se repite en el párrafo segundo, en relación con la afirmación de ésta hecha en la Carta de las Naciones Unidas.

La Declaración de la Conferencia de Viena (1993), en el párrafo segundo de su Preámbulo, reconoció y afirmó que *"todos los derechos humanos derivan de la dignidad inherente a la persona humana y que ésta es el sujeto esencial de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (...)".* El capítulo B de su parte II, titulado *"Igualdad, Dignidad y Tolerancia",* sitúa bajo la invocación determinante de la dignidad, todas las

medidas por adoptar contra el racismo, la discriminación, la xenofobia, la protección de las minorías, el igual status y los derechos de la mujer, los derechos del niño, la condena de la tortura y los derechos de los discapacitados.

1.2 Instrumentos de carácter regional

En lo que refiere a instrumentos de carácter regional que regulan el principio de dignidad humana; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, en mayo de 1948, se refiere a la dignidad en el primer párrafo de su Preámbulo, que dice:

> *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros".*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), emplea la palabra en el artículo 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), cuyo primer párrafo señala:

> *"Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".*

Además del artículo 11, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al prohibir toda interpretación que excluya o limite el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 29 d), afirma la necesidad de respetar, al interpretar la Convención, la igual dignidad de todos los hombres invocada en el párrafo primero del Preámbulo de esta Declaración.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), se refiere a la dignidad en dos ocasiones. El párrafo tercero de su Preámbulo dice:

> *"Considerando: la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que*

encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, invoca la dignidad humana en el párrafo 2 de su Preámbulo que dice:

"Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos".

En conclusión; la dignidad, reconocida en el derecho internacional a todos los seres humanos, se ha invocado, también como un derecho de los pueblos. A esta dignidad, inicialmente sólo referida como tal mediante la utilización de la palabra, —sin perjuicio de lo cual se ha entendido que ha constituido y constituye el fundamento de todos los derechos humanos, además de ser la base de una concepción común y universal de tales derechos—, se le ha ido atribuyendo, un contenido específico y consecuencias concretas; cuya esencia consiste en considerar al ser humano un fin en si mismo, y no un medio para obtener el fin de otros seres humanos.

2. Principio de Igualdad

La idea de igualdad está siempre relacionada con la justicia. Se reconoce al otro como igual, es decir, merecedor del mismo trato que cada individuo considera recibir. Toda persona es igualmente digna que las otras y por lo tanto debe tener los mismos derechos frente al estado. La igualdad como principio fundamental es asiento

insustituible en la ideología liberal del moderno concepto de Estado Social y Democrático de Derecho que se analizará en el siguiente capítulo.[81]

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada.[82] La igualdad empieza a reconocerse a partir de la idea de que todos los hombres y mujeres somos dignos y merecemos un mismo trato.

Al respecto, BUSTOS expresa: *"no es necesario para rebatir la afirmación de que todos los sujetos son iguales ante la ley, que ella rige para todos y con la misma intensidad respecto de cada ciudadano, recurrir al planteamiento de que la justicia es una justicia de clases y que consecuentemente las leyes penales son expresión del poder de una clase y, por tanto, no pueden recaer sobre ella, sino sobre la clase sometida".*[83]

Dejando de lado estas críticas, se advierte que el principio de igualdad tiene plena consagración constitucional y se convierte por ello en un programa por alcanzar. A través de su entendimiento se deben revelar todos los procesos de discriminación con el objeto de establecer las garantías correspondientes para ir en su búsqueda, sin perder de vista que tal principio tiene precisamente asiento en la idea de la *dignidad humana.*[84] La dignidad de la persona es el núcleo del principio de igualdad y del derecho a un trato no discriminatorio, además es entendida como un principio que guía e informa la garantía del derecho a la igualdad.

Según FERRAJOLI, atribuye al principio de igualdad jurídica, la característica de ser un principio moderno, cuyos elementos constitutivos son el valor primario de la

---

[81] Esta caracterización del Estado, formulado jurídicamente como Estado social democrático de derecho, permitirá el desarrollo de un derecho penal de especiales características, que impone el límite inmodificable de los derechos fundamentales del individuo.

[82] Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. (2005). El derecho de los derechos. Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, pág. 257.

[83] BUSTOS RAMIREZ, Juan. (2008). Derecho Penal, (Control social y sistema penal). Editorial Leyer. (Tomo II). Bogotá, Colombia, pág 8.

[84] El principio de igualdad permitió la transformación de la sociedad prerrevolucionaria, conformada por un amplio conglomerado de diversos estamentos en un solo pueblo compuesto de ciudadanos iguales desde el punto de vista jurídico, pero que se convirtió rápidamente en una verdadera cobertura formal que buscaba ocultar las manifiesta desigualdades, propiciadas por el asenso al poder de una nueva clase social -la burguesía- y el sometimiento de otra clase mayoritaria: el proletariado.
Así en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (2010). "Manual de derecho penal. parte general". Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, Colombia, pág. 70.

persona y el consiguiente principio de tolerancia. Se trata, dice, de *"un principio complejo que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales, sin distinciones de sexo, raza, idioma, religión. En este sentido igualdad y diferencia, no solo no son antinomias sino que se implican recíprocamente. El valor de la igualdad consiste, precisamente, en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás".*

Importa también resaltar, como lo dice CARRASQUILLA, que *"para entender mejor el concepto de igualdad, debe partirse de la idea de que la igualdad se dice siempre con relación a algo positivo con respaldo a lo cual somos iguales, careciendo de sentido como igualdad en algo negativo (igualdad de todos frente a las reglas infames)".*[85]

La igualdad como principio, derecho y garantía, en materia penal, tiene consagración positiva en los tratados internacionales sobre derechos humanos, en el texto mismo de nuestra Carta Magna y en Código Penal, de procedimiento penal y penitenciario.

En síntesis, la igualdad en materia penal, forma parte del derecho positivo en Costa Rica como principio fundamental, derecho fundamental y norma rectora, razón por la cual tiene el carácter de norma jurídica superior, que rige de manera particular sobre las normas del ordenamiento penal, constituyéndose en un límite a la intervención punitiva del Estado en la esfera de la libertad de los individuos, por lo tanto en una garantía de éstos frente a aquel.

3. El principio de proporcionalidad

En el estado constitucional se incorporan los valores que legitiman externamente al ordenamiento jurídico, en forma de normas positivas con rango constitucional, bajo la modalidad de principios; en el derecho penal, algunos de estos valores constitucionales, también son formulados dentro de los propios códigos bajo

[85] Cfr. FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. "Derecho penal. parte general". Op cit, pág. 367.

el título de normas rectoras, las cuales son entonces reflejo del contenido axiológico que la constitución impone al sistema penal, como parámetros de legitimación y límite al ejercicio del ius puniendi. De aquí la importancia de los principios constitucionales de proporcionalidad[86], razonabilidad y necesidad, que orientan la aplicación de las penas y que se encuentran enunciados en el Código Penal.

Con relación al principio de proporcionalidad en materia penal, debemos enfatizar que adquiere una importancia mayúscula tomando en cuenta la relación del derecho punitivo con los derechos fundamentales. Se admite que la libertad es el punto de partida de la vida en sociedad, es la regla general y sólo puede ser restringida excepcionalmente por la ley, cuando otras razones constitucionales así lo exijan.

Tal y como lo señala PEDRAZ PENALVA, el principio de proporcionalidad *"es formulado como criterio de justicia de una relación adecuada medios-fines en los supuestos de injerencias de la autoridad en la esfera jurídica privada, como expresión de lo cometido, de lo justo, de acuerdo con un patrón de moderación que posibilite el control de cualquier exceso mediante la contraposición del motivo y de los efectos de la intromisión"*.[87]

De conformidad con la posición del autor citado anterior, se puede decir que el principio de proporcionalidad viene a cumplir una función limitadora del poder estatal, resultando un equilibrio entre el derecho de castigar del estado y los derechos de las personas sometidas a esa facultad de castigar, en un caso concreto.

En concordancia con lo anterior, RIVERO SÁNCHEZ sostiene que *"el legislador no puede definir cuándo y cómo se le antoje cuáles conductas deben ser consideradas como delito, ni tampoco es libre de reprimir indiscriminadamente esas conducta con las*

---

[86] CLAUS, Roxin. (2006). Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, España, págs. 895-925.
[87] PEDRAZ PENALVA, Ernesto. (1990). Constitución, Jurisdicción y Proceso. Editorial Akal S.A. Madrid, España, pág. 292.

penas y medidas de seguridad que arbitrariamente decida imponer, sin lesionar al mismo tiempo con ello el principio de prohibición de exceso".[88]

De esta manera, se concluye que detrás de toda tipificación de una conducta como delictiva y merecedora de una determinada sanción, debe existir todo un fundamento por parte de los órganos legitimados para ello, del porqué una determinada conducta debe considerarse delito, y el porqué se debe imponer una sanción o pena específica. Ahora bien, es importante considerar que la función de promulgar la ley penal, recae en el legislador, quien cumple dicha función por medio del poder legislativo.

Tal y como se ha venido describiendo, el principio de proporcionalidad tiene sus bases en el esquema medio-fin, el cual busca garantizar que para alcanzar un fin acorde con el ordenamiento constitucional, deben ser utilizados los medios idóneos, o dicho de otra manera, proporcionados. En su esencia, el principio en estudio no busca nada más que evitar una intromisión excesiva por parte del estado.

Este principio cobra una enorme importancia en el ámbito de las sanciones penales, por las gravosas consecuencias que ellas acarrean para los sujetos que tienen que sufrirlas (estigmatización, privación de derechos fundamentales, marginalización, pérdidas de la identidad y autoestima, entre otros). Por ello puede afirmarse que el recurso al derecho penal tiene carácter excesivo si la solución del conflicto puede alcanzarse por medios menos gravosos para los derechos fundamentales de las personas. Esta es, como ya se dijo, la idea sobre la que descansa el principio del derecho penal como última ratio.[89]

En este contexto, las ideas de vigencia y validez de las normas se separan, la primera haciendo referencia al cumplimiento de los requisitos formales que imponen los preceptos superiores que indican la forma de producción del derecho; la segunda, apuntando a la compatibilidad del contenido de la ley con los principios y derechos

---

[88] RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. (1998). Penalización del Derecho Civil o Civilización del Derecho Penal?, Nuevo Proceso Penal y Constitución. Editorial de Investigaciones Jurídicas S.A. (1era edición). San José, Costa Rica, pág. 90-91.
[89] RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op, cit, pág. 93.

constitucionales. Es decir, esto quiere decir que el principio de proporcionalidad no sólo está presente a la hora de promulgar la ley penal en su sentido genérico, sino además, en el caso concreto, cuando corresponde al juez establecer la pena en una sentencia judicial.

En letras de LLOBET, el principio de proporcionalidad presenta un *"carácter garantista para los administrados respecto a la actividad estatal, estableciéndose criterios de valoración en el caso concreto para determinar si el interés estatal que se trata de garantizar con la intervención estatal, tiene un carácter preponderante frente a los costos que para el administrado representa la injerencia en sus derechos fundamentales".*[90]

Por tanto, el principio de proporcionalidad es un principio garantista, en el tanto tiene por objeto abogar por el respeto del individuo en todos los ámbitos de intervención de sus derechos fundamentales, siendo obligatorio su cumplimiento por parte de los poderes públicos que conforman el estado.

En relación con el principio de proporcionalidad, es menester acudir a lo señalado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; la cual en reiteradas ocasiones ha delimitado y contextualizado nombrado principio, al determinar: *"(…) La propia jurisprudencia constitucional ha señalado como sus componentes los de: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, considerando que: "... La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y l**a proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la*

[90] LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (1997). La Prisión Preventiva (Límites constitucionales). Editorial Mundo Gráfico. (1era edición). San José, Costa Rica, pág. 265.

norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo…"[91]

Asimismo, la Sala ha descrito que: "(...) *En el caso de las penas, el juez constitucional puede legítimamente revisar, si existe proporcionalidad entre la sanción y la infracción cometida. El propio artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre señala que "la ley no puede establecer sino las penas evidente y estrictamente necesarias". En ese sentido, la sanción impuesta debe constituir una medida estrictamente necesaria para alcanzar el objetivo buscado. Asimismo, la relación entre la infracción y la sanción debe obedecer a criterios objetivos. En ese sentido, la proporcionalidad está íntimamente ligada con la razonabilidad de las normas, siendo uno de sus componentes (…).*"

"Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados (...)"[92]

"Es claro entonces, que en cuanto a la imposición de sanciones penales, tratándose de los supuestos de razonabilidad y proporcionalidad, deben ajustarse al daño o lesión inferida al bien jurídico y las consecuencias que de él se produzcan. (...) Como se ha indicado claramente en la jurisprudencia de la Sala, es al legislador ordinario a quien le corresponde fijar la política criminal, y dentro de ella, las penas como elemento sustancial de la misma. La función de un Tribunal Constitucional en estos casos, se reduce a establecer si el supuesto impugnado, se ajusta o no a los límites señalados de razonabilidad y proporcionalidad de las penas, que tiene todo legislador en una democracia. No le corresponde a la Sala determinar, de ningún modo, el monto de las

---

[91] Sentencia de la Sala Constitucional, número 3933 del año mil novecientos noventa y ocho.
[92] Sentencia de la Sala Constitucional, número 51179 del año mil novecientos noventa y ocho.

penas, ni la forma en que se han de ajustar a parámetros razonables, únicamente puede señalar, cuando éstos últimos han sido excedidos."[93]

Como es bien sabido los principios de razonabilidad y de proporcionalidad se erigen en el Estado Social y Democrático de Derecho como un límite infranqueable a la arbitrariedad. De ahí que hoy es pacíficamente aceptada la teoría de interdicción de la arbitrariedad. Por ello, el ejercicio de las potestades discrecionales no autoriza a ningún órgano o ente a dictar normas y actos arbitrarios, que lesionen principios elementales de justicia y equidad. En este sentido, las leyes, al igual que los actos de la Administración Pública, deben ser idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto. Por otra parte, es tesis de principio en la doctrina más autorizada del Derecho Constitucional y de los Tribunales Constitucionales, así como los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, la vigencia y la aplicación de estos principios.

Al respecto, la Sala ha indicado: *"[...] lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para alcanzar un fin propuesto, es decir es la adecuación mesurada de los medios al fin. Lo razonable es lo justo, lo valioso por su ajuste al valor justicia y a otros valores del plexo axiológico; lo razonable puede ser, también, lo que tiene razón suficiente, lo que es lógicamente válido según las circunstancias del caso. El control de razonabilidad es una forma de examinar la constitucionalidad, porque lo irrazonable, es inconstitucional."*[94]

4. Principio de razonabilidad

En relación con el principio de razonabilidad, RODRÍGUEZ OCONITRILLO ha manifestado: *"(...) la razonabilidad en el Derecho es una técnica valiosa para proteger los derechos verdaderamente fundamentales."*[95] Es así como, se concluye que este principio va de la mano con el principio de proporcionalidad, en una búsqueda de protección del individuo, contra actos emanados del estado que puedan generar lesiones a los derechos fundamentales del ser humano.

---

[93] Sentencia de la Sala Constitucional, número 6805 del año dos mil once.
[94] Sentencia de la Sala Constitucional, número 10174 del año dos mil once.
[95] RODRÍGUEZ OCONITRILLO, Pablo. (1995). Ensayo sobre el Estado Social de Derecho y la interpretación de la Constitución. Editorial del Colegio de Abogados. San José, Costa Rica, pág. 83.

En congruencia con lo anterior, se deriva que el principio de razonabilidad es concebido como una garantía de la libertad, cuya función principal es proteger al individuo de los posibles abusos por parte de los poderes públicos del estado; siendo muy importante, entre otros, vigilar la constitucionalidad de las leyes, como una ponderación entre la libertad individual y los poderes del estado.

El test de razonabilidad, hace referencia a la relación medios y fines, emparejado al principio de proporcionalidad, o bien a la relación supuesto de hecho-consecuencia jurídico- fin de la norma. Ello conlleva a que la creación o aplicación del derecho es racional, si sus fines son legítimos, justos o aceptables. De esta forma, una ley es racional si los fines perseguidos y los medios para lograrlos, tienen como fundamento el respeto a los Derechos fundamentales del ser humano.[96]

Dentro de la razonabilidad de las leyes, se distinguen dos categorías de razonabilidad jurídica: la razonabilidad de la ponderación y la razonabilidad de la selección, dándose cada una en la valoración que hace el legislador al dictar la norma.[97]

La razonabilidad de la ponderación hace referencia a la igualdad o equivalencia axiológica entre la descripción de las situaciones fácticas que van a ser reguladas por la norma y la descripción de la conducta o conductas que configuran el deber ser o conducta deseada, así como entre el *"entuerto como no prestación"* del deber ser y la sanción impuesta por ello. Dicho en otros términos, se trata de cierta igualdad o equivalencia axiológica entre el antecedente y el consecuente de endorma y perinorma, que le dan a la norma el valor de justa.[98]

Asimismo, la razonabilidad en la selección consiste en la determinación del hecho antecedente de la norma, o sea los supuestos de hecho que una norma cobija, siendo que al ser determinados por el legislador, pueden dejarse por fuera situaciones

---

[96] RODRÍGUEZ OCONITRILLO, Pablo. Op, cit, pág. 89.
[97] LINARES, Juan Francisco. (1970). Razonabilidad de las leyes El "Debido Proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina. Editorial Ad Astrea (2da edición). Buenos Aires, Argentina, pág. 114.
[98] LINARES, Juan Francisco. Op, cit, pág 115-116.

iguales a las normadas. Así, pese a ser iguales, quedarán reguladas de forma diversa, con lo que se introduce una distinción que debe valorarse con base en parámetros de justicia o razonabilidad. Se trata por lo tanto del principio de la igualdad ante la ley.[99]

Ahora bien, retomando la razonabilidad ponderativa de la ley, LINARES señala que: *"...debe darse antes de la valoración jurídica, una valoración técnico-social, que consiste en los motivos que llevaron a la promulgación de esa norma y que es el fundamento de la valoración jurídica."*[100] Es decir, debe existir una valoración entre las restricciones como que se pretenden imponer y los fines que la norma intenta alcanzar, de manera que no concluyen en arbitrarias sino razonables, esto es proporcionadas a las circunstancias o motivos que las originan y los fines que se procuran lograr con la norma.

En concordancia con lo expresado anteriormente, para determinar si un proyecto de ley o norma en vigencia resultan irrazonables, es menester aplicar lo que en doctrina se denomina como el *"test de razonabilidad de la ley"*[101] en sentido amplio, el cual incluye los siguientes pasos:

1. La averiguación de los motivos determinantes, de índole técnico-social, que llevaron al legislador a sancionar la ley.
2. La determinación de los fines que el legislador procuró alcanzar mediante la ley y si los mismos son acordes con el punto anterior.
3. Averiguar si las normas promulgadas están o no de acuerdo con los valores constitucionales.

Así, una medida que imponga un límite a un derecho fundamental debe, además de ajustarse a la legalidad, ser razonable, en el sentido de ser adecuada y proporcionada para el fin perseguido, esto con el propósito de adecuar la legislación al

---

[99] LINARES, Juan Francisco. Op, cit, pág 151.
[100] LINARES, Juan Francisco. Op, cit, pág 118.
[101] ALONSO GARCÍA, Enrique. (1984). La interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España, pág. 211.

caso concreto a las exigencias constitucionales y al mismo tiempo, evitar la arbitrariedad y el capricho de los aplicadores del derecho.[102]

En lo que respecta a la jurisprudencia constitucional supeditada al principio de razonabilidad, es necesario mencionar que aún cuando la misma ha sido nutrida, ésta se ha limitado a determinar que tal norma, acto u omisión son irrazonables; es decir, una interpretación del caso concreto, lo que ha generado inexistencia de una definición expresa de lo que la Sala Constitucional considera como el principio de razonabilidad.

Ahora bien, es importante acotar que tanto el principio de razonabilidad como el de proporcionalidad, la Sala les ha otorgado rango constitucional,[103] reconociendo que ambos tienen la función de ser parámetros de la constitucionalidad. La Sala Constitucional también ha señalado sobre el principio de razonabilidad, que dicho principio implica la equidad y la justicia, entre la norma y su aplicación en el caso concreto, de manera tal que la decisión sea acorde a la causa que la motiva.[104]

Al respecto, la Sala ha señalado por medio de su jurisprudencia: *"(…) el principio de razonabilidad constituye un límite a las potestades discrecionales de la Administración Pública en lo referente a la restricción de los derechos fundamentales. En la sentencia Nº 69,315 del 14 de mayo de 1985, dictada por la Sala Primera del TFC alemán, en la que se resuelve un recurso de amparo que interpuso una asociación ecologista contra la decisión de prohibir las demostraciones adversas a la instalación de una planta de energía nuclear en Brockdorf, se expresa lo siguiente: "La prohibición o disolución presuponen, de una parte, y como ultima ratio, que el medio menos drástico, el establecimiento de imposiciones, se ha agotado. Esto se apoya en el principio de razonabilidad. Esto sin embargo, no sólo limita la potestad discrecional para la elección*

---

[102] VARGAS MONTERO, Alejandra. (1998). Los principios de la Razonabilidad y la Proporcionalidad dentro de Proceso Penal. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, pág. 119.
[103] Al respecto, ver la sentencia de la Sala Constitucional, número 2997 del año mil novecientos noventa y cuatro.
[104] Al respecto, ver la sentencia de la Sala Constitucional, número 2883 del año mil novecientos noventa y seis.

de los medios, sino también la potestad discrecional que tienen las autoridades competentes para tomar una decisión".

Según se desprende de la jurisprudencia que venimos citando el juicio de razonabilidad está compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En esta dirección, es importante reseñar la sentencia Nº 90, 145 de la Sala Segunda del TFC alemán, dictada el 9 de marzo de 1994, en la que se indicó lo siguiente:

> *"De acuerdo con este principio –razonabilidad- la ley que restrinja un derecho fundamental debe ser adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad deseada. Una ley es adecuada, cuando con su ayuda se puede lograr el resultado deseado; es necesaria, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio, igualmente efectivo que no restrinja o limita en menor grado el derecho fundamental (…) Adicionalmente, para sopesar plenamente entre la gravedad de la intervención y el peso, así como la profundidad de los fundamentos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición. Las medidas, por tanto, no deben gravar en forma exagerada (prohibición de una extralimitación o deber de proporcionalidad en sentido estricto).*

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia Nº 55/1996 del 28 de marzo de 1996, al referirse al principio de razonabilidad sostuvo lo siguiente:

> *"Esta apelación genérica al principio de razonabilidad exige alguna precisión en orden a fijar el objeto exacto y los términos precisos en los que debe desarrollarse el presente proceso constitucional. En primer lugar debe advertirse que el principio de razonabilidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos*

constitucionales -y en particular de los aquí invocados- y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación."[105]

"(…) Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada 'razonabilidad técnica' dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.).Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de 'razonabilidad técnica' hay que analizar la 'razonabilidad jurídica'. Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin : en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable (…)."[106]

Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación.

---

[105] Sentencia de la Sala Constitucional, número 5132-2010 del año dos mil once.
[106] Ídem.

Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión.

Por su parte, la proporcionalidad remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se procura obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.

5. Principio de necesidad

El principio de necesidad, vinculado especialmente con la intervención mínima o de la alternativa menos gravosa y de la subsidiaridad, tiene por finalidad que los derechos individuales del individuo, sean eficaces, imponiendo una limitación a los órganos del estado, debiéndose siempre comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir la que sea menos gravosa.

Es así como, el principio de necesidad busca una optimización del grado de eficacia de los derechos individuales, frente a las limitaciones que pudieran imponerse por el ejercicio de poderes públicos.[107]

[107] TIFFER, Carlos. (1998). Conferencia del Dr. Carlos Tiffer, Congreso de Derecho Procesal Penal y Derechos Fundamentales, pág. 7.

La esencia del principio de necesidad se dirige a la protección de los derechos del individuo, de modo tal que estos no sean sacrificados en contraposición de la asunción de otras medidas lo suficientemente aptas para alcanzar el mismo fin. Por ende, debe existir una ponderación de medidas para así determinar cuál resulta menos gravosa al ser humano y que por medio de la misma, se obtenga el fin buscado.

En relación con el principio de necesidad, el jurista costarricense LUIS PAULINO MORA resalta que la injerencia en un Derecho Fundamental, debe ser siempre la última ratio, al indicar: *"(…) características de la reacción penal legítima de un Estado de Derecho a nivel abstracto, tales como el carácter subsidiario del Derecho Penal, ya que éste es válido sólo y únicamente donde la tutela del bien jurídico no puede ser protegido por otros medios menos trascendentales para los derechos del individuo, ya que el Derecho Penal se constituye en la última ratio del ordenamiento."*[108]

Asimismo, RIVERO aduce, en referencia al principio de necesidad: *"(…) el peso de los deberes que se hacen recaer sobre los ciudadanos como consecuencia de la intervención legislativa, esté con relación de razonable proporcionalidad con las ventajas que se derivan para ellos merced a la intervención del legislador (…)."*[109] Es decir, que detrás de cualquier intervención del poder legislativo, a la hora de crear leyes de las cuales deriven una limitación a los derechos fundamentales, deben ser las estrictamente necesarias y consecuentes con el fin buscado.

Ahora bien, es menester considerar que el desarrollo de este principio no es nuevo, sino que tal como lo indica TIEDEMANN, *"(…) fue de Declaración de los Derechos y los Deberes del Hombre de 1789, producto de la Revolución Francesa, la que estableció este principio explícitamente, con referencia a la materia penal, al decir en su artículo octavo que "la ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y*

[108] MORA LIZANO, Luis Paulino, NAVARRO SOLANO, Sonia. Op, cit, pág. 174.
[109] RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op, cit, pág. 92.

proporcionales al delito", recogiendo con ello una de las reivindicaciones fundamentales de Beccaria que va dirigida de modo directo al legislador."[110]

Respecto del tema, la Sala Constitucional ha dicho: *"(…) El principio de necesidad permite una nueva función creadora para enfrentar las circunstancias excepcionales o anómalas cuya urgencia es implícita. Similarmente en el Derecho Penal el estado de necesidad permite eximir la pena a un individuo, cuando se encuentra en una situación que le obliga a actuar contra el ordenamiento jurídico penal, para causar un mal pero evitar otro de mayor magnitud, que es además inminente y actual."*[111]

Tal y como lo reseña LUIS PAULINO MORA*; "(…) necesidad de la pena son un desafío político criminal en cuanto requieren de garantía expresa en nuestro sistema, dado el hecho que la mayoría de las personas a las que se le aplica la pena, como ya se dijo, son aquellas que pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad."*[112]

Así, el principio de necesidad es concebido en la jurisprudencia constitucional como: *"(…) la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona (…)."*[113]

"(…) debe ser necesario, es decir, que debe imponer la menor cantidad posible de restricciones a los derechos fundamentales de los habitantes de la República, lo que supone que el medio empleado por el legislador debe ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo propuesto y, sólo puede ser necesario, cuando el legislador no podía haber elegido otro medio, igualmente eficiente, pero que no limitase o lo hiciere de forma menos sensible el derecho fundamental."[114]

Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace

---

[110] TIEDEMANN, Klaus. (1991). Constitución y Derecho Penal, Revista Española de Derecho Constitucional (Número 33). Madrid, España, pág. 145.
[111] Sentencia de la Sala Constitucional, número 15072 del año dos mil diez.
[112] MORA LIZANO, Luis Paulino, NAVARRO SOLANO, Sonia. Op, cit, pág. 174.
[113] Sentencia de la Sala Constitucional, número 3933 del año mil novecientos noventa y ocho.
[114] Sentencia de la Sala Constitucional, número 5132 del año dos mil once.

directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, por ende constitucionalmente válida.

La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión.

Por último, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados."[115]

[115] Sentencia de la Sala Constitucional, número 1909 del año dos mil diez.

CAPÍTULO III: LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Sección A: Antecedentes históricos sobre la pena privativa de libertad

La facultad de ejercer el poder punitivo no siempre estuvo en manos del estado a lo largo de la historia; sino que fue hasta iniciada la Edad Moderna que se concibió la pena privativa de libertad como una sanción proveniente del estado. Es decir, la pena privativa de libertad concebida en la actualidad, no se expresó en el pasado de la misma manera como se hace en la actualidad.

Por otra parte, el *internamiento* obedece a una época histórica correccional y de encierro indiscriminado, próximo al uso del asilo y hospitales como mecanismo de control social.[116]

Como pena, la privación de libertad convive en gran parte de las legislaciones de corte democrático –como el caso costarricense- con otras sanciones, aunque dada su frecuencia y las consecuencias que se imponen sobre el culpable, su familia y la sociedad, es común que *pena* y privación de libertad se utilicen como sinónimos. Sin embargo debe recordarse que se puede estar privado de libertad en prisión como medida meramente cautelar.[117]

En razón de lo anterior, es que resulta una verdad el hecho que los términos del encierro, así como su desarrollo, obedece a distintos momentos históricos, hasta llegar a plantearse la posibilidad del encierro en una cárcel, visto como una sanción punitiva impuesta por parte del estado; obedeciendo a diversos factores socioeconómicos y culturales.

Partiendo de una construcción propia del materialismo marxista, MELOSSI y PAVARINI sostienen que la cárcel como sanción punitiva surge a partir del sistema de

---

[116] AGUILAR HERRERA, Gabriela. (2011). Ejecución de la pena. Historia, Límites y Control Jurisdiccional. Poder Judicial, Defensa Pública. San José, Costa Rica, pág. 14.
[117] Ibídem.

producción capitalista. Advierten que aunque en la sociedad feudal se conoció la cárcel *"preventiva"* o por deudas, no se trataba de reclusiones por largo espacio de tiempo y que se les acompañara de otros sufrimientos físicos, por lo que no constituía una pena autónoma.[118]

La cárcel como mero encierro no fue utilizada en la antigüedad como un método de represión criminal en sí misma. Hasta las postrimerías del siglo XVIII, su fin preponderante era la contención y guarda de la persona física del reo. Podría definírsela como una suerte de *"antesala de los suplicios"*[119] que le esperaban al acusado en caso de una condenatoria (sin negar obviamente el escarnio que suponía tal espera y las terribles condiciones en que aguardaban los encarcelados). Ese uso es característico de civilizaciones como la china, egipcia, babilónica, persa, india e israelí, entre otras, así como las culturas precolombinas de América.[120]

La penalización se caracterizaba por la evidente aflicción sobre el cuerpo de la persona responsable, aplicada sobre los *"desviados",* mujeres moralmente molestas para el patriarca, los *"locos", "vagabundos"* y cuanto ser humano era catalogado como disidente de las férreas normas de conducta social regladas por las clases dominantes. Es la época de las penas corporales más cruentas que, en diversos estadios de la historia, reposaron en venganzas de tipo privado.

Recuérdese que al menos tradicionalmente el estudio de la pena en sus orígenes se contempla en una etapa de venganza privada (individual o familiar) y otra de corte público, con una óptica evolutiva, asociada esta segunda vertiente con la cultura punitiva grecorromana.

---

[118] MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo. (1980). Cárcel y Fábrica. Editorial Siglo XXI (1era edición). Distrito Federal, México, pág.19.

[119] Se entiende aquí por suplicio, la definición foucaultiana de dolor ejercido sobre el cuerpo del condenado, como elemento esencial de la ceremonia de castigo público. Así en FOUCALT, Michael. (1983). Vigilar y Castigar. Octava (8va edición). Editorial Siglo XXI editores. Distrito Federal, México, pág. 48.

[120] Al respecto, NEUMAN, Elías. (1971). Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Penitenciarios. Ediciones Panedille (1era edición). Buenos Aires, Argentina, pag.21.

Aunado a lo anterior, la Iglesia Católica, intrincada en las cúspides de las organizaciones detentadoras del poder desde su formación hasta bien entrada la Edad Moderna, estuvo directa o indirectamente ligada históricamente al sistema de punición de los pueblos. En la época feudal, la iglesia católica abarcaba todas las limosnas y había otorgado el beneplácito de Dios a los *señores.* El Papa junto con el monarca encabezaba la estructura piramidal de esa sociedad.

Al respecto, NEUMAN comenta que según los apologistas del Derecho Canónico, las ideas de fraternidad, redención y caridad fueron trasladadas a la punición, procurando corregir y rehabilitar al delincuente,[121] inspirando así el encierro carcelario con fines rehabilitadores. Esta visión es objetable, pues aunque se esperaría menos crueldad de una organización que al menos en teoría pretendía propulsar las ideas de Cristo en su jerarquía institucional, fue precisamente de las más despiadadas en sus métodos y castigos durante su época de la Inquisición.[122]

Ta y como lo comenta ZAFFARONI, la Iglesia legitimó lo que se conoce en doctrina penal como el *discurso de emergencia.* Con el misógino *Malleus Maleficarum o Martillo de las Brujas* (1484), de los inquisidores Kraemer y Sprenger, se legalizó la teoría de la conspiración.[123] Según esa teoría, el mal se halla siempre en un grupo "inferior" que conspira. Para los inquisidores, acuerpados por el Papado, la mujer era vista como proclive a dejarse seducir por el diablo, dada su aludida inferioridad genética con respecto al hombre.

Ahora bien, como menciona SCHIAPPIOLI, una de las penitencias más conocidas en la Edad Media para los clérigos especialmente era de *detrusio in arctum*

---

[121] Al respecto, NEUMAN, Elías. Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Penitenciarios. Op cit., pág. 27.

[122] No puede desconocerse que como toda organización humana, la Iglesia Católica desde siempre ha tenido sus disidentes. Tal es el caso de Fray Bartolomé de las Casas, quien denunció la destrucción de las "Indias" o Fray Luis de León, encarcelado por la propia Inquisición. Aunque dicha iglesia en la modernidad ha tratado de ser consecuente con su discurso al proponer el mejoramiento de las condiciones sociales con encíclicas papales como la Rerum Novarum, de León XIII, la Quadragesimo Anno de Pío XI, la Mater et Magistra de Juan XXIII, la Sollicitudo Rei Socialis de Pablo IV y otras, es manifiesto que se trata de iniciativas de reciente data.

[123] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; PLAGIA, Alejandro. (2005). Manual de Derecho Penal: Parte General. Editorial Ediar (1era edición). Buenos Aires, Argentina, pág. 154-207.

monasterium (reclusión en un monasterio), como forma de espiar los pecados y de reflexionar sobre su falta. Esa idea pudo haber influenciado lejanamente al derecho secular en la institución de la privación de libertad como sanción.[124]

La Edad Media en definitiva y, exceptuando las experiencias que se han mencionado hasta el momento, se caracterizó por la utilización de la cárcel como medio cautelar para asegurar la imposición de penas cruentas, heredadas de la Edad Antigua, tales como: muerte por descuartizamiento, el azote, amputaciones varias, la tortura y otras tantas más, haciendo uso además de diversos métodos de trabajo forzado.

Así las cosas, puede concluirse que las particularidades de la época no favorecieron entonces el establecimiento de la pena privativa de libertad como sanción generalizada para diversos delitos y para todos los miembros de la sociedad, independientemente del *statu quo* de sus miembros.

Eso sí, en los albores de la Edad Moderna, se detectan los primeros acercamientos entre cárcel como edificación destinada a albergar a presuntas personas transgresoras o peligrosas y lugar destinado a cumplir la pena, aunque no llega a concretarse y menos de manera generalizada. Es la época en que se consolida la explotación de la fuerza laboral del penado y se discurre en una justificación correctiva del encierro indiscriminado.

La segunda mitad del siglo XVIII se caracteriza por la protesta contra los suplicios. La misión de castigar se había vuelto contra los magistrados; la crueldad de la sanción despertaba -no en pocos casos- la solidaridad entre los asistentes al espectáculo punitivo.[125] El surgimiento de la pena de prisión en los diferentes ordenamientos jurídicos desde finales del siglo XVIII no supone el fin de los castigos corporales. Subsiste con sanciones como la guillotina, los trabajos forzados, la deportación y otros.

---

[124] En ese sentido, NEUMAN, Elías. Op cit., pág. 28.
[125] Al respecto, ver FOUCALT. Op cit, pág. 12-17.

La desaparición de los suplicios en Francia fue alcanzada aproximadamente entre 1830 y 1848. Los reformadores no veían con buenos ojos la pena privativa de libertad, pues había sido utilizada con anterioridad por los tiranos para vengarse de sus enemigos políticos, a espaldas de cualquier tipo de responsabilidad penal.[126] En Europa, la reducción de las otras sanciones distintas a la prisión fue una tendencia que se fue arraigando de 1760 a 1840.

Aunque los grandes reformadores como BECCARIA, SERVAN, DUPATY y LACRETTE habían abogado por la benignidad de las penas aduciendo razones humanitarias, la generalización de la prisión como sanción punitiva admite otras explicaciones.

La prisión se instaura paulatinamente como el triunfo de las instituciones disciplinarias. En este contexto, se explica por qué el Código Penal francés de 1810 evidenciaba que la pena privativa de libertad había llegado a ser una forma esencial de castigo. Trabajos forzados, presidio, detención, reclusión con fines correccionales eran nombres distintos para un mismo castigo que al fin implicaba la reducción de la libertad ambulatoria.[127]

A manera de reflexión final, la existencia de la pena privativa de libertad como sanción punitiva constante en los ordenamientos jurídicos no es en modo alguno un sinónimo de trato respetuoso con la persona del imputado o de la imputada. La concreción de la pena privativa de libertad en un determinado momento histórico como un medio generalizado de penalizar o apartar preventivamente a las personas sentenciadas o acusadas es el inicio de otra historia: la de la pena privativa de libertad como medio de control social. Habría que concluir con FOUCAULT que: *[…] la relación verdad-poder se mantiene en el corazón de todos los mecanismos punitivos […] vuelve a encontrarse en las prácticas contemporáneas de la penalidad, pero bajo otra forma y con efectos muy distintos."*[128]

---

[126] Al respecto, ver FOUCALT. Op cit, pág. 118.
[127] Al respecto, ver FOUCALT. Op cit, pág. 185.
[128] Ibídem.

Sección B: Teorías clásicas sobre las penas

El principal problema que históricamente han tratado de responder las diferentes teorías en cuanto a la pena, responde a la *legitimación* del castigo. Dos grandes grupos de teorías han intentado dar respuesta a esta interrogante *"un primer grupo está constituido por las llamadas teorías absolutas de la pena, las cuales conciben a ésta como un fin en si mismo. Un segundo grupo se haya compuesto por las denominadas teorías relativas de la pena, las cuales consideran a esta última sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos".*[129]

Estos modelos legitimantes del poder punitivo han sido usualmente clasificados de la siguiente forma: "*los que pretenden que el valor positivo de la criminalización actúe sobre los que no han delinquido, llamadas teorías de la prevención general y que se subdividen en negativas (disuasorias) y positivas (reforzadoras); y los que afirman que actúa sobre los que han delinquido, llamadas teorías de la prevención especial y que se subdividen en negativas (neutralizantes) y positivos (ideologías re: reproducen un valor positivo en la persona)."*[130]

1. **Teoría de las penas absolutas**

Este grupo de teorías, parte de que la pena surge de una necesidad práctica y se aplica por exigencia de la justicia absoluta, si el bien merece el bien, el mal merece el mal. De acuerdo con esto, la pena se constituye en justa consecuencia del delito cometido, se constituye en un fin en sí misma.

Al respecto, IÑAKI RIVERA ha señalado:

"*En este sentido, ya sea como castigo o como corresponsabilidad, como reacción o como reparación, o como simple retribución del delito, las teorías absolutas no buscaron-en principio- ninguna utilidad a la imposición de la pena, ésta se*

[129] RIVERA BEIRAS, Iñaki. (2006) "La Cuestión Carcelaria". Editores Del Puerto. Buenos Aires, Argentina, pág. 184.
[130] ZAFFARONI, Raúl E. Op, cit, pág. 53.

justificaba por su intrínseco valor axiológico, como un deber ser metajurídico que posee en si mismo su propio fundamento."[131]

Así las cosas, la mejor forma de explicar estas teorías es a través de la Ley del Talión, en donde la retribución de un mal es un mal igual, (ojo por ojo, diente por diente). Este principio de Talión, está "*presente en connotaciones mágico-religiosas en todos los ordenamientos arcaicos, desde el código de Hammurabi hasta la Biblia y las XII Tablas, teorizada por Aristóteles y Santo Tomas de Aquino y perdura en la edad moderna hasta Kant y Hegel.*"[132]

Siguiendo a IÑAKI RIVERA, se pueden establecer características comunes a los diferentes posicionamientos de las teorías absolutas de la pena:

- Se ha de retribuir al autor del delito como una pena equivalente al mal que ha ocasionado.
- En ningún caso la pena debe perseguir finalidades útiles de prevención del delito.
- La pena siempre ha de ser ejecutada y además en su totalidad.

Estas teorías absolutas son sostenibles únicamente desde la concepción kantiana en donde la pena es el justo castigo para el infractor, es decir, equiparar la pena con la venganza. A partir de que se pretende una reparación para la víctima la teoría deja de tener fundamento, ya que esto implicaría retraer el estado de las cosas antes del daño causado, así como al ser el estado quien asume el derecho de castigar, la víctima o las víctimas vulneradas quedan fuera del proceso retribucionista pretendido.

2. Teoría de las penas relativas a un fin preventivo

Estas teorías, a diferencia de las absolutas, se plantean el objetivo de combatir la criminalidad a futuro. Es decir, mientras las teorías absolutistas pretenden

[131] RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op, cit, pág. 186.
[132] Ibídem.

únicamente el castigo penal a los delincuentes por hechos pasados, los relativistas encuentran la pena como un instrumento político de control social.

Los relativistas conciben la pena como un medio para asegurar la vida en sociedad, por lo que le asignan una finalidad preventiva, en el sentido de disuadir a la población de cometer delitos y buscar que quién ya incurrió en la comisión de éstos, no los cometa nuevamente.

> "*El origen de estas teorías relativas se remonta al pensamiento iluminista del siglo XVIII, el utilitarismo constituye un elemento constante y esencial de toda la tradición penal liberal, desarrollándose como doctrina jurídica y política, por obra de los pensamientos iusnaturalista y contractualista con las que se ponen las bases del Estado de Derecho y con el del derecho penal moderno"*[133]

Estas teorías relativas se han desarrollado según quien es el destinatario de la función o fin de la pena; unas se centran en la figura del infractor y otras en la figura de la sociedad como conjunto. A continuación describimos las principales teorías que se adscriben a la posición relativa de la función de la pena.

2.1 Teoría preventiva general

El conjunto de normas jurídicas está respaldado por la coerción o amenaza de sanción que conllevaría el incumplimiento de tales normas. La prevención general tiene una doble vertiente claramente identificada, Barata (citado por Iñaki Rivera) destaca: *"(…) que estas teorías, tienen por destinatario de la pena al conjunto social, pueden presentar dos contenidos diversos: uno que puede denominarse disuasivo (prevención general negativa), se dirige a crear contramotivaciones en los transgresores potenciales; y otro que podría ser calificado como expresivo (prevención general positiva) que estaría orientado a declarar y reafirmar valores y reglas sociales, contribuyendo así a la integración del grupo social" .*[134]

---

[133] RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op, cit, pág. 191.
[134] Ibídem.

2.1.1 La prevención general negativa

La teoría de la prevención general negativa se caracteriza por ver la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos.

> "*Se ha dicho que esta teoría de justificación de la pena dirige su atención a la sociedad como "conjunto de delincuentes en potencia (Jaén Vallejo 1993:30), intentado evitar que sus miembros delincan. Bajo esta perspectiva, la pena es contemplada como una amenaza dirigida al ciudadano para que éste se inhiba de cometer delitos".*[135]

El conjunto de normas jurídicas está respaldado por la coerción o amenaza de sanción que conllevaría el incumplimiento de tales normas. Esta coerción tiene como fin último, el disuadir al individuo de que ejecute el comportamiento legalmente prohibido, de manera que la persona, a sabiendas de las consecuencias negativas que supondría una determinada actitud, se abstiene de incumplir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

A esta posición dogmática se le han realizado principalmente las siguientes críticas:

En la práctica las reglas de selectividad (criminalización primaria y secundaria) demuestran que las personas procesadas son en su gran mayoría provenientes de sectores vulnerables que cometen delitos con finalidad económica. Por lo cual, la disuasión que se pretende estaría dirigida sólo a esta parte poblacional, contradiciendo su propósito y fundamento.

Asimismo, tampoco podría afirmarse que al menos se influye en esta población, porque estas reglas de selectividad han demostrado que los casos conocidos son mínimos, en la práctica son los criminales más tocos, burdos o inhábiles los que logran ser aprehendidos y procesados. "*Una criminalización que selecciona obras toscas no ejemplariza disuadiendo del delito sino la torpeza en su ejecución, pues impulsa el*

[135] RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op, cit, pág. 201.

perfeccionamiento criminal del delincuente al establecer un mayor nivel de elaboración delictiva como regla de supervivencia para quien delinque. No tiene efecto disuasivo sino estimulante de mayor elaboración delictiva".[136]

Este fin de la pena "*el discurso intimidatorio ejemplarizador coherentemente desarrollado hasta sus últimas consecuencias, desemboca en el privilegio de valores como el orden y la disciplina social, o en un general derecho del Estado a la obediencia de sus súbditos.*"[137]

Este fin por sí sólo, conforme a lo anterior, es sumamente peligroso en tanto se presta para justificar cualquier tipo de sanción y por ende, sería contrario al Estado Social y Democrático de Derecho, estado que tiene por finalidad principal el respeto de los derechos fundamentales del ser humano.

Incurre en la falacia totalizante, al pretender que quienes cometen actividades delictivas realicen un análisis de las repercusiones de sus actos y lo que se considera para delinquir o no es la pena que conlleva la conducta, suprimiendo el hecho de que gran parte de la población se abstiene de delinquir por factores morales, religiosos, culturales, así como el estigma social.

La insostenibilidad práctica y teórica de esta teoría devino en la formulación de nuevos objetivos atribuibles a la pena, mismos que se desarrollan a continuación.

2.1.2 La prevención general positiva

Esta teoría busca reafirmar socialmente la aceptación del orden normativo, de manera que los ciudadanos crean que el estado castiga y que las penas son útiles en la contención de los delitos. Plantea un fin de control social que se realiza a través del convencimiento y manipulación de las personas con respecto a la percepción del sistema penal. Según IÑAKI RIVERA, esta visión preventiva general positiva, ha de servir para las siguientes funciones:

---

[136] ZAFFARONI, Raúl E. Op, cit, pág. 55.
[137] ZAFFARONI, Raúl E .Op. cit, pág. 56.

- Ratificar constantemente la efectiva vigencia del orden jurídico-penal
- Reforzar así la confianza general entorno a la vigencia de las normas
- Fomentar los lazos de solidaridad social frente a los posibles infractores;
-Afianzar la confianza institucional en el sistema, así como la fidelidad al ordenamiento jurídico.[138]

Este fin adolece de las mismas críticas de la teoría de la prevención general negativa, ya que al darle supremacía a la percepción de la población con respecto a la eficacia del sistema deja de lado los conflictos sociales que son la razón de ser de éste. Constituyéndose como otro mecanismo de control social, el cual se refuerza y legitima castigando conductas que ya existen, pero no produce cambios reales ni proporciona la seguridad que supuestamente ofrece a los ciudadanos.

Lo anterior, deja un amplio margen de arbitrariedad al poder punitivo, ya que no refuerza valores sociales, sino que deja en manos del estado el poder de vigilancia y represión. En las complejas sociedades modernas no hay un único sistema de valores, esta teoría "*está consagrando al Estado como generador de valores éticos".*[139]

2.2 Teoría preventiva especial

El principal objetivo de esta clase de prevención será evitar que quien ya haya cometido un acto ilícito vuelva a tener tal actitud en el futuro. Así, la prevención especial no va dirigida al conjunto de la sociedad, sino a aquellos que ya hayan vulnerado el ordenamiento jurídico. De ahí que "*no opere en la conminación legal sino en la ejecución de la pena.*"[140] La prevención especial tiene una doble vertiente:

2.2.1 Prevención especial positiva

Estas teorías aunque se remontan a los orígenes del pensamiento filosófico penal recibieron un vigoroso desarrollo a partir de la cultura penal de la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX*. Esta teoría parte de que "la pena no debería*

---

[138] RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op, cit, pág. 205.
[139] ZAFFARONI, Raúl E. Op, cit, pág. 59.
[140] RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op, cit, pág. 191.

consistir en una reacción retributiva ciega frente al delito, sino en una acción racional de objetivos conscientes de lucha anti criminal."[141]

La prevención especial positiva supone el condicionamiento interno del sujeto que ha infringido la norma para que no vuelva a realizar tales infracciones, mediante la reeducación y resocialización del sujeto. El principal objetivo de esta clase de prevención será evitar que quien ya haya cometido un acto ilícito vuelva a tener tal actitud en el futuro. Así, la prevención especial no va dirigida al conjunto de la sociedad, sino a aquellos que ya han vulnerado el ordenamiento jurídico.

> "*Este discurso parte del presupuesto de que la pena es un bien para quien la sufre, sea de carácter moral o psicofísico. En cualquier caso, oculta el carácter penoso de la pena y llega a negarle incluso su nombre, reemplazándolo por sanciones y medidas."*[142]

Este fin de la pena es contradictorio en tanto si realmente fuese posible establecer la resocialización de un privado de libertad, el monto de la pena estaría sujeto al proceso resocializante y de respuesta al tratamiento del infractor y no determinado per se.

Asimismo, "*el delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al Estado la necesidad de aplicar el benéfico remedio social de la pena."*[143] Es decir, el estado asume una posición de agente correccionalista que ubica en el sujeto sus falencias para posteriormente reformarlas o eliminarlas, situación que decae en absurda dado que implicaría la transformación de la individualidad del sujeto a partir de una reacción estatal tan limitada como es el hecho de aplicar una pena, particularmente la de privación de libertad.

Este discurso, identificable en nuestro país, conlleva a una inquietante cantidad de críticas y cuestionamiento que serán tratados en los próximos capítulos.

---

[141] RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op, cit, pág. 196.
[142] ZAFFARONI, Raúl E. Op, cit, pág. 60.
[143] Ibídem.

2.2.2 Prevención especial negativa

Esta teoría encuentra la aplicación de la pena como la forma de evitar que el sujeto cometa actos ilícitos, de esta manera busca evitar el peligro que para la sociedad supone el criminal. De esta manera, este fin busca alejar al sujeto de la sociedad para que no vuelva a delinquir.

> *"Para la prevención especial negativa la criminalización (…) se dirige a la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona pero que es un bien para el cuerpo social."* [144]

Esta teoría busca neutralizar un peligro actual, con el fin de suprimir aquellos comportamientos que atentan contra el status quo y la convivencia social por lo que parte de una estructura donde *"lo importante es el cuerpo social, o sea que responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad que es el verdadero objeto de atención pues las personas son meras células que cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse."*[145]

3. Teorías Mixtas o de la Unión

Surgen a principios del siglo XX en Alemania como resultado de las enconadas discusiones entre partidarios de las teorías absolutas y las relativas que combinaron con distintos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial".[146]

Las teorías retributivas de la unión, que antes eran absolutamente dominantes y que aún hoy continúan siendo determinantes para la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones hasta aquí presentada. Así, para ROXIN CLAUS, considera a la retribución y a la prevención general y especial como finalidades de la pena a ser perseguidas en forma conjunta.[147]

---

[144] ZAFFARONI, Raúl E. Op, cit, pág. 61.
[145] Ibídem.
[146] RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op, cit, pág. 212.
[147] CLAUS, Roxin. Op, cit, pág. 31.

Estas teorías, pretenden justificar la pena en su capacidad de reprimir y en su capacidad de prevenir al mismo tiempo, en otras palabras la pena será legítima en la medida en que sea a la vez justa y útil. Estas sostienen que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas anteriores y proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas.

Estos posicionamientos eclécticos incurren en múltiples contradicciones ya que parten de una doble función de la pena, por un lado castigar al infractor y al mismo tiempo ser beneficiosa para éste. *"Semejante equivocidad discursiva conduce a la arbitrariedad desde que importa proponerles a los operadores judiciales que tomen la decisión que les pluguiera y luego la racionalicen con la teoría de función manifiesta que se adecúe mejor a ella."*[148] Colocar a las teorías anteriores de manera conjunta como fines de la pena, aparte de no ser sostenible teóricamente, es mal intencionado, ya que permite justificar cualquier tipo de ejecución penal y subsume las discusiones posibles y críticas al sistema penitenciario a la ambigüedad de su razón de ser.

Por último, las posiciones analizadas anteriormente no son ajenas a nuestro país, en el tanto la normativa como la jurisprudencia costarricense denotan una tendencia ecléctica.

Sección C: El fin de la pena en un Estado Social y democrático de Derecho

1. Fin resocializador de la pena

El fin resocializador de la pena privativa de libertad se ha establecido en diversos marcos doctrinales, normativos, jurisprudenciales, tanto a nivel de derecho interno como a nivel internacional. La socialización se divide en socialización primaria y socialización secundaria. Siguiendo a BERGER y LUCKMANN (citado por Sergio) diremos que la socialización primaria es el proceso mediante el cual se introduce al individuo en su medio social, se desarrolla en la niñez y de esta manera construye y

[148] ZAFFARONI, Raúl E. Op, cit, pág. 68.

comprende su entorno social.[149] En contraposición, la socialización secundaria consiste en la internalización de sub mundos institucionalizados, en relación estrecha con la división del trabajo y con la distribución del conocimiento.[150]

La atención institucional penitenciaria, en cumplimiento del fin legal de resocialización intenta generar en el individuo un cambio en su comportamiento, para realizarlo debe partir de la premisa que existe en el sujeto de cambio, una característica parte de su individualidad que resulta perniciosa, peligrosa e incongruente con el conjunto normativo y que debe ser corregida.

La pretensión resocializadora remite ineludiblemente al pasado de esta persona y trata de intervenir para cambiar la información obtenida y que para esta tendencia, lo condujo a realizar el acto criminal, por lo cual esta postura considera criminal a la persona antes de haber cometido el hecho que se juzga como delictivo.

El discurso resocializador pretende insertar al individuo de una manera "correcta" a la estructura social, partiendo de que es posible el cambio de aquello que *no está bien* y utilizando como medio un sistema carcelario. Lo anterior, en tanto idealiza realidades complejas como la delincuencia y las realidades penitenciarias a partir del ideal resocializador que pretende justificar de manera positiva la pena privativa de libertad.

A pesar del desarrollo anterior de las posturas teóricas sobre resocialización, el marco jurídico vigente en nuestro país no establece con claridad a cuál de ellas se adscribe y cómo debe aplicarse en la práctica para lograrlo.

En lo que respecta la legislación nacional; es menester acudir a lo que establece nuestra Constitución Política, la cual, en lo que interesa, señala:

---

[149] MOCCIA, Sergio. (2008) El Derecho Penal, entre ser y valor Traducción de Antonio Bonanno. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina, pág. 170.
[150] MOCCIA, Sergio. Op, cit, pág. 174.

"Artículo 40.- 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."

Estas garantías corresponden a la visión del ser humano como sujeto de derechos inherentes que no deben ser violentados, inclusive cuando tengan impuesta una pena de prisión.

Asimismo, la pena de privativa de libertad en Costa Rica encuentra su discurso legitimador en el artículo 51 de nuestro Código Penal, mismo que dispone: "*La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora. Su límite máximo es de cincuenta años*".

La norma anterior constituye el eje central que le da sustento jurídico al tratamiento penitenciario en aras de un proceso resocializador para las personas condenadas.

Respecto al fin de la pena; la Sala Constitucional la interpreta de la siguiente manera: *"La pena es la justa retribución del mal ocasionado por el ilícito penal, proporcional a la culpabilidad del imputable. Sin negar la posible finalidad resocializadora 79 y en alguna manera preventiva de la pena, su esencia radica en la retribución, retribución que no se traduce en reproche o venganza; sus fines son más amplios y elevados: mantener el orden y el equilibrio, fundamento de la vida moral y social, para protegerlos y restaurarlos en caso de quebranto."*[151]

"Junto al principio de humanidad, que debe privar en la ejecución penal, se acentúa en nuestro medio la aspiración rehabilitadora (artículo 51 del Código Penal). Esta concepción en relación con los fines de la pena, es una doctrina preventista y antirretributista, fundamentada en el respeto de los Derechos Humanos, en la resocialización de los delincuentes, que rechaza la idea del Derecho Penal represivo, el que debe ser reemplazado por sistemas preventivos, y por intervenciones educativas y

[151] Sentencia de la Sala Constitucional, número 2586 del año mil novecientos noventa y tres.

rehabilitadoras de los internos, postulando una intervención para cada persona, la pena debe ser individualizada, dentro de los extremos fijados por el legislador, tomando en consideración ciertas circunstancias personales del sujeto activo (artículo 71 del Código Penal)."[152]

A partir de este voto es posible distinguir la posición de la Sala Constitucional en relación con los fines de la pena enmarcada en una doble vertiente, por un lado la retribucionista que parte del castigo por el mal ocasionado y por otro, el fin resocializador que va más allá con respecto a las repercusiones tanto del sentenciado como del resto de la sociedad. Al respecto ha manifestado:

> *"En un Estado de Derecho, fundado en la democracia republicana, el poder penal es siempre un poder especialmente limitado. Desde el punto de vista del Derecho de la Constitución, si bien se permite la aplicación del poder punitivo del Estado con el fin de otorgar protección a los bienes jurídicos de mayor trascendencia dentro de la convivencia social, lo cierto es que también se limita su extensión, sometiéndolo a los principios que la inspiran al servicio de la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad humana. Dentro de los límites del poder punitivo del Estado, se erige sin duda el límite temporal para el ejercicio de la acción penal, el cual pretende garantizar que el poder penal no sea utilizado más allá de lo que demanda la necesidad social."*[153]

El jurista costarricense JUAN MANUEL ARROYO, en relación con el tema estima: "*El fin de la pena está centrado en el principio de resocialización. Sin embargo, podemos aclarar que en realidad son dos los fines que se reasignan a este instrumento jurídico, a saber: la corrección o resocialización del individuo infractor y la seguridad de los demás ciudadanos frente al delincuente.*"[154]

A través de la revisión realizada, tanto a nivel doctrinal como normativo, se define que actualmente en el país, a la pena privativa de libertad se le atribuye el fin

---

[152] Sentencia de la Sala Constitucional, número 0672 del año mil novecientos noventa y siete.
[153] Sentencia de la Sala Constitucional, número 1996 del año mil novecientos noventa y seis.
[154] ARROYO GUTIÉRREZ, Juan Manuel. (1995) El Sistema Penal ante el dilema de sus alternativas. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica, pág. 112.

preventivo especial en sus dos acepciones: una primera preventivo especial negativa que se centra en el castigo del condenado como consecuencia de su acción delictiva y una segunda preventivo especial positiva (resocialización), como un ideal teórico que pretende, a través del cumplimiento de la sanción privativa de libertad, el infractor modifique su conducta posterior y no vuelva a delinquir.

Esta conjugación de fines se ubica en lo que se suele llamar *"teorías combinantes."* Esta posición es claramente ambivalente porque plantea que la cárcel es un bien y un mal a la vez para el infractor. Es un beneficio en tanto pretende corregirlo y permitir su reincorporación a la sociedad, pero a la vez es un daño y castigo en tanto le confisca su libertad en el más amplio sentido, administrándole su cotidianeidad en una institución total o de secuestro.

CAPÍTULO IV: LA EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN COSTA RICA

Sección A: Análisis normativo del artículo 59 del Código Penal, Ley 4573 de mil novecientos setenta.

1. Alcance.

El Código Penal prevé el instituto de lo que denomina como la *"condena de ejecución condicional"* que más correctamente debe enunciarse como la suspensión de la ejecución de la pena, pues lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad y no la condena en sí misma que produce sus efectos legales.

El beneficio de la ejecución condicional de la pena se encuentra regulado en el Código Penal de Costa Rica, Ley N° 4573 de mil novecientos setenta ; concretamente en la Sección II del Título IV del Código Penal, estableciéndose allí los casos en que se aplica (artículo 59), los requisitos para su otorgamiento (artículo 60), las condiciones que puede imponer el juez al condenado a quien se otorgue (artículo 61), el término de éste (artículo 62) y las causas por las que procede su revocación (artículo 63); numerales que expresamente indican:

> *"SECCION II*
> *Condena de Ejecución Condicional.*
> *Casos de aplicación.*
> *ARTÍCULO 59.-Al dictar sentencia, el Juez tendrá la facultad de aplicar la condena de ejecución condicional cuando la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento.*
>
> *Requisitos.*
> *ARTÍCULO 60.-La concesión de la condena de ejecución condicional se fundará en el análisis de la personalidad del condenado y su vida anterior al delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales y en el comportamiento posterior al mismo, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto, en los*

móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado. Es condición indispensable para su otorgamiento que se trate de un delincuente primario. El Tribunal otorgará el beneficio cuando de la consideración de estos elementos pueda razonablemente suponerse que el condenado se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena. La resolución del Juez será motivada y en todo caso, deberá requerir un informe del Instituto de Criminología en donde se determine, si ese es el caso, el grado de posible rehabilitación del reo. (Corregido mediante Fe de Erratas publicada en La Gaceta N° 234 de 24 de noviembre de 1971).

Condiciones.
ARTÍCULO 61.-Al acordar la condena de ejecución condicional, el Juez podrá imponer al condenado las condiciones que determine, de acuerdo con el informe que al respecto vierta el Instituto de Criminología; ellas podrán ser variadas si dicho Instituto lo solicita.

Término.
ARTÍCULO 62.-El Juez, al acordar la condena de ejecución condicional, fijará el término de ésta, sin que pueda ser menor de tres ni mayor de cinco años a contar de la fecha en que la sentencia quede firme.

Revocación.
ARTÍCULO 63.-La condena de ejecución condicional será revocada:
1) Si el condenado no cumple las condiciones impuestas; y 2) Si comete nuevo delito doloso sancionado con prisión mayor de seis meses, durante el período de prueba."

Tal y como se señala en los postulados transcritos anteriormente, al dictar sentencia, el juez tendrá la facultad de aplicar la condena de ejecución condicional cuando la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento. Es decir, la ejecución condicional de la pena fue propuesta por el legislador, con la finalidad de evitar que las personas condenadas por primera vez y cuya pena, sea prisión o

extrañamiento; y no exceda los tres años, no deba cumplir con dicha condena en la cárcel.

Eso sí, no basta que se cumplan las condiciones contempladas en el párrafo anterior, sino resulta indispensable que el otorgamiento de la suspensión de la ejecución condicional de la pena sea acorde con los restantes requisitos que señalan los demás numerales del código en cita; mismos que serán analizados en la siguiente sección.

Resulta menester indicar lo que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado en relación con la finalidad propuesta por el legislador, a la hora de promulgar a través del Código Penal, la ejecución condicional de la pena, al indicar:

> *"Sobre esta cuestión, señala la Exposición de Motivos del Código Penal que: "En cuanto a la condena de ejecución condicional, llamada Suspensión Condicional de la Pena en el Código de 1941, la Comisión no se ha apartado de la forma clásica de tratar el tema. Figura en nuestra legislación a partir de una ley que se llamó Baudrit, gracias a que fue incorporada por iniciativa del Lic. Don Fabio Baudrit, a quien siempre inquietaron los problemas penales. Se inspira en la famosa ley francesa llamada Berenger y se aplica al caso de una persona condenada por un delito que no tenga mayor trascendencia y por lo mismo merezca un tratamiento que no lo segregue del medio social, siempre que llene ciertas condiciones...". Como se ve, nuestro legislador adoptó una política criminal orientada a la sustitución de penas cortas de prisión por reacciones de distinta naturaleza, basándose fundamentalmente en una concepción del Derecho Penal como última ratio, apuntalada en la proclamación constitucional de la libertad personal como valor superior del ordenamiento jurídico."*[155]

Así las cosas, se puede concluir que la ejecución condicional de la pena como sustituto de las penas cortas de privación de libertad, es un procedimiento de política criminal que tiene varias finalidades, una inmediata que es sustraer al delincuente

[155] Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, número190-F del año mil novecientos noventa y cinco.

primario del peligro corruptor de la prisión y una mediata, que es disuadir la reincidencia, es decir, pretende convencer al delincuente primario que si cumple con los requisitos impuestos, durante el período de prueba, no sufrirá prisión alguna.

Se pretende evitar que las personas descuenten penas privativas de libertad de corta duración, con el fin de que no sufran los efectos nocivos del encierro, antes bien, se posibilite que puedan corregir su conducta posterior, adaptándola a los valores imperantes de la vida social.

Por último, es necesario aclarar que los más reconocidos doctrinarios del Derecho Penal, han defendido la figura de la ejecución condicional de la pena; por ejemplo, MIR PUIG señala:

> *"(…) Pero la "crisis" de la prisión se advierte también en una firme tendencia a evitar las penas cortas de prisión. Se basa en dos razones principales. La primera es que son éstas penas que antes desocializan que favorecen la resocialización, puesto que permiten ya el contagio del pequeño delincuente al entrar en contacto con otros más avezados y en cambio no posibilitan el tiempo necesario para emprender un tratamiento eficaz. La segunda razón es que las penas cortas de prisión se prevén para delitos poco graves, para los cuales bastarían penas menos traumáticas. Para evitar las penas cortas de prisión existen distintas posibilidades. Cabe acudir a otras penas y también renunciar a toda pena, vías ambas que se intentan en las legislaciones penales actuales. Mas existe una posibilidad intermedia que se haya especialmente difundida en el presente: la suspensión de la pena a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir o de que cumpla ciertas condiciones dentro de cierto plazo."*[156]

2. Presupuestos para otorgarla

Los presupuestos de la ejecución condicional de la pena están contemplados tanto en el artículo 59 como el 60 del Código Penal, los cuales fueron transcritos en el

[156] MIR PUIG, Santiago. Op, cit, pág.776-777.

punto anterior. Así las cosas, la legislación penal costarricense al regular el instituto del beneficio de ejecución condicional, establece dos tipos de requisitos, que tienen el carácter de verdaderos elementos esenciales de la institución, formales y subjetivos.

2.1 Requisitos formales

En lo que refiere a los requisitos formales, tal y como se establece en el numeral 59 del Código Penal, entiende por estos que la pena prevista por el delito que se atribuye al beneficiario no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento, además de que se trate de un delincuente primario.

Si el beneficio de ejecución condicional tiene como principal finalidad evitar el purgamiento de penas cortas, esa renuncia al poder coercitivo del Estado de hacer ejecutar las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, debe tener enfrente a una persona de calificados requisitos, a la que se concederá esa gracia, entre ellos destaca la primariedad del beneficiado.

Por otra parte, sólo se puede acordar el beneficio en los casos en que corresponda imponer pena que no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento. Ello obedece a las finalidades del beneficio, si su pretensión básica es evitar las penas cortas, solamente las citadas tienen la posibilidad de conducir al condenado a prisión, mas al contrario, la multa y las inhabilitaciones absoluta y relativa no llevan aparejada la pérdida de la libertad.

En lo que respecta al requisito de delincuente primario, la Sala Constitucional ha sido enfática en la necesidad de tener como requisito de aplicación del beneficio de ejecución, el que se trate de un delincuente primario. Al respecto indica:

> *"Si el beneficio de ejecución condicional tiene como principal finalidad evitar el purgamiento de penas cortas, esa renuncia al poder coercitivo del Estado de hacer ejecutar las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, debe tener*

enfrente a una persona de calificados requisitos, a la que se concederá esa gracia, entre ellos destaca la primariedad del beneficiado."[157]

Nuestro legislador estableció que debe entenderse como delincuente primario, aquél que comete un *"delito"* por primera vez, lo cual debe interpretarse como aquél sobre quien haya recaído sentencia firme declarando su culpabilidad por vez primera. Es indiferente, si se trata de un delito doloso o culposo, sancionado con prisión, multa u otra sanción.

La Sala ya analizó concretamente el artículo 60 del Código Penal y arribó a la conclusión siguiente:

"En opinión de la Sala la disposición del artículo 60 del Código Penal, que autoriza la concesión del beneficio de ejecución condicional, sólo a los delincuentes primarios no tiene roces constitucionales. Como lo afirma la Procuraduría General de la República, la función de la pena y la ejecución condicional de la misma, tienen fines distintos. La pena es consecuencia del delito y tiene una función de prevención y retribución; el quantum de la pena está íntimamente relacionada con el grado de culpabilidad con que actuó el sujeto y por ello es que la Sala declaró inconstitucional la facultad de aumentarla a discreción del juez, cuando se trata de delincuentes reincidentes. La Ejecución Condicional de la Pena, por su parte, ha sido prevista por el legislador como un sustituto de las penas cortas de privación de libertad y tiene la finalidad de dispensar los efectos de la prisión, dejando en suspenso esos efectos. El artículo 60 del Código Penal exige, para que se conceda el beneficio, que el reo no sea reincidente, lo que no puede entenderse como agravación de la pena. Tampoco lesiona el principio de igualdad ante la ley, puesto que la igualdad implica el mismo trato en idénticas condiciones y consecuentemente, no se lesiona este principio, cuando se presentan situaciones diferentes, o aún, cuando siendo

---

[157] Sentencia de la Sala Constitucional, número 4825 del año dos mil.

iguales, existe una justificación objetiva y razonable para otorgar un trato distinto. En el presente caso, salta a la vista que la condición personal de un reincidente, con relación a un sentenciado por primera vez, es totalmente distinta, siendo constitucionalmente razonable la solución que prevé el artículo 60 del Código Penal."[158]

2.2 Requisitos subjetivos

Los requisitos subjetivos giran en torno a las condiciones personales del procesado, entre ellos, la personalidad del delincuente, su vida, su conducta anterior, su situación social y la de su familia, el medio en que se desenvuelve, su trabajo, sus hábitos, su salud física y mental.

En concordancia con lo normado por el numeral 60 del Código Penal, se exige al juzgador efectuar un análisis de la personalidad del condenado y su vida anterior al delito, en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales, así como del comportamiento posterior a éste, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto; en los móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado; indicándose además, que el otorgamiento del beneficio procederá solamente en aquellos casos en que, al ponderarse las circunstancias indicadas, se desprenda razonablemente que el condenado se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena.

3. Revocatoria del beneficio

Según se infiere de lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, el beneficio de suspensión de la ejecución penal, será revocado si el condenado no cumple las condiciones impuestas o si comete un nuevo delito doloso sancionado con pena de prisión mayor de seis meses, durante el período de prueba. En los términos expuestos, la revocatoria del beneficio de suspensión de la ejecución penal, es una sanción ante el incumplimiento de las condiciones o ante la comisión de un nuevo delito. En este

[158] Sentencia de la Sala Constitucional, número 8- del año mil novecientos noventa y tres.

último caso, se parte de que no se cumplió con la finalidad preventiva especial del beneficio, esto es, que el sujeto no se comportó conforme a las pautas del ordenamiento jurídico.

4. Órganos que intervienen en la Ejecución Penal

Como parte del proceso penal en la ejecución intervienen también las mismas partes participantes de previo al dictado de la sentencia, con la salvedad de que son órganos especializados, para conocer la etapa de ejecución. Esto garantiza la tutela sobre los derechos de los privados de libertad y el efectivo cumplimiento de la sentencia.

Además, la especialización de estos órganos brinda la seguridad de que los funcionarios encargados de conocer las cuestiones relativas a la ejecución de sentencia, conocen la realidad de los privados de libertad. En esto difiere del resto del proceso penal.

En el proceso de ejecución penal intervienen: el Tribunal Sentenciador, participa en la primera liquidación de la pena, como órgano jerárquico impropio, resuelve cualquier recurso de apelación que se dé en el Juzgado de Ejecución de la Pena, además participan el Juez de Ejecución de la Pena y aquellos que de acuerdo con el artículo 454 del Código Procesal Penal tienen legitimación para plantear incidentes de ejecución, estos son el Ministerio Público, el querellante, el condenado y su defensor.

4.1 Juez de Ejecución de la Pena

Luego del dictado de la sentencia condenatoria o la imposición de una medida de seguridad, inicia la competencia del Juez de Ejecución de la Pena, a partir de este momento cualquier aspecto relativo a la extinción, modificación, cesación o cumplimiento de la pena le corresponde a este juez conocerlo.

De acuerdo con RODRÍGUEZ, el juez de ejecución de la pena: *"Está constituido como un órgano penal ordinario, unipersonal e independiente, encargado del efectivo*

cumplimiento de la sanción penal y las medidas de seguridad, así como para asegurar el respeto a los derechos de los internos y del principio de legalidad en la actividad de la Administración Penitenciaria."[159]

La doctrina en general divide las funciones del juez de ejecución de la pena en funciones inspectoras, consultivas y deliberativas o decisorias. De inspección, las que realiza el juez mediante las visitas carcelarias, o cualquier acto que realice a fin de comprobar que se actúe acorde a la normas establecidas para dichos centros. Las consultivas, que son las que realiza el juez, verificando las decisiones de la administración penitenciaria, cuando se le presenta una gestión para su conocimiento. Y las deliberativas, cuando debe resolver acerca del algún incidente que se le presente respecto al cumplimiento de la pena.[160]

Las atribuciones del juez de ejecución de la pena vienen dadas por el artículo 458 del Código Procesal Penal, que textualmente indica: *"Atribuciones de los jueces de ejecución de la pena. Los jueces de ejecución de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. Podrán hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.*
Les corresponderá especialmente: a) Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento. b) Visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes. c) Resolver, con aplicación del procedimiento previsto para los incidentes de ejecución, las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos. d) Resolver, por vía de recurso, las reclamaciones que formulen los

---

[159] MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. (2002)Ejecución de la Sanción Privativa de Libertad. Editorial CONAMAJ (primera edición). San José, Costa Rica, pág. 94.
[160] RIVERA SOLANO, Manuel. Ejecución Penal y Legalidad, Análisis de una vieja contienda. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2006, pág.85

internos sobre sanciones disciplinarias. e) Aprobar las sanciones de aislamiento por más de cuarenta y ocho horas, en celdas."

De acuerdo con la primera función que indica el código, esta consiste en procurar con respecto al monto de la pena que fue fijada, que esta se cumpla en su totalidad, es por esto que si se va a conceder un beneficio ya sea de carácter administrativo o judicial, el juez de ejecución de la pena debe verificar que la persona se encuentre a derecho de recibirlo cuando esto sea llevado a su conocimiento.

En la etapa de ejecución se da el cese de la pena, esto puede ser por varias razones, el juez de ejecución de la pena debe velar porque el cese se dé cuando a derecho le corresponda al individuo o cuando ésta se extingue por cumplimiento, por el fallecimiento del sentenciado y por prescripción de acuerdo con las reglas de prescripción del artículo 84 del Código Penal, entre otras que se establecen en la ley.

Se incluye también dentro de las obligaciones del Juez de Ejecución de la Pena, la visita de los centros penitenciarios al menos una vez cada seis meses. Esto constituye una función fundamental, porque les permite estar en contacto con la realidad de aquellos sujetos sobre los que resuelven incidencias día a día. Un juez de ejecución penal que no haya realizado una visita carcelaria, difícilmente se encontraría capacitado para resolver sobre un asunto relativo al sistema penitenciario.

Con la anterior función el juez demuestra su acción como órgano con capacidad de revisar los actos de la administración penitenciaria con el fin de proteger los derechos de los privados de libertad. Le corresponde al juez de ejecución de la pena, resolver todos aquellos incidentes que se presenten en el juzgado sobre cualquier solicitud o disconformidad que presenten los sentenciados. Entre los más comunes podemos citar los incidentes de: Libertad Condicional, Queja, Enfermedad, Ejecución Diferida, Unificación de Pena, Adecuación de Pena, Modificación de Pena, Extinción de Pena, entre otros.

El Juzgado de Ejecución de la Pena se encarga de resolver aquellos recursos que presenten los privados de libertad sobre sanciones disciplinarias que les ha aplicado la administración penitenciaria. Esto permite que el juez valore todas aquellas decisiones que afecten directamente los derechos fundamentales de la persona que se encuentra recluida y que ha sido objeto de una sanción. Estas sanciones no escapan del principio de legalidad, por lo cual deben estar establecidas en los textos normativos que rigen la materia y deben ser proporcionales a la falta realizada. Lo cual da como resultado un control jurisdiccional sobre las actuaciones de la administración penitenciaria en materia disciplinaria. El juez debe valorar la situación como órgano imparcial, con lo cual puede aprobar o improbar la sanción que se ha dictado.

4.2 Ministerio Público

El Ministerio Público en la etapa de ejecución penal coadyuva a la labor del juez de ejecución de la pena, ya que se le encarga velar porque se respeten los derechos de los sentenciado y el cumplimiento de la sentencia. Así lo indica el artículo 457 del Código Procesal Penal: *"Los fiscales de ejecución de la pena intervendrán en los procedimientos de ejecución, velando por el respeto de los derechos fundamentales y de las disposiciones de la sentencia."*

Durante la ejecución de la pena el papel que debe desempeñar el fiscal se diferencia de la función que ejerce antes del dictado de la sentencia. Esto porque, si bien es cierto el Ministerio Público tiene una función objetiva, en la práctica muchos fiscales realizan su labor con el propósito de que exista una sentencia condenatoria en la mayoría de los casos. En cambio cuando se llega a la ejecución penal, no se busca probar la tipicidad, anti juridicidad y culpabilidad de una conducta realizada, sino que los hechos de la sentencia ya se encuentran establecidos, y aunque no carecen de importancia a la hora de decidir sobre la concesión o no de un beneficio, de estos no se puede especular ni dudar de su comisión, el hecho es que ya existe una sentencia condenatoria, sin perjuicio de que por vía de revisión se determine que no existió delito. Por lo que se podría decir que la labor del fiscal de ejecución de la pena,

también protege los intereses de los privados de libertad en cuanto el cumplimiento de la normativa que les rige.

Los fiscales de ejecución de la pena también asisten a visita carcelaria, ya que esta es una forma de cumplir con las funciones que la ley les encomienda, ya que, por medio de la visita carcelaria se puede comprobar si los centros penitenciarios están brindando las condiciones necesarias para el respeto de los derechos de las personas que se encuentran privadas de libertad en ese lugar. A raíz de visitas carcelarias realizadas por la fiscalía adjunta de ejecución de la pena, se han logrado detectar ciertas irregularidades en algunos centros de atención institucional, que han sido presentadas ante el juzgado de ejecución de la pena correspondiente por medio de un incidente, para que el juez de ejecución resuelva sobre el asunto. Esto porque el código procesal penal indica en su artículo 454 que el Ministerio Público también está facultado para presentar incidentes de ejecución.

La fiscalía encargada de ejecución de la pena también brinda apoyo a las víctimas del delito, en los casos que así se requiera. Por ejemplo esto se da cuando la víctima indica que la persona sentenciada que se encuentra disfrutando de su libertad condicional la está amenazando, esto constituye un incumplimiento de las condiciones impuestas, la fiscalía puede comunicar al juez de ejecución el incumplimiento para que se tomen las medidas respectivas.

También puede asesorar a las víctimas sobre cualquier duda que se tenga sobre el cumplimiento de la pena, para que la víctima conozca del cumplimiento de la sentencia impuesta.

4.3 Defensa: Pública y Privada

Como se mencionó anteriormente, en la etapa de ejecución penal la defensa técnica es fundamental. Es por esto que los privados de libertad tienen la posibilidad de nombrar al defensor de su confianza para que los asista dentro del proceso de ejecución. De no ser así, la defensa pública cuenta con un grupo de defensores especializados para atender a aquellas personas que necesiten de esta asesoría

durante la ejecución de su sentencia. En la práctica la mayoría de privados de libertad cuentan con defensa pública, lo cual los beneficia ya que son funcionarios encargados exclusivamente de atender asuntos de ejecución penal. A diferencia de algunos defensores privados que en ciertas ocasiones desconocen el trámite de los incidentes de ejecución y no brindan la asesoría adecuada a sus defendidos porque es una materia desconocida a nivel general.

El código procesal penal en su artículo 456 también se refiere a la labor de la defensa durante su ejecución: *"La labor del defensor culminará con la sentencia firme, sin perjuicio de que continúe en el ejercicio de la defensa técnica durante la ejecución de la pena. Asimismo, el condenado podrá nombrar un nuevo defensor, en su defecto, se le nombrará un defensor público. El ejercicio de la defensa durante la ejecución penal consistirá en el asesoramiento al condenado, cuando se requiera, para la interposición de las gestiones necesarias en resguardo de sus derechos. No será deber de la defensa vigilar el cumplimiento de la pena."*

La autora VARGAS GONZÁLEZ comenta las funciones de la defensa de ejecución penal de la siguiente manera: *"…es necesario que la defensa se garantice no sólo cuando se ha planteado una incidencia ante el Juzgado de Ejecución de la Pena sino desde antes (por eso se habla de asesoría "para" la interposición de gestiones). …la asesoría se debe brindar sobre las gestiones que el recluso crea necesarias en la defensa de sus derechos, lo que abarca no solo los trámites judiciales sino también los administrativos. …La asesoría implica el contacto permanente, constante, fluido y expedito con la población sentenciada, que podría o no dar lugar a la interposición de gestiones, no sólo en la vía judicial sino también en otras vías."*[161]

[161] VARGAS GONZÁLEZ, Patricia. (2007). Derecho Procesal Penal Costarricense. La Defensa en la Etapa de Ejecución de la Pena. Tomo 2. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, Costa Rica, pág. 821-822.

Sección C: Análisis normativo del proyecto de Ley número 17.489

Introducción

El proyecto de Ley número 17.489 denominado: *"Modificación del artículo N° 59 del Código Penal Ley N° 4573 para variar las reglas para otorgar la ejecución condicional de la pena"*, fue propuesto por el partido político Movimiento Libertario, en la administración legislativa que comprendió el periodo 2006-2010, a través de los señores diputados Carlos Manuel Gutiérrez Gómez, Mario Enrique Quirós Lara, Ovidio Agüero Acuña, Luis Antonio Barrantes Castro y Mario Alberto Núñez Arias.

El proyecto de ley en cita fue presentado al plenario legislativo el 17 de agosto del año 2009 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta, número 209 del 26 de octubre del año 2009. Asimismo, fue asignado a comisión legislativa el día 29 de agosto del mismo año y recibido por parte de la comisión de asuntos jurídicos para su debido análisis, el 27 de octubre del año 2009.

El texto del proyecto es el siguiente:

> *"LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA DECRETA:*
> *MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 59 DEL CÓDIGO PENAL, LEY N.° 4573, PARA VARIAR LAS REGLAS PARA OTORGAR LA EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA*
>
> *ARTÍCULO ÚNICO.- Refórmase el artículo 59 del Código Penal, Ley N° 4573, y sus reformas, para que se lea de la siguiente manera:*
>
> *"Artículo 59.- Al dictar sentencia, el juez tendrá la facultad de aplicar la condena de ejecución condicional cuando la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento. Será improcedente la ejecución condicional de la pena cuando se hayan cometido delitos:*
>
> *a) Dolosos contra la vida e integridad física de las personas.*
> *b) Relacionados con explotación sexual y corrupción de menores.*
> *c) Secuestro extorsivo.*
> *d) Contra la propiedad.*

e) Contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial.

f) Delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado.

Rige a partir de su publicación."

En vista de lo anterior, la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, en la sesión ordinaria N° 29 de junio de 2010, aprobó moción para enviar a consulta el proyecto de ley, a las siguientes instituciones: Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Seguridad Pública, Ministerio de Justicia y Paz, Ministerio Público, así como la Defensa Pública, solicitudes de opinión que fueron atendidas debidamente por cada una de las instituciones en mención y que a su vez, serán analizadas más adelante.

Uno de los argumentos principales en la exposición de motivos del proyecto de ley supraindicado, radica en el criterio de los diputados que, rescatando el espíritu del legislador, no existe limitación alguna al otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de la pena, más allá de la propia voluntad del juez, independientemente de la clase o gravedad de delito que haya cometido el condenado. Es por eso que consideran conveniente introducir una lista taxativa de delitos en las que no sea posible aplicar la ejecución condicional de la pena, independientemente del periodo de la pena fijada por el juez.

Al respecto, los señores diputados indican:

"Los libertarios creemos que es necesario que los delincuentes estén donde deben estar que es en la cárcel y no en las calles cometiendo actos delictivos una y otra vez.

El propósito de este proyecto de ley es incluir los tipos de delitos, que vulneran los bienes jurídicos más fundamentales, en los cuales no será posible aplicar la ejecución condicional de la pena."

Así la cosas, se procederá a determinar cada uno de los delitos que se verían afectados por dicha reforma; es decir, aquellos que por la cantidad de pena que podrían recibir quienes los cometan, verían restringida la posibilidad de recibir la ejecución condicional de la pena, en razón de la lista de delitos propuesta.

1. Lista taxativa de los delitos en los cuales no sería posible otorgar la ejecución condicional de la pena

1.1 Dolosos contra la vida e integridad física de las personas

En este caso, a pesar que en la exposición de motivos del proyecto de ley en cita, se establece que los delitos comprendidos serían el homicidio simple y calificado, el aborto en sus distintos tipos, las lesiones, sean éstas graves, gravísimas o leves, la agresión con arma y el abandono de incapaces; lo cierto es que en muchos de estos en la actualidad, quienes los cometan no son amparables per se de recibir la ejecución condicional de la pena.

En relación con lo anterior, se citarán los delitos que según la pena que contemplan en la actualidad, sea ésta de mínimo tres años de prisión, condición sine qua nom el juez no puede otorgar el beneficio indicado; mismos que serían excluidos en razón de la aprobación del proyecto de ley en cita. Lo anterior, porque se debe tomar en consideración que delitos como el homicidio simple y agravado, contienen penas que van de los doce a los treinta y cinco años de prisión; lo que provoca que no se pueda otorgar, a quienes cometen dichos delitos, el beneficio de la ejecución condicional de la pena.

Así las cosas, los delitos contra la vida e integridad física de las personas, en los cuales, de conformidad con el proyecto de ley en mención no se podrá otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena, son los siguientes:

- Homicidios especialmente atenuados
- Instigación o ayuda al suicidio
- Homicidio por piedad
- Aborto con o sin consentimiento

- Aborto procurado
- Aborto honoris causa
- Lesiones gravísimas
- Tortura
- Lesiones graves
- Lesiones leves
- Contagio venéreo
- Riña
- Agresión con arma
- Agresión calificada
- Abandono de incapaces
- Abandono por causa de honor

Resulta de suma importancia indicar que en algunos de los delitos transcritos anteriormente, aún cuando la tesis de principio revela que se podría otorgar la ejecución condicional de la pena; lo cierto al contener éstos una pena mínima de tres años de prisión, citado el ejemplo del delito de aborto, lesiones gravísimas y tortura; nos lleva a concluir que sería en casos excepcionales en los cuales el juez otorgue la pena mínima, lo que permitiría al condenado y cumpliendo los demás requisitos que señala la ley, solicitar el beneficio de ejecución condicional de la pena.

1.2 Relacionados con explotación sexual y corrupción de menores

En el caso de los delitos relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores, estos fueron incorporados a través de la Ley Contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, Ley N°7899, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 159 del 17 de agosto de 1999.

Igual que en punto anterior, en este caso se debe aclarar que no son todos los delitos relacionados con explotación sexual y corrupción de menores los que se verían afectados por la reforma propuesta; ya que la mayoría de estos delitos contemplan penas muy superiores al mínimo de tres años, requisito indispensable para que se otorgue el beneficio de ejecución condicional de la pena.

En concordancia con lo anterior, en el caso del delito de violación, el de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, abusos sexuales contra personas menores de edad, la corrupción agravada, así como el proxenetismo agravado; son delitos cuyas penas van de los cuatro a los dieciséis años de prisión, lo que nos lleva a concluir que no se pueda otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena.

Así las cosas, los delitos relacionados con explotación sexual y corrupción de menores que se verían afectados por la reforma propuesta a través del proyecto de ley número 17.489, son los siguientes:

- Relaciones sexuales con personas menores de edad
- Abusos sexuales contra las personas mayores de edad
- Corrupción
- Proxenetismo
- Rufianería
- Trata de personas
- Fabricación o producción de pornografía
- Difusión de pornografía
- Tenencia de material pornográfico
- Participación de terceros relacionados con la víctima por parentesco o que abusen de su autoridad o cargo
- Sanción a propietarios, arrendadores, administradores o poseedores de establecimientos

1.3 Secuestro extorsivo

En lo que refiere al delito de secuestro extorsivo, resulta inminente transcribir el artículo del Código Penal que describe el tipo penal relacionado con el delito en mención, el cual cita:

"Artículo 215. —Secuestro extorsivo. Se impondrá ***prisión de diez a quince años*** *a quien secuestre a una persona para obtener rescate con fines de lucro, políticos, político-sociales, religiosos o raciales.*

Si el sujeto pasivo es liberado voluntariamente dentro de los tres días posteriores a la comisión del hecho, sin que le ocurra daño alguno y sin que los secuestradores hayan obtenido su propósito, la pena será de ***seis a diez años de prisión****.*

La pena será ***de quince a veinte años de prisión****:*

(…)

La pena será de ***veinte a veinticinco años de prisión*** *si se le infringen a la persona secuestrada lesiones graves o gravísimas, y de* ***treinta y cinco a cincuenta años de prisión*** *si muere. (…)"* El subrayado es provisto.

La importancia de la transcripción anterior, relacionada con el numeral 215 del Código Penal actual, que contiene el tipo penal del secuestro extorsivo, resulta relevante en el entendido que las penas que contiene dicho delito, son muy superiores a los tres años como máximo, exigidos para que se pueda otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena. En contraposición, las penas del delito de secuestro extorsivo van de los seis a los cincuenta años de prisión, de acuerdo con el supuesto concreto mediante el cual se llevó a cabo la comisión del delito.

Lo anterior nos lleva a concluir que, la intención de incluir el delito de secuestro extorsivo como uno de los delitos en los cuales no se podrá otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena, desde el punto de vista exclusivamente técnico, resulta un sin sentido, ya que de acuerdo con los parámetros establecidos por ley a través del numeral 59 del actual Código Penal, aquellos delitos cuya pena sea mayor a los tres años de prisión, no se podrá otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena, siendo el delito de secuestro extorsivo, uno de esos.

1.4 Delitos contra la propiedad

Los delitos contra la propiedad se encuentran normados a partir del Título VII del Código Penal denominado con el mismo nombre.

Cuando se habla de delitos contra la propiedad se entienden los delitos de hurto, hurto agravado, hurto de uso, robo simple, estafa, estelionato, estafa informática, fraude de simulación, fraude en la entrega de cosas, estafa de seguro, estafa mediante cheque, administración fraudulenta, apropiación y retención indebidas, usurpación, usurpación de aguas, dominio público, daños, daño agravado, daño informático, sabotaje informático, suplantación de identidad, espionaje informático, instalación o propagación de programas informáticos maliciosos, suplantación de páginas electrónicas y el delito de difusión de información falsa.

1.5 Contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial

En el presente supuesto, el proyecto de ley presenta un serio problema; en el tanto es imposible individualizar cuáles son los delitos cometidos contra los cuerpos policiales. En principio, de acuerdo con la redacción del artículo de reforma propuesto en el proyecto de ley en cita, se deriva que en todo delito que sea cometido contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley General de Policía y la policía judicial; lo que provocaría una indeterminación para el juez a la hora de su aplicación concreta.

No obstante lo anterior, otra interpretación que podría derivar el proyecto radica en aquellos delitos, excluidos los analizados en párrafos anteriores, que aún cuando sea permitido la aplicación de la ejecución condicional de la pena, al ser cometidos contra cualquier cuerpo de policía y la policía judicial; estarían impedidos quien los cometa de optar por solicitar y someterse a la figura establecida en el artículo 59 del Código Penal.

Lo anterior nos lleva a afirmar que carece de todo sentido el incluir como parte de la lista taxativa, aquellos delitos cometidos contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley General de Policía y la Policía Judicial, porque dicha propuesta nos lleva a realizarnos la interrogante de cuáles bienes jurídicos pretende proteger con el punto contenido en la propuesta de reforma, debido a que de acuerdo con la redacción actual, sería todo delito cometido contra cualquier cuerpo de policía.

1.6 Delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado

En el caso de los delitos de crimen organizado, de acuerdo con lo regulado por la Ley contra la Delincuencia Organizada, Ley N° 8754, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 143 del 24 de julio de 2009; esta precisa los casos en los cuales estamos ante delitos propios de la criminalidad organizada. En relación con lo anterior, es que la Ley 8754 establece:

> ***"ARTÍCULO 1.- Interpretación y aplicación***
>
> *Entiéndese por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves.*
>
> *Lo dispuesto en la presente Ley se aplicará, exclusivamente, a las investigaciones y los procedimientos judiciales de los casos de delitos de delincuencia organizada nacional y transnacional. Para todo lo no regulado por esta Ley se aplicarán el Código Penal, Ley N.º 4573; el Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, y otras leyes concordantes.*
>
> *Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más."*

Así las cosas, para determinar la aplicación fáctica del inciso de exclusión establecido en el numeral 59 del proyecto de ley en estudio; referenciado a delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado, resulta indispensable nombrar lo que la Ley 8754 señala como delitos graves, en el tanto los define como aquellos, los cuales dentro de su rango de penas, puedan ser sancionado con prisión de cuatro años o más.

De acuerdo con el postulado anterior, las personas que sean condenados por la comisión de un delito grave a través de la figura de delincuencia organizada parte de delincuencia organizada; en principio, de acuerdo con las reglas actuales de la ejecución condicional de la pena, no podrían optar por ésta en el tanto la pena tiene un

rango superior a los tres años mínimos que establece el numeral 59 del actual Código Penal.

Por último, en cuanto a la incorporación del legislador en que se trate de delitos de dicha especie *"de forma principal o conexa", e*n el supuesto de conexidad, el legislador debió establecer en forma concreta y precisa los tipos o conductas penales a las que se refiere, conforme su gravedad, esto para evitar problemas a la hora de la aplicación concreta de la norma en el caso concreto.

Sección D: Posición del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial con relación al proyecto de Ley número 17.489

1. **Posición del Poder Legislativo**

Por medio del oficio con número de referencia N° ST.182-2010 J del 31 de agosto de 2011, formulado por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de nuestro país, se emitió el Informe Jurídico del Proyecto de Ley "Modificación del artículo 59 del Código Penal para varias las reglas para otorgar la Ejecución Condicional de la Pena", Expediente N° 17489; por medio del cual se arribó a las siguientes afirmaciones y conclusiones:

"I.- Resumen Ejecutivo.

El proyecto requiere para su aprobación la mayoría absoluta de los votos presentes de la Asamblea Legislativa. (…)

El proyecto no presente problemas de constitucionalidad, su aprobación es un asunto de política legislativa, sin embargo debe ser consultada preceptivamente a la Corte Suprema de Justicia.

II.- Objetivo del Proyecto de Ley.

La iniciativa pretende modificar el artículo 57 del Código Penal para introducir una lista taxativa de delitos en los cuales "no será posible aplicar la ejecución condicional de la pena. Dichos delitos comprenden acciones antijurídicas dolosas

contra la vida e integridad de las personas; los relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores; el secuestro extorsivo. Además, en los delitos contra la propiedad; contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial y delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado."

III.- Aspectos de Fondo.

(…)

b) Análisis del Articulado.

La Asamblea Legislativa es el órgano constitucional facultado para regular la política criminal del Estado costarricense mediante la ley.

La política criminal establece "la definición de conductas a las que se les atribuye una consecuencia penal. Es el legislador quien tomando en cuenta los bienes jurídicos que le interesa proteger, elige las conductas y les asigna su correspondiente sanción[162]."

No obstante esa facultad tiene límites porque "la imposición de sanciones penales, tratándose de los supuestos de razonabilidad y proporcionalidad, deben ajustarse al daño o lesión al bien jurídico y las consecuencias que de él se produzcan[163]."

En este sentido, el legislador tiene la competencia para diseñar la política criminal del Estado y definir mediante la ley los requisitos que el juez penal debe observar para poder aplicar, facultativamente, el beneficio de ejecución condicional de la pena, ante la solicitud que plante una persona que ha sido condenada por sentencia firme.

Dado que el beneficio de la ejecución condicional de la pena no es un derecho del condenado, sino una facultad que el legislador atribuye al juez penal para que la ejercite dentro de los parámetros constitucionales y legales que regulan la

---

[162] Sentencia de la Sala Constitucional, número 3251 del año mil novecientos noventa y siete.
[163] Artículo 121 inciso l) en relación con los artículos 28, 33, 37,39 y 41 de la Constitución Política.

aplicación del principio de legalidad en materia penal, el legislador puede aprobar normas que limiten o incluso impidan el ejercicio de ese beneficio en consideración de la gravedad del delito cometido por el condenado. En realidad, esto último es una manifestación práctica y expresa de la competencia que tiene el legislador para dictar los lineamientos de la política criminal que debe seguir el Estado.

Por ello, esta asesoría considera que el contenido de la iniciativa en comentario no lesiona el Derecho de la Constitución y que la aprobación de esa iniciativa obedece a criterios de política criminal."

2. Posición del Poder Ejecutivo

Mediante oficio con número de referencia 809-2011-DM del 20 de junio de 2011, el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública de Costa Rica se apersonó a brindar opinión sobre el proyecto de Ley en estudio. Al respecto, indicaron lo siguiente:

"Tal y como se indica en la exposición de motivos, el proyecto sometido a consulta pretende excluir de la facultad del juzgador para aplicar la ejecución condicional de la pena, las acciones antijurídicas dolosas contra la vida e integridad física de las personas, las relacionadas con la explotación sexual y corrupción de menores, el secuestro extorsivo, delitos contra la propiedad, contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley General de Policía, la Policía Judicial, y delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado.

(…)

Es evidente que el proyecto busca proteger con mayor asertividad bienes jurídicos de orden social con sustento constitucional, razón por la cual, evidentemente, reviste gran importancia para la sociedad costarricense, la cual demanda acciones concretas y positivas a las autoridades judiciales y a las encargadas del orden y de la seguridad pública.

Únicamente con la finalidad de contribuir a la depuración de la norma sometida a consulta, me permito realizar las siguientes observaciones:

- *El beneficio de ejecución condicional de la pena, tal y como se indica en el artículo 59 del Código Penal, aplica únicamente en aquellos delitos cuya pena no exceda de tres años, y consista en prisión o extrañamiento, sin embargo, en la redacción de la norma se incluyen delitos cuyas penas exceden el mínimo de los tres años y se utilizan nomenclaturas de delitos que en nuestra legislación se regulan bajo otros tipos. A manera de ejemplo se cita:*
  - *"Corrupción de menores": en nuestra legislación se regula en el artículo 168 del Código Penal inciso 1) bajo el tipo de "corrupción agravada", cuya pena es de cuatro a diez años de prisión, por lo que el mínimo de la pena no permite la aplicación del beneficio de ejecución condicional.*
  - *"Delitos relacionados con explotación sexual": en nuestra legislación se regulan en el artículo 172 del Código Penal, que establece el delito de "trata de personas" y sanciona la explotación sexual. Las penas del delito van de los seis a los diez años de prisión, por lo que tampoco permite la aplicación del beneficio.*
  - *El término "delitos contra la propiedad" es muy amplio. Nótese que el Código Penal en esas categorías tipifica desde el hurto, el cual tiene pena muy baja, hasta los robos agravados, cuya penalidad va de los cinco a los quince años de prisión, por lo que no procedería la aplicación del beneficio.*

Por lo anterior, se recomienda la modificación del proyecto para que se incluyan únicamente aquellos tipos penales que en virtud del mínimo de la pena permitan el beneficio, y que en razón de su gravedad, sea necesario excluirlos del beneficio de la ejecución condicional de la pena.

Por último, en el inciso e) se indica: "contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial". Se entiende que el delito debe ser cometido contra "cualquier funcionario policial perteneciente a alguno de los cuerpos policiales creados mediante la Ley General de Policía o por

ley especial", lo cual incluye a la policía judicial y no excluye a otros funcionarios policiales como los del Servicio Nacional de Guardacostas, creados por la Ley N°8000."

3. Posición del Poder Judicial

3.1 Corte Suprema de Justicia

A través del oficio con número de referencia SP-339-2011, fechado del 5 de agosto de 2011 y emitido por la Corte Suprema de Justicia; se procedió a atender la solicitud por parte de la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa, de referirse acerca del proyecto de ley N°17489. Al respecto, hicieron mención en los siguientes términos:

> *"(…) En cuanto al instituto de la ejecución condicional de la pena.*
> *En la exposición de motivos del proyecto se afirma lo siguiente:*
> *(…)*
> *Por lo que no existe limitación alguna al otorgamiento de este beneficio, más allá de la propia voluntad del juez, independientemente de la clase o gravedad de delito que haya cometido el condenado.*
>
> *Esta última afirmación es incorrecta, fue el mismo legislador quien señaló expresamente en el Código Penal los límites que tiene el juez para aplicar esa figura.*
>
> *El artículo 59 del Código Penal establece que los únicos casos en que procede su aplicación es cuando la pena impuesta no exceda de tres años y sea de prisión o extrañamiento. Este límite de tres años de prisión implica que sólo se puede aplicar en delitos cuyo reproche es mínimo, ya que en caso de la comisión de delitos graves, incluso los propuestos en el Proyecto de Ley, el reproche sería mucho mayor y la pena impuesta sería muy superior a los tres años.*
> *(…)*

Además de los requisitos legales que debe cumplir el sentenciado, el juez también puede imponerle otras condiciones a cumplir durante el periodo de ejecución condicional (artículo 61).

(…)

Como puede constatarse, no es correcta la afirmación constante en la exposición de motivos del Proyecto de Ley en el sentido de que "no existe limitación alguna al otorgamiento de este beneficio, más allá de la propia voluntad del juez, independientemente de la clase o gravedad de delito que haya cometido el condenado", pues los casos en que puede aplicarse, los requisitos, las condiciones que debe cumplir el sentenciado, así como el término y los casos en que debe revocarse la ejecución condicional no los define la voluntad del juez, sino las reglas específicas establecidas por el legislador en el Código Penal.

También debe tenerse presente que si existiera inconformidad con la imposición de la ejecución condicional de la pena, ese aspecto de la sentencia condenatoria puede ser recurrido por el Ministerio Público y las demás partes del proceso ante la Sala de Casación Penal, donde se constataría y controlaría que la resolución se ajuste lo dispuesto por ley.

Debe señalarse que cuando el legislador diseñó este instituto tuvo fundamento e intención el buscar la rehabilitación del sentenciado; en especial de aquellas personas que cometen un delito de mínima gravedad por primera vez, y evitar así que tuviera que cumplir una pena mínima de prisión con los nefastos efectos colaterales que implica la convivencia en la cárcel con personas que cumplen altas condenas por delitos graves y por largos periodos.

Tampoco es correcto afirmar que la ejecución condicional de la pena propicie la impunidad, pues la imposición y el cumplimiento de este tipo de ejecución implica la existencia de una sentencia condenatoria firme.

Además, la ejecución tampoco propicia la impunidad ya que su razón de ser apunta al mejor cumplimiento de los fines de la pena, exigiéndose por ley que

durante el periodo de ejecución el sentenciado no vuelva a cometer otro delito sancionado con pena superior a los seis meses de prisión. Para reforzar este objetivo la ley impone que el juez solicite un informe del Instituto de Criminología (del Ministerio de Justicia) en donde se determine, si ese es el caso, el grado de posible rehabilitación del reo (artículo 60).

Pero si a pesar de las previsiones existentes, aún así el sentenciado incumple las condiciones impuestas, el mismo artículo 63 del Código Penal dispone que debe revocarse la ejecución condicional y en consecuencia el sentenciado debe cumplir la pena de prisión. Con lo que se demuestra una vez más, que el instituto no propicia la impunidad.

En cuanto a la propuesta de reforma del artículo 59 del Código Penal.

En nuestro criterio el Proyecto de Ley sometido a consulta sí afecta el funcionamiento del Poder Judicial dado que limita la función de subsunción propia de la función judicial al pronunciarse sobre la ejecución condicional de la pena.

Además, es contrario al principio de igualdad y de proporcionalidad, ya que determina supuestos totalmente amplios donde cabe todo tipo de conducta delictiva independientemente del bien jurídico tutelado, de la gravedad de la lesión y del grado de culpabilidad.
Prácticamente se estaría eliminando la ejecución condicional de la pena con costos económicos incalculables para el sistema penal y penitenciario.
(…)
Desde el punto de vista criminológico también es muy importante entender que el joven que por primera vez delinque y que de inmediato es puesto en el Sistema Penitenciario, los pronósticos de rehabilitación son prácticamente insignificantes. Una persona de 18 a 19 años que comete un delito, que en todo caso no sería un delito de suma gravedad, porque permitiría la imposición de una pena de 3 años, que no tenga esa alternativa, pues desde el punto de vista social también es un riesgo muy grande para controlar las carreras delictivas que normalmente

inician cuando los jóvenes de 20 años o menos, se enfrentan al internamiento obligatorio en un centro carcelario. Estas consideraciones de tipo criminológico o social no las he impuesto en el informe, pero sí me parece que alterar esa regla lejos de beneficiar el funcionamiento integral del sistema vendría a perjudicarlo. (…)

Agrega el Magistrado Castillo: me parece que este proyecto tampoco tiene una base estadística que venga a demostrar que con él se pretende solucionar un problema real. Una de las características que tiene las sociedades subdesarrolladas es que actúan siempre con base en criterios irracionales, no estadísticos, ni objetivos y me parece que en este caso uno no encuentra una base científica para apoyar este proyecto. Estimo que la corte mal haría en promover un proyecto que no tiene ni pies ni cabeza, que no tiene bases científicas y que tampoco lleva los elementos estadísticos necesarios que demuestren que efectivamente se pretende con él solucionar un problema real de la sociedad y es que uno no puede en estos casos tomar un línea de pensamiento y decir esta es la línea y a partir de ahí hacer una deducción y decir con base en esto vamos a solucionar un problema. (…) En resumen, yo no le encuentro ni pies ni cabeza a este asunto y no estoy dispuesto con mi voto a apoyar políticas criminales que no tengan bases científicas."

A pesar de las argumentaciones expuestas anteriormente, en la votación por aprobar o improbar la propuesta del proyecto de Ley N° 17.489, se recibieron ocho votos a favor, por medio de los cuales se aprobó la propuesta por parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, mismos que al respecto indicaron:

"Acorde con lo expuesto, la propuesta no pretende eliminar la posibilidad de aplicar la condena de ejecución condicional de la pena en el ordenamiento jurídico costarricense, sino que más bien su finalidad es no autorizarlo expresamente para aquellos delitos, que se estiman más gravosos. Desde esta perspectiva, la proposición se enmarca dentro del ámbito y desarrollo de la política criminal, mediante la cual el legislador se encuentra facultado para determinar las penas impuestas a las conductas delictivas, con la única limitación

de respetar las garantías procesales instituidas para todas las personas sometidas a la Administración de Justicia, así como en la posibilidad de otorgar o no este tipo de beneficio, que como tal no constituye un derecho instituido a favor de los sujetos sentenciados.

La ejecución condicional de la pena se encuadra dentro de lo que se denomina "prevención especial positiva" o "resocialización del delincuente", lo que no implica que en todo tipo de ilícito deba necesariamente admitirse, sino que, por el contrario, tal y como se propone en el proyecto de reforma, puede limitarse para algunos tipos penales, sin que ello vulnere principios constitucionales, puesto que la función de la pena y la ejecución condicional de la misma, tienen fines distintos. Desde esta misma perspectiva, dicha limitación no resulta contraria con el contenido de las normas plasmadas en nuestra Constitución Política y la misma Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, así como la función resocializadora y rehabilitadora que se postula. Se debe tener claro que la política criminal corresponde, en su descripción y diseño, así como en su promulgación en normas jurídicas, a la Asamblea Legislativa.

(…)

No obstante, se observa en el proyecto de ley problemas en cuanto a los supuestos taxativos en los que no procede otorgar el beneficio, afectando con ello la correcta elaboración de la norma, cuyo contenido debe ser siempre claro, preciso, expreso e inequívoco y, en tal sentido, dado a conocer a la ciudadanía."

3.2 Defensa Pública

Mediante el oficio con número de referencia JEF-1387-2010 del 27 de julio de 2010, la Defensa Pública procedió a emitir criterio institucional en relación con el proyecto de ley N°17489 sobre la "Modificación del artículo 59 del Código Penal, Ley N° 4573, para variar las reglas para otorgar la ejecución condicional de la pena." Al respecto, en escrito de remisión indican:

"Jurisprudencialmente, se ha considerado que será resorte del juzgador otorgar o no el beneficio de ejecución condicional de la pena, situación que deberá ser valorada para el caso concreto, en particular desde la perspectiva de la utilidad de la pena, situación donde cobra especial relevancia la función de esta última.

Nuestro Código Penal, en su artículo 51 establece que "…La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine de manera que ejerza sobre el condenado una acción rehabilitadora…". El factor resocializador de la pena, es un eje rector en la aplicación de la misma, por lo que si la condena no tendiese a ese eje, toda vez que por las mismas características del caso el sujeto fuera compatible con los requerimientos mismos de la vida en sociedad y las circunstancias procesales lo permiten, será precisamente cuando el juzgador pueda otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena.

La limitación que pretende el proyecto de Ley N° 17.489, anularía esta posibilidad y asumiría directamente una posición de aplicación de la pena contra-rehabilitadora, situación abiertamente contraria a los derechos humanos en la materia.

La importancia de la finalidad rehabilitadora de la pena es precisamente tutelada a nivel de normativa internacional, así, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, ONU, en su numeral 60.1 le consagra como finalidad.

Crear una prohibición taxativa de delitos a los cuales no se les podrá otorgar este beneficio, además de suprimir al juez la valoración de esta posibilidad, propiciará la imposición de condenas contrarias a la función rehabilitadora de la pena.

Por lo expresado, la recomendación de la Defensa Pública del Poder Judicial es que el proyecto de Ley 17489 sea archivado."

3.3 Fiscalía General de la República

A través del oficio con número de referencia FGR-474-2011 del 6 de junio de 2011, la Fiscalía General de la República se pronunció acerca del Proyecto de Ley N° 17489, en los siguientes términos:

> *"(…) La sanción penal funciona como un instrumento de control social formal, de segregación, mediante la cual se resuelve de la forma más drástica el conflicto social. Precisamente por las características, efectos y secuelas de la sanción penal, resulta necesario que la facultad sancionatoria del Estado ejerza bajo determinados límites, garantizando el respeto a las condiciones mínimas que exige la calidad humana y los derechos fundamentales de todo ciudadano.*
>
> *La pena privativa de libertad tiene por además disposición legal expresa una finalidad "rehabilitadora", que deslegitima la finalidad estricta o exclusivamente retributiva. El fundamento constitucional de la sanción penal da prioridad sobre estos fines: de prevención especial positiva con la rehabilitación y general negativa con la retribución- al principio de la humanidad que impone respeto a la dignificación de la persona.*
>
> *(…)*
>
> *En relación con esta propuesta legislativa y siendo consecuente con la tradición humanista de la Sala Constitucional es criterio de esta representación que la reforma propuesta podría tener vicios de inconstitucionalidad en razón de que resulta desproporcionado e irracional porque no hay una verdadera comprobación empírica de que el cumplimiento efectivo de las penas en un recinto penitenciario cerrado contribuya a los fines de política criminal preventiva que el proyecto quiere darle, muy por el contrario se estaría privando a los jueces de juicio la posibilidad de evaluar en cada caso concreto y conforme los parámetros del artículo 71 del Código Penal en cuanto a la fijación de la pena y el artículo 60 del mismo cuerpo legal, respecto de los requisitos para conceder la condena de ejecución condicional de la pena, cuyo impacto sería el agravamiento del hacinamiento carcelario, que a corto, mediano y largo plazo*

resulta insostenible para el estado costarricense y que pondría al país innecesariamente en el mismo nivel de otros países que han sido acusados de violentar derechos humanos de las personas privadas de libertad. Señalar que con no otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena en los delitos enumerados en esta propuesta legislativa contribuirá a combatir la impunidad constituye una falacia de atinencia por apegarse a la amenaza de la aplicación irrestricta y sin excepciones de la pena de prisión, queriendo con ello enviar un mensaje de fuerza o de firmeza a la población cuando ya estas técnicas han demostrado ser absolutamente ineficaces."

Sección E: Afectación concreta del proyecto de Ley número 17.489 a los Principios provenientes de tratados internacionales y de la Constitución Política

Introducción

Como se pudo observar en el capítulo dos del presente trabajo de investigación, el derecho penal responde, como todo el ordenamiento jurídico, a los modelos de estado vigentes en determinados momentos históricos, lo que deriva en una sujeción de la normativa en sentido amplio, a los valores establecidos en una determinada sociedad.

En el país, la Sala Constitucional ha determinado a través de su jurisprudencia, que a pesar de la inexistencia de una norma que refiera expresamente al Estado Social y Democrático de Derecho, este se desprende de un conjunto de valores y principios de carácter constitucional que han sido utilizados por la sala, para llegar a dicha conclusión. Es así como en concordancia con el artículo 1, 9, 11, 33, 50 y 74 de la Constitución Política, derivan en revestir el Estado costarricense, en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Al respecto, la Sala Constitucional ha expresado: "*el derecho no es simplemente un agregado de derechos subjetivos; también lo conforma un orden de convivencia -objetivo-, razonable y democrático, expresión de los valores del Estado Social de Derecho (artículos 74 y 50 de la Constitución). El orden desvinculado de los derechos de las personas es dictatorial; la tutela de derechos subjetivos sin sujeción a un sentido objetivo*

de la justicia es el reino de los más fuertes. Ambos extremos son ajenos a la constitución, vigilante tanto de los principios esenciales de la justicia como de los derechos subjetivos fundamentales: Autoridades y libertades han de encontrar en todas las tareas estatales, no se diga en las jurisdiccionales, su difícil y siempre inestable equilibrio."[164]

En concordancia con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en aplicación concreta al carácter punitivo del derecho penal, así como todo proyecto legislativo cuya finalidad sea restringir derechos consagrados para aquellas personas a las que se les tenga que aplicar la acción punitiva; deben considerar de una manera totalmente vinculante, ese orden de convivencia, objetivo, razonable y democrático, así como esa expresión de los valores y principios que forman parte de lo que la sala ha determinado conforman un Estado Social y Democrático de Derecho.

En razón de lo anterior, cualquier desvinculación de los derechos establecidos por medio de los principios que derivan de la Constitución Política y de instrumentos internacionales concluye en una transgresión de los mismos, convirtiendo en ilegal cualquier medida limitativa de determinados derechos fundamentales.

En síntesis, la promulgación de la ley penal debe ser congruente con los principios contenidos en la Carta Magna, así como los que se encuentren en los tratados internacionales; que regulan la protección de los derechos humanos y que además conforman el bloque de constitucionalidad en la materia y demás legislación ordinaria, tomando en consideración lo que la Sala ha manifestado, en el entendido que los tratados internacionales que regulan la materia de los derechos humanos, adquieren carácter aún superior a la Constitución en el tanto estos otorguen mayores beneficios y garantías que los reconocidos en la misma carta fundamental.

1. Afectación concreta a los principios derivados de la Constitución Política

1.1 Principio de igualdad

El principio de igualdad tiene su fundamento y razón de ser en el numeral 33 de la Constitución Política, por medio del cual se prohíbe cualquier discriminación

[164] Sentencia de la Sala Constitucional, número 5386 del año mil novecientos noventa y tres.

contraria a la dignidad humana. Dicho principio está relacionado con la justicia, en el sentido de reconocer al otro como igual, poseedor de los mismos derechos frente al estado.

El principio de igualdad en materia penal, forma parte del derecho positivo como principio fundamental y como norma rectora, razón por la cual tiene el carácter de norma jurídica superior que rige de manera particular sobre las normas del ordenamiento penal, constituyéndose en un límite a la intervención punitiva del Estado, en la espera de la libertad de los individuos, por tanto en una garantía de estos frente aquel.

Así las cosas, la propuesta legislativa que se tramita por medio del Proyecto de Ley número 17.489, para reformar el artículo 59 del actual Código Penal que regula la ejecución condicional de la pena, pretende establecer una lista taxativa de delitos, en los cuales no será permitido al juez otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena.

Como se observó en capítulos anteriores, los delitos que restringen la facultad del juez de otorgar la ejecución condicional de la pena, serían los siguientes: Delitos contra vida e integridad física de las personas, relacionadas con la explotación sexual y corrupción de menores, secuestro extorsivo, contra cualquier cuerpo de policía establecido en la ley general de policía y la policía judicial, así como los delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado.

En la actualidad, el numeral 59 del Código Penal otorga la facultad al juez de aplicar la condena de ejecución condicional de la pena, cuando ésta no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento. Debe considerarse que cuando el legislador diseñó este instituto tuvo como principal objetivo el buscar la rehabilitación del sentenciado; en especial de aquellas personas que cometen un delito de mínima gravedad por primera vez, y evitar así cumplir una pena mínima de prisión con los nefastos efectos colaterales que implica la convivencia en la cárcel con personas que cumplen altas condenas por delitos graves y por largos periodos.

Ahora bien, como se desprende del proyecto de ley en cita, el establecer una lista taxativa de delitos en los cuales, aún cumpliendo los requisitos señalados para el otorgamiento de la ejecución condicional de la pena, supeditados al artículo 60 del Código Penal, los cuales hacen referencia, entre otros; a la condición de delincuente primario así como al hecho que la pena no exceda de tres años de prisión o extrañamiento; atenta contra el principio de igualdad regulado por medio del numeral 33 de la Carta Magna, en el tanto la decisión de establecer una lista taxativa sin una justificación técnica-jurídica, del porqué las personas que cometan dichos delitos sí deben cumplir su pena en la cárcel, lo convierte en discriminatorio y sin un fundamento sólido acerca de la política criminal que se pretende acordar.

Aunado a lo anterior, en la exposición de motivos del proyecto en análisis formulado por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa se acuerda:

> *"Dado que el beneficio de la ejecución condicional de la pena no es un derecho del condenado, sino una facultad que el legislador atribuye al juez penal para que la ejercite dentro de los parámetros constitucionales y legales que regulan la aplicación del principio de legalidad en materia penal, el legislador puede aprobar normas que limiten o incluso impidan el ejercicio de ese beneficio en consideración de la gravedad del delito cometido por el condenado. En realidad, esto último es una manifestación práctica y expresa de la competencia que tiene el legislador para dictar los lineamientos de la política criminal que debe seguir el Estado."*

En vista de lo anterior, parece concurrir una errónea apreciación por parte de la comisión legislativa encargada de darle trámite al proyecto, en el sentido de estimar la ejecución condicional de la pena como una facultad otorgada al juez, no como un derecho del condenado. Al respecto, a pesar que el numeral 59 del Código Penal señala expresamente que se trata de una facultad del juez, lo cierto es que todo aquel delincuente primario condenado con una pena de prisión no mayor a tres años o pena de extrañamiento, que cumpla con los demás presupuestos establecidos en el numeral

60 y 61 del mismo cuerpo normativo citado a inicios de párrafo; se vuelve acreedor de dicho beneficio que no podrá ser denegado por el juez si no existe un fundamento jurídico para su denegatoria.

Es decir, aquel condenado cuya pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento y además, medie un análisis de la personalidad del mismo y su vida anterior al delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales, así como su comportamiento posterior a la comisión del mismo, dando énfasis como lo señala el numeral 60 del Código Penal, a su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto; harán de la persona la condición de merecedor de la ejecución condicional de la pena. Además, de requerir un informe del Instituto de Criminología en donde se determine, el grado de posible rehabilitación del reo.

En concordancia con lo anterior, es que se concluye que el beneficio de la ejecución condicional de la pena se convierte en un derecho, una vez que la persona condenada cumple con los requisitos para su otorgamiento. Es decir, si el sujeto presenta todos los requerimientos, en principio el juez no podrá denegar la ejecución condicional de la pena, lo que lo convierte en un derecho del individuo, aspecto que deslegitima la facultad del legislador, de limitar e incluso impedir para los casos previstos, sin una base fáctica de sustento solida, al juez el otorgamiento del mismo.

Ahora bien, cuando se cita la legitimidad que tiene el legislador de limitar e impedir el otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de la pena bajo los supuestos establecidos, tomando en consideración la gravedad del delito cometido por el condenado, queda muy en duda la gravedad que estima el legislador para ciertos delitos definidos en el proyecto de ley, como los delitos contra la propiedad, citando por ejemplo el delito de hurto, cuya pena en un caso concreto podría ser incluso de un mes de prisión; pena que según el proyecto en cita, tendría necesariamente que ser cumplida en la cárcel, aún cuando el condenado adquiera la condición de primario y cumpla con los demás requisitos considerados para el beneficio de ejecución de la pena, mismos que han sido citados en líneas anteriores.

Adicionalmente, otros de los delitos que se señalan como excluidos de la posibilidad de otorgar la ejecución condicional de la pena, son precisamente aquellos cometidos contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial; lo que lleva a la interrogante de cuál es la gravedad que estima el legislador en que un individuo que cometa actividades delictivas contra un cuerpo de la policía limiten el otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de la pena. Lo anterior genera un contrasentido, en el tanto deben estar los policías en el cumplimiento de su deber, preparados para cualquier reacción de la población civil; por el grado de exposición que estos ostentan a la hora de procurar mantener el orden público.

Es decir, se estima que un delito cometido contra un cuerpo policial por el simple hecho de ostentar la condición policial, no debe considerarse de tal gravedad que amerite el impedir otorgar el beneficio de ejecución condicional de pena; tomando en consideración la implicación de supresión total de la figura de la ejecución condicional de la pena, en el caso de las personas condenadas por un delito cometido, independientemente de la gravedad del mismo, por el simple hecho de haber sido cometido contra un cuerpo de la policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial; aspecto que agrava aún más la transgresión al principio de igualdad que señala el numeral 33 de la Constitución Política.

En síntesis, el proyecto de ley en cita atenta contra el principio de igualdad en el sentido de establecer una lista taxativa de delitos en los cuales el juez se verá impedido de otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena, proyecto de ley que carece de un fundamento sólido, lo que implica que sea discriminatorio en cuanto a la lista de delitos se refiere, sobre todo tomando en consideración la inexistencia de la gravedad de los delitos definidos en el proyecto, lo cual resulta equívoco en el tanto se establecen delitos que contemplan incluso penas de un mes de prisión, lo que convierte al proyecto en discriminatorio y contrario al principio de igualdad.

1.2 Principio de Proporcionalidad

Con relación al principio de proporcionalidad en materia penal, debemos enfatizar que adquiere una importancia mayúscula tomando en consideración la sujeción del derecho punitivo a los derechos fundamentales derivados de tratados internacionales y de la propia Constitución Política. Al respecto, se admite que la libertad es el punto de partida de la vida en sociedad; por ende, citada regla general sólo puede ser restringida excepcionalmente por la ley, cuando otras razones constitucionales así lo exijan.

Así las cosas, se puede decir que el principio de proporcionalidad viene a cumplir una función limitadora del poder estatal, resultando un equilibrio entre el derecho de castigar del estado y los derechos de las personas sometidas a esa facultad de castigar, en la aplicación de un caso concreto.

Al respecto, retomando lo señalado en el capítulo II del presente trabajo, RIVERO SÁNCHEZ sostiene que *"el legislador no puede definir cuándo y cómo se le antoje cuáles conductas deben ser consideradas como delito, ni tampoco es libre de reprimir indiscriminadamente esas conducta con las penas y medidas de seguridad que arbitrariamente decida imponer, sin lesionar al mismo tiempo con ello el principio de prohibición de exceso"*.[165]

Ahora bien, acudiendo al estudio del presente principio a la luz del Proyecto de Ley N°17.489, se debe realizar una ponderación de la relación medio-fin; en relación con el objetivo que se pretende obtener con la limitación del beneficio de ejecución condicional de la pena en los delitos definidos taxativamente en la propuesta de modificación del numeral 59 del actual Código Penal.

De esta manera, adquiere vital importancia definir la existencia de un posible exceso de medida de conformidad con la política criminal represiva que se estaría asumiendo con la aprobación de la ley penal mediante el proyecto en mención, en el tanto no existe un estudio que ratifique la necesidad que las personas condenadas por

---

[165] RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op, cit, pág. 90-91.

los delitos taxativamente definidos en el proyecto de ley, a pesar de cumplir con los demás presupuestos de otorgamiento establecidos, vean limitado dicho beneficio y tengan que cumplir la pena en la cárcel.

Ahora bien, es importante recalcar las gravosas consecuencias que implican enviar las personas a prisión, consecuencias que sí han sido probadas por medios científicos, consecuencias que implican estigmatización, privación de derechos fundamentales, marginalización y pérdida de identidad del condenado. Es decir, la limitación al beneficio de ejecución condicional de la pena que pretende establecer el proyecto de ley, resulta una intromisión excesiva por parte del Estado; en el entendido de considerarse completamente desproporcionado que quienes han sido sentenciados a un mes de prisión y ostenten la categoría de delincuentes primarios, además de cumplir con los presupuestos señalados al efecto en el numeral 60 y 61 del Código Penal, vean suprimido dicho derecho y sean expuestos a la degradación que implican los centros penales en la actualidad.

En relación con el principio de proporcionalidad, es menester acudir a lo señalado por la Sala Constitucional; la cual en reiteradas ocasiones ha delimitado y contextualizado citado principio, al determinar: *"(…) La propia jurisprudencia constitucional ha señalado como sus componentes los de: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, considerando que: "... La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y l**a proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo…"*[166]

[166] Sentencia de la Sala Constitucional, número 3933 del año mil novecientos noventa y ocho.

En concordancia con lo anterior, se estima que establecer una lista taxativa de delitos, algunos con penas cuyo mínimo resulta mayor a los tres años de prisión, como en el caso de los delitos contra la vida en integridad física de las personas y aquellos relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores; así como otros que establecen penas poco significativas como ciertos delitos contra la propiedad; resulta contrario al principio de proporcionalidad, en el sentido de darle un mismo trato (impedir el beneficio de ejecución condicional de la pena) a delitos que primero, protegen bienes jurídicos distintos y segundo, señalan penas muy variadas y distantes.

1.3 Principio de razonabilidad

En relación con el principio de razonabilidad, RODRÍGUEZ OCONITRILLO ha manifestado: *"(…) la razonabilidad en el Derecho es una técnica valiosa para proteger los derechos verdaderamente fundamentales."*[167] Es así como se concluye que este principio va de la mano con el principio de proporcionalidad, en una búsqueda de protección del individuo, contra aquellos actos emanados del Estado que puedan generar lesiones a los derechos fundamentales del ser humano.

Tal y como se definió en el capítulo II del presente trabajo, dentro de la razonabilidad de las leyes, se distinguen dos categorías de razonabilidad jurídica: la razonabilidad de la ponderación y la razonabilidad de la selección, dándose cada una en la valoración que hace el legislador al dictar la norma.

La razonabilidad de la ponderación hace referencia a la igualdad o equivalencia axiológica entre la descripción de las situaciones fácticas que van a ser reguladas por la norma, supuesto fáctico del proyecto de ley que no se cumple, ya que la mayoría de los delitos que forman parte de la lista taxativa del proyecto cuentan con penas superiores a los tres años de prisión, lo que deriva en el no otorgamiento de la ejecución condicional de la pena por parte del juez penal, en los términos establecidos en la actualidad.

---

[167] RODRÍGUEZ OCONITRILLO, Pablo. Op, cit, pág. 83.

En lo que a la razonabilidad en la selección respecta, al consistir ésta en la determinación del hecho antecedente de la norma, se determina que el proyecto de ley carece de razonabilidad en relación con la importancia que significa el darle un trato diferenciado a quienes cometan ciertos delitos, aún cuando no existe un fundamento concreto en el sentido de que dichos delitos sean considerados de especial gravedad y por ende, de un trato especial que genere una limitación de un derecho fundamental como lo es la libertad.

Ahora bien, con la finalidad de determinar con mayor claridad que el proyecto de ley en cita resulta irrazonable, es menester aplicar lo que en doctrina se denomina como el *"test de razonabilidad de la ley"*[168] en sentido amplio, el cual incluye los siguientes pasos:

1. La averiguación de los motivos determinantes, de índole técnico-social, que llevaron al legislador a sancionar la ley.
2. La determinación de los fines que el legislador procuró alcanzar mediante la ley, y si los mismos son acordes con el punto anterior.
3. Averiguar si las normas promulgadas están o no de acuerdo con los valores constitucionales.

En congruencia con lo anterior, se llega a la conclusión de la inexistencia en el proyecto de ley que pretende modificar el numeral 59 del Código Penal, de una determinación clara de los motivos concluyentes, de índole técnico-social, que podrían motivar al legislador sobre la viabilidad de aprobar el proyecto supracitado. Además, no existe lucidez en cuanto a los fines que se pretenden alcanzar con la modificación al numeral propuesto; aunado a la comprobación existente de una posible arbitrariedad del proyecto de ley, en relación con los principios de igualdad y razonabilidad, principios que la Sala les ha otorgado por medio de nutridos pronunciamientos, rango constitucional.

---

[168] ALONSO GARCÍA, Enrique. Op, cit, pág. 211.

1.4 Principio de necesidad

El principio de necesidad, vinculado especialmente con la intervención mínima o de la alternativa menos gravosa y de la subsidiaridad, tiene por finalidad que los derechos individuales sean eficaces, imponiendo una limitación a los órganos del Estado, debiéndose siempre comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir la que sea menos gravosa.

La esencia del principio de necesidad se dirige a la protección de los derechos del individuo, de modo tal que estos no sean sacrificados en contraposición con la posibilidad de utilizar otras medidas lo suficientemente idóneas para alcanzar el mismo fin. Por ende, debe existir una ponderación de medidas para así determinar cuál resulta menos gravosa al ser humano y que por medio de la misma, se obtenga el fin buscado.

En relación con el principio de necesidad, el jurista costarricense LUIS PAULINO MORA resalta que la injerencia en un derecho fundamental, debe ser siempre la última ratio, al indicar: *"(…) características de la reacción penal legítima de un Estado de Derecho a nivel abstracto, tales como el carácter subsidiario del Derecho Penal, ya que éste es válido sólo y únicamente donde la tutela del bien jurídico no puede ser protegido por otros medios menos trascendentales para los derechos del individuo, ya que el Derecho Penal se constituye en la última ratio del ordenamiento."*[169]

Ahora bien, resulta conveniente cuestionar la viabilidad legal, desde el punto de vista del principio de necesidad, que podría significar la aprobación en la Asamblea Legislativa, de un proyecto de ley que implique para ciertos delitos descritos de forma taxativa, que el cumplimiento de sus penas sea únicamente la privación de libertad, sin tomar en consideración las consecuencias desde una óptica social, que conllevaría el hecho que un delincuente primario que cumpla con los parámetros actuales establecidos para ser receptor del beneficio de ejecución condicional de la pena, se

[169] MORA LIZANO, Luis Paulino y NAVARRO SOLANO, Sonia. Op, cit, pág. 174.

vea sometido al grado de marginalización y degradación que implica una pena privativa libertad y el contacto inminente con lo que se denomina el submundo de las cárceles.

En vista de lo anterior, es que el principio de necesidad es concebido en la jurisprudencia constitucional como:*"(…) la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona (…)."*[170]

"(…) debe ser necesario, es decir, que debe imponer la menor cantidad posible de restricciones a los derechos fundamentales de los habitantes de la República, lo que supone que el medio empleado por el legislador debe ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo propuesto y, sólo puede ser necesario, cuando el legislador no podía haber elegido otro medio, igualmente eficiente, pero que no limitase o lo hiciere de forma menos sensible el derecho fundamental."[171]

Así las cosas, en afinidad con el pronunciamiento reseñado en el párrafo anterior, resulta inminente cuestionar la viabilidad, desde todos los puntos de vista, de concebir el hecho de mandar a una persona a cumplir su pena directamente a la cárcel, en que sea éste el medio adecuado y necesario, sin que existan otros medios, igual o incluso más eficientes, que permitan al individuo una posible recapacitación acerca del daño provocado y así, evitar se transgreda un derecho tan fundamental como lo es la libertad, como se pretende realizar con el proyecto análisis del presente trabajo.

En síntesis, lo señalado anteriormente en relación con el principio de necesidad, nos lleva a concluir acerca de la inminente afectación a dicho principio, en consideración de otros medios idóneos para lograr el fin de resocialización del individuo, como lo es precisamente la figura de la ejecución condicional de la pena, en los términos de funcionamiento actual, figura que sin lugar a dudas, genera mayores

---

[170] Sentencia de la Sala Constitucional, número 3933 del año mil novecientos noventa y ocho.
[171] Sentencia de la Sala Constitucional, número 5132 del año dos mil once.

beneficios que la determinación de mandar a una persona a cumplir una pena privativa de libertad.

2. Afectación concreta al principio de dignidad humana contenido en instrumentos internacionales

La dignidad humana, fundamento y base de una concepción común de los derechos humanos, no es sinónimo de éstos. Es un concepto entrañablemente unido a ellos y, en consecuencia, inseparable de su naturaleza, declaración, promoción, respeto y protección, pero no es lo mismo. La dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que ésta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales.

En afinidad con lo descrito en líneas anteriores, resulta conveniente recordar el análisis del concepto de dignidad humana hecho en el Concilio Vaticano II y por los últimos pontífices, del que puede ser un ejemplo el discurso de Juan Pablo II en las Naciones Unidas, el 2 de octubre de 1979, en el que dijo:

> *"El conjunto de los derechos del hombre corresponde a la sustancia de la dignidad del ser humano, entendido íntegramente y no reducido a una sola dimensión. Se refiere a la satisfacción de las necesidades esenciales del hombre, al ejercicio de sus libertades, a sus relaciones con otras personas. Pero se refiere también, siempre y dondequiera que sea, al hombre, a su plena dimensión humana".*[172]

De acuerdo con la frase citada en el párrafo anterior, todos los derechos humanos en el mundo actual, pese a los diversos componentes políticos, filosóficos y religiosos y a las diferentes tendencias culturales, se fundamentan en su imperativo universalismo, en la dignidad humana.

---

[172] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op, cit, capítulo II. 3.

En congruencia con lo anterior, son diversos los instrumentos de carácter internacional que regulan en su normativa dicho principio, el cual, haciendo hincapié en los numerosos pronunciamientos en los que la Sala ha indicado el carácter superior que ostenta todo principio contenido en instrumentos internacionales, en el tanto otorguen más beneficios que los contenidos en la Carta Magna, deben tenerse por integrados en el orden normativo nacional.

Adicionalmente, son significativos los instrumentos internacionales, que en concordancia con el desarrollo del capítulo II del trabajo de investigación, regulan el principio de dignidad humana, principio que en cierta medida, engloba los analizados en el punto 1 de la presente sección, en el tanto su violación de una forma indirecta, incide sobre la dignidad humana, dando una especial relación con el principio de igualdad.

Por ende, crear una prohibición taxativa de delitos a los cuales no se les podrá otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena, además de suprimir al juez la valoración de esta posibilidad, propiciará la imposición de condenas contrarias a la función rehabilitadora de la pena, por lo tanto, dicha medida resulta contraria el principio de dignidad humana, tomando en consideración que dicha medida más allá de generar beneficios para el condenado penal, lo encierra en un estado fragilidad social, provocando que sea mínima la posibilidad de que dichas personas readecúen su comportamiento en procura de la protección de los bienes jurídicos que señala el Derecho Penal.

Por último, un factor que no se puede dejar de lado a la hora de puntualizar una evidente transgresión al principio de dignidad humana por parte del Proyecto de Ley N° 17.489; son precisamente aquellos aspectos que a pesar de concurrir en extrajudiciales tienen cierta injerencia con una posible aprobación del proyecto, en el entendido de la condición actual de los centros penitenciarios de nuestro país, así como las condiciones infrahumanas que rodean a estos.

Es decir, no puede obviar la sobrepoblación que rodea los centros penales en la actualidad, aspecto que no ha sido considerado por la comisión legislativa proponente

del proyecto, tomando en consideración el aumento abismal de la población penitenciaria que podría provocar una reforma al numeral 59 actual del Código Penal, sumado a la transgresión de los derechos humanos y con ello el principio de dignidad humana que se refleja en la actualidad, situación que resulta improcedente su agravación en un Estado Social y Democrático de Derecho, a la luz de los valores y principios que lo cobijan.

Conclusiones

El derecho penal, en el tanto tiene por función principal definir los bienes jurídicos a proteger en la sociedad; la criminología se concibe como la encargada de estudiar la razón por la que el individuo decide transgredir el orden social; así como a la política criminal le corresponde definir las pautas por seguir por el poder legislativo, a la hora de establecer las conductas que deben tipificarse como delitos y merecedoras de una determinada sanción penal.

La concepción anterior nos lleva a concluir que, para que el derecho penal pueda cumplir sus funciones de protección de bienes jurídicos y de control del orden social de determinada sociedad; precisa del auxilio tanto de la criminología como de la política criminal, para trazar el camino más conveniente por seguir por parte del legislador y de los operadores del derecho, a la hora de formular las normas penales y en los casos de su aplicación y ejecución.

Una vez que el legislador tiene claridad respecto de los fines que pretende conseguir con la promulgación de la ley penal, tiene que considerar además, los principios constitucionales y provenientes de tratados internacionales que limitan el poder punitivo en un Estado Social y Democrático de Derecho como el costarricense.

En relación con lo anterior, es como la dignidad humana recobra una vital importancia, al considerarse como un atributo constitutivo e inseparable del ser humano y en consecuencia siempre inviolable. No puede, por ende, ser negada o desconocida ni total ni parcialmente, ni ser limitada, en ninguna ocasión o circunstancia, o limitada en ninguna circunstancia o estado de excepción, porque no puede separarse de lo que la persona humana, ineludible y necesariamente.

La dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que esta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales.

En relación con lo anterior, el principio de igualdad es un limitante del poder punitivo en un Estado Social y Democrático de Derecho. Así, en concordancia con la tesis de los distintos doctrinarios descritos, la igualdad es un principio complejo que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales, sin distinciones de sexo, raza, idioma, religión. En este sentido igualdad y diferencia, no solo no son antinomias sino que se implican recíprocamente. El valor de la igualdad consiste, precisamente, en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás.

Por su parte, el principio de proporcionalidad lleva a concluir que detrás de toda tipificación de una conducta como delictiva y merecedora de una determinada sanción, debe existir todo un fundamento por parte de los órganos legitimados para ello, del porqué una determinada conducta debe considerarse delito y el porqué se debe imponer una sanción o pena específica.

En lo que refiere al principio de razonabilidad, éste hace referencia a la relación medios y fines, emparejado al principio de proporcionalidad, o bien a la relación supuesto de hecho-consecuencia jurídico-fin de la norma. Ello conlleva a que la creación o aplicación del derecho es racional, si sus fines son legítimos, justos o aceptables. De esta forma, una ley es racional si los fines perseguidos y los medios para lograrlos, tienen como fundamento el respeto a los derechos fundamentales del ser humano.

Por último, el principio de necesidad, vinculado especialmente con la intervención mínima, o de la alternativa menos gravosa y de la subsidiaridad, tiene por finalidad que los Derechos individuales del individuo, sean eficaces, imponiendo una limitación a los órganos del Estado, debiéndose siempre comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir la que sea menos gravosa.

En relación con las teorías clásicas de las penas, se pueden dividir éstas en tres grandes agrupaciones. Por un lado, "*la teoría de las penas absolutas*", la cual tiene por

fin principal, que la pena se constituya en una justa consecuencia del delito cometido; es decir, en un fin en sí misma. Presentan por características primordiales, el hecho que se deba atribuir al autor del delito como una pena equivalente al mal que ha ocasionado; en ningún caso la pena debe perseguir finalidades útiles de prevención del delito y la pena siempre ha de ser ejecutada en su totalidad.

Seguidamente, se encuentran localizadas las llamadas "*teorías de las penas a un fin preventivo*", las cuales, a diferencia de las absolutas, se plantean el objetivo de combatir la criminalidad a futuro. Es decir, mientras las teorías absolutistas pretenden únicamente el castigo penal a los delincuentes por hechos pasados, los relativistas encuentran la pena como un instrumento político de control social; pretendiendo disuadir a la población de cometer delitos y buscar que quién ya incurrió en la comisión de éstos, no los cometa nuevamente.

Por último, se encuentran las denominadas "*teorías mixtas o de la unión*", las cuales pretenden justificar la pena en su capacidad de reprimir y en su capacidad de prevenir al mismo tiempo, en otras palabras la pena será legítima en la medida en que sea a la vez justa y útil. Estas sostienen que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas anteriores (absolutas y relativas) y proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas.

En nuestro país, de acuerdo con los postulados concluidos en párrafos anteriores; se concluye que al fin de la pena privativa de libertad se le atribuye el fin preventivo especial en las dos acepciones estudiadas en el presente trabajo: una primera preventivo especial negativa que se centra en el castigo del condenado como consecuencia de su acción delictiva y una segunda, preventivo especial positiva (resocialización) como un ideal teórico que pretende a través del cumplimiento de la sanción privativa de libertad, el infractor modifique su conducta posterior y no vuelva a delinquir.

En correlación con la pena privativa de libertad en nuestro país; el Código Penal de Costa Rica, Ley N° 4573 de mil novecientos setenta; concretamente en la Sección II del Título IV del Código Penal, prevé el instituto de lo que denomina como la *"condena de ejecución condicional"*, que suspende la ejecución de la pena privativa de libertad y no la condena en sí misma que produce sus efectos legales.

Así las cosas, al dictar sentencia, el Juez tendrá la facultad de aplicar la condena de ejecución condicional cuando la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento, lo que lleva a concluir que la ejecución condicional de la pena fue propuesta por el legislador, con la finalidad de evitar que las personas condenadas por primera vez y cuya pena sea prisión o extrañamiento; y no exceda de tres años, no tengan que ir a cumplir con dicha condena a la cárcel.

Aunado a lo anterior, la ejecución condicional de la pena como sustituto de las penas cortas de privación de libertad, es un procedimiento de política criminal que tiene varias finalidades, una inmediata que es sustraer al delincuente primario del peligro corruptor de la prisión y una mediata, que es disuadir la reincidencia, es decir, pretende convencer al delincuente primario que si cumple con los requisitos impuestos, durante el período de prueba, no sufrirá prisión alguna.

Ahora bien, en la actualidad existe en la Asamblea Legislativa de nuestro país, un proyecto de Ley para reformar el numeral 59 del Código Penal, el cual pretende evitar que el beneficio de la ejecución condicional de la pena sea otorgado en una lista taxativa de delitos: dolosos contra la vida e integridad física de las personas; relacionados con explotación sexual y corrupción de menores; secuestro extorsivo; contra la propiedad; contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial, y aquellos delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado.

Como se desprende del proyecto de ley en cita, el establecer una lista taxativa de delitos en los cuales, aún cumpliendo los requisitos señalados para el otorgamiento de la ejecución condicional de la pena, supeditados al artículo 60 del Código Penal, los cuales hacen referencia, entre otros, a la condición de delincuente primario así como

al hecho que la pena no exceda de tres años de prisión o extrañamiento; atenta contra el principio de igualdad regulado por medio del numeral 33 de la Carta Magna, en el tanto la decisión de establecer una lista taxativa sin una justificación técnica-jurídica, del porqué las personas que cometan dichos delitos deben cumplir su pena en la cárcel, lo convierte en discriminatorio y sin un fundamento sólido acerca de la política criminal que se pretende acordar.

Asimismo, al señalarse una lista taxativa de delitos, algunos con penas cuyo mínimo resulta mayor a los tres años de prisión, como en el caso de los delitos contra la vida e integridad física de las personas y aquellos relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores; en contraposición con los que establecen penas poco significativas como ciertos delitos contra la propiedad; resulta contrario al principio de proporcionalidad, en el sentido de darle un mismo trato (impedir el beneficio de ejecución condicional de la pena) a delitos que primero, protegen bienes jurídicos distintos y segundo, señalan penas muy variadas y distantes.

Aunado a lo anterior, en el entendido de la inexistencia en el proyecto de ley en análisis, de una determinación de los motivos de índole técnico-social, que motivan al legislador la aprobación del proyecto; así como la falta de claridad en cuanto a los fines que se pretenden alcanzar con la modificación del numeral propuesto; conlleva que el mismo sea contrario al principio de razonabilidad, mismo que debe imperar al momento de la promulgación de la ley penal.

En lo que respecta al principio de necesidad, nos lleva a concluir acerca de la inminente afectación a dicho principio, en consideración de otros medios idóneos para lograr el fin de resocialización del individuo, como lo es precisamente la figura de la ejecución condicional de la pena, en los términos de su funcionamiento actual, figura que sin lugar a dudas, genera mayores beneficios que la determinación de mandar a una persona a cumplir una pena privativa de libertad.

Por último, en lo que refiere al principio de dignidad humana contenido en numerosos instrumentos internacionales, el establecer una prohibición taxativa de delitos en los cuales no se les podrá otorgar el beneficio de ejecución condicional de la

pena, además de suprimir al juez de esta posibilidad, propiciará la imposición de condenas contrarias a la función rehabilitadora de la pena, por lo tanto, deriva en contraria al principio de dignidad humana, tomando en consideración que dicha medida más allá de generar beneficios para el condenado penal, lo encierra en un estado fragilidad social, provocando que sea mínima la posibilidad de que dichas personas readecúen su comportamiento en procura de la protección de los bienes jurídicos que señala el derecho penal.

Bibliografía

a) Doctrina

AGUILAR HERRERA, Gabriela. (2011). Ejecución de la pena. Historia, Límites y Control Jurisdiccional. Poder Judicial, Defensa Pública. San José, Costa Rica.

ALONSO GARCÍA, Enrique. (1984). La interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. (2010). Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal (1era edición). Editores del Puerto. Cuidad Autónoma de Buenos Aires.

ARDAO, Arturo. (1980). El Hombre en Cuanto Objeto Axiológico, en *El Hombre y su Conducta*, Ensayos Filosóficos en Honor de Risieri Frondizi. Editorial Universitaria Upred. Caracas, Venezuela.

ARROYO GUTIÉRREZ, Juan Manuel. (1995) El Sistema Penal ante el dilema de sus alternativas. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica.

BACIGALUPO, Enrique. (1996). Manual de Derecho Penal (Parte General). Editorial Temis (3era reimpresión). Bogotá, Colombia.

BARATTA, Alessandro. (2004). Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídico penal. Editorial Siglo XXI Editores Argentina (1era edición). Buenos Aires, Argentina.

BERNAL PULIDO, Carlos. (2005). El derecho de los derechos. Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. (2008). Derecho Penal, (Control social y sistema penal). Editorial Leyer. (Tomo II). Bogotá, Colombia.

CAMPS, Victoria. (2001). Introducción a la filosofía política. Editorial Crítica. Barcelona, España.

CLAUS, Roxin. (2006). Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, España.

CREUS, Carlos. (1992). Derecho Penal (Parte General). Editorial Astrea (3ra edición). Buenos Aires, Argentina.

CUAREZMA, Sergio y HOUED, Mario. (2000). Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal. Editorial Hispamer (1era edición). Managua, Nicaragua.

DEL PIAZZO, Carlos. (2001). Dignidad Humana y Derecho. Editorial de la Universidad de Montevideo, Montevideo. Montevideo, Uruguay.

FERRAJOLI, Luigi. (1999). Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid, España.

FOUCALT, Michael. (1983). Vigilar y Castigar. (8va edición). Editorial Siglo XXI editores. Distrito Federal, México.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. (1981). Curso de Derecho Administrativo II. Editorial Civitas (2da edición). Madrid, España.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. (1999). Tratado de Criminología: introducción, modelos teóricos explicativos de la criminalidad, prevención del delito, sistemas de respuesta al crimen. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España.

GARCÍA PELAYO, Manuel. (1995). Las transformaciones del Estado contemporáneo. Editorial Alianza. Madrid, España.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (1986). Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas: *La Dignidad de la Persona*. Editorial Civitas. Madrid, España.

GONZÁLEZ, José y ORTS, Enrique (2011). Compendio de Derecho Penal (Parte General). Editorial Tirant Lo Blanch (3era edición). Valencia, España.

GROS ESPIELL, Héctor. (1985). *Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional*, en Estudios de Derechos Humanos. Caracas, Venezuela.

HABERLE, Peter. (2001). El Estado Constitucional: la Dignidad Humana como Proceso Antropológico Cultural y la Vinculación entre Dignidad Humana y Democracia. Editorial de la UNAM. Monterrey, México.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (1993) El Derecho de la Constitución. Editorial Juricentro (volumen I). San José, Costa Rica.

HORMAZÁBAL, Hernán y BUSTOS, Juan (1997). Lecciones de Derecho Penal: Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta (Volumen 1). Madrid, España.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1999). Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Editorial Trotta. Madrid, España.

LINARES, Juan Francisco. (1970). Razonabilidad de las leyes El "Debido Proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina. Editorial Ad Astrea (2da edición). Buenos Aires, Argentina.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (1997). La Prisión Preventiva (Límites constitucionales). Editorial Mundo Gráfico. (1era edición). San José, Costa Rica.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José. (2001). Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España.

MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo. (1980). Cárcel y Fábrica. Editorial Siglo XXI (1era edición). Distrito Federal, México.

MIR PUIG, Santiago. (1994). El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho. Editorial Aria, S.A. Barcelona, España.

MOCCIA, Sergio. (2008) El Derecho Penal, entre ser y valor Traducción de Antonio Bonanno. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina.

MORA LIZANO, Luis Paulino y NAVARRO SOLANO, Sonia. (1995). Constitución y Derecho Penal. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, Costa Rica.

MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. (2002)Ejecución de la Sanción Privativa de Libertad. Editorial CONAMAJ (primera edición). San José, Costa Rica.

NEUMAN, Elías. (1971). Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Penitenciarios. Ediciones Panedille (1era edición). Buenos Aires, Argentina.

PAVARINI, Massimo. (1998). Control y dominación. Siglo XXI Editores (6ta edición). Distrito Federal, México.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. (1990). Constitución, Jurisdicción y Proceso. Editorial Akal S.A. Madrid, España.

PÉREZ LUÑO, Antonio. (1998). Los Derechos Fundamentales. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. (2006) "La Cuestión Carcelaria". Editores Del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

RIVERA SOLANO, Manuel. Ejecución Penal y Legalidad, Análisis de una vieja contienda. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. (1998). Penalización del Derecho Civil o Civilización del Derecho Penal? Nuevo Proceso Penal y Constitución. Editorial de Investigaciones Jurídicas S.A. (1era edición). San José, Costa Rica.

RODRÍGUEZ OCONITRILLO, Pablo. (1995). Ensayo sobre el Estado Social de Derecho y la interpretación de la Constitución. Editorial del Colegio de Abogados. San José, Costa Rica.

SÁNCHEZ, Yolanda. (1999). "El Estado liberal y su evolución hacia el Estado social": Lecciones de Derecho Político I. Editorial Crítica. Madrid, España.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. (1989). Sistema Penal y criminología crítica (El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica). Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

VARGAS GONZÁLEZ, Patricia. (2007). Derecho Procesal Penal Costarricense. La Defensa en la Etapa de Ejecución de la Pena. Tomo 2. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, Costa Rica.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (2010). Manual de derecho penal. Parte general. Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, Colombia

VON LISZT, Franz. (2007). Tratado de Derecho Penal. Editorial Valletta Ediciones S.R.L (1era edición). Buenos Aires, Argentina.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; PLAGIA, Alejandro. (2005). Manual de Derecho Penal: Parte General. Editorial Ediar (1era edición). Buenos Aires, Argentina.

b) Revistas

MARTÍNEZ DE PISÓN, José. (2004). Los derechos sociales: retórica y realidad Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales número 170. Madrid, España.

RUIZ, Miguel. (1994). Derechos liberales y derechos sociales en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 15-16.

TIEDEMANN, Klaus. (1991). Constitución y Derecho Penal, Revista Española de Derecho Constitucional (Número 33). Madrid, España.

c) Normativa

Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949.

Código Penal de la República de Costa Rica, Ley Número 4573 de mil novecientos setenta.

d) Instrumentos Internacionales

Convención Americana de los Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención sobre la Tortura, proclamada el 27 de diciembre de 1985.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), según resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que recoge los derechos humanos considerados básicos.

Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés), según resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el cual entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

e) Proyectos de Ley

Proyecto de Ley Numero 17.489 para la modificación del artículo N° 59 del Código Penal, Ley N° 4573, para variar las reglas para otorgar la ejecución condicional de la pena. Publicado en el Diario Oficial La Gaceta, número 207 del 26 de octubre de 2009.

f) Jurisprudencia

Sentencia de la Sala Constitucional, número 479 del año mil novecientos noventa.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 1441 del año mil novecientos noventa y dos.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 1739 del año mil novecientos noventa y dos.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 3435 del año mil novecientos noventa y dos.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 8 del año mil novecientos noventa y tres.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 2586 del año mil novecientos noventa y tres.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 5386 del año mil novecientos noventa y tres.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 5759 del año mil novecientos noventa y tres.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 2997 del año mil novecientos noventa y cuatro.

Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, número190-F del año mil novecientos noventa y cinco.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 550 del año mil novecientos noventa y cinco.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 1996 del año mil novecientos noventa y seis.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 2883 del año mil novecientos noventa y seis.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 0672 del año mil novecientos noventa y siete.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 3933 del año mil novecientos noventa y ocho.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 51179 del año mil novecientos noventa y ocho.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 4825 del año dos mil.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 15072 del año dos mil diez.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 5132-2010 del año dos mil once.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 6805 del año dos mil once.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 10174 del año dos mil once.

Sentencia de la Sala Constitucional, número 1909 del año dos mil diez.