

**Universidad para la Cooperación Internacional-UCI  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Maestría en Criminología con énfasis en Seguridad Humana**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PENA DE 50 AÑOS DE  
PRISIÓN EN COSTA RICA.**

**Felipe Gallegos Pacheco**

**Agosto, 2018.**

**UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL  
(UCI)**

Este proyecto Final de graduación fue aprobado por la Universidad como  
requisito parcial para optar por el título de  
Master en Criminología con énfasis en Seguridad Humana.

TRIBUNAL EVALUADOR

Dr. Iñaki Rivera Beiras

Msc. Alejandra Manavella

---

SUSTENTANTE

**Agradecimientos:**

A mi familia de sangre y a mi familia escogida. A mis compañeros de la Defensa Pública que me alentaron y ayudaron. A los profesores y amigos del máster que marcaron un punto de inflexión, para nunca más poder ver con ojos que no sean críticos.

## Índice general

<b>Agradecimientos</b> .....	<b>i</b>
<b>Resumen ejecutivo</b> .....	<b>iii</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>1</b>
<b>Capítulo 1. La pena y su función</b> .....	<b>6</b>
1.1 La pena y sus fines.	
1.2 El fin declarado de la pena en Costa Rica.	
1.3 El fin de la pena según la Corte IDH.	
<b>Capítulo 2. Análisis legislativo y jurisprudencial</b> .....	<b>14</b>
2.1 ¿Cómo se adoptó la pena máxima de 50 años de prisión?	
2.2 ¿Qué ha dicho la Sala Constitucional?	
2.2.1 Argumentos a favor de la reforma.	
2.2.2. Argumentos en contra de la reforma.	
<b>Capítulo 3. Análisis dogmático desde la Criminología Crítica</b> .....	<b>30</b>
3.1 Sobre el fin resocializador que la Sala Constitucional propone.	
3.2. La cárcel y el impacto carcelario.	
3.3 Criminología Crítica en Costa Rica	
3.4 La cárcel como una contradicción institucional.	
<b>Capítulo 4. Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la Ley N° 7.389</b> .....	<b>46</b>
4.1 Contexto: el populismo punitivo en Costa Rica.	
4.2 La asamblea legislativa y la adopción del derecho penal del enemigo.	
4.3. Interpretación derivada de la Corte IDH e inconvencionalidad de la norma.	
4.4 Reflexiones en torno a la Jurisprudencia Constitucional e inconstitucionalidad de la norma.	
<b>Conclusiones</b> .....	<b>71</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>78</b>
<b>Anexo 1</b> .....	<b>82</b>
<b>Anexo 2</b> .....	<b>88</b>

## Resumen Ejecutivo:

La investigación se centra en analizar la constitucionalidad y convencionalidad de la pena de 50 años de prisión en Costa Rica, adoptada mediante la Ley N°7.389 en 1994. Dividido en 4 capítulos, se analizan los fines declarados de la pena por Costa Rica y por la Corte IDH, se hace un recuento histórico, mediante el empleo de la memoria, para comprender el cómo se promulgó esta ley, se estudió la respuesta del Tribunal Constitucional y la posición de la Criminología Crítica frente a los argumentos esbozados por quienes defienden dicha pena.

A partir de esto, se plantea un problema principal que consiste en analizar cómo, si Costa Rica prohíbe las penas perpetuas, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, se llegó a promulgar y mantener una norma que impone una pena carcelaria de 50 años. La justificación del trabajo consiste en analizar lo irreflexivo que fue este proceso, el cómo se negó todo criterio técnico, especializado, profesional, de los ámbitos sociológicos, criminológicos y de los penalistas más reconocidos, y como triunfó el discurso ignorante, sesgado y antojadizo de los diputados en 1994.

De cara a la problemática apuntada, se propone la siguiente hipótesis “La pena máxima de 50 años de prisión es inconstitucional e inconvencional”. Para hacer esto, se partió del objetivo principal de la investigación: “Analizar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la pena máxima de 50 años de prisión en Costa Rica”.

Para hacer esto, se desarrollaron los siguientes objetivos específicos: 1) Describir las principales teorías de la pena y la finalidad declarada de la misma, 2) Analizar el aumento de la pena máxima a 50 años desde el punto de vista legislativo, normativo y jurisprudencial, 3) Indicar las principales tesis de la criminología crítica frente a la pena privativa de libertad y la prisión, así como sus efectos sobre las personas, 4) Analizar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del aumento de la pena máxima a 50 años en Costa Rica.

La metodología utilizada consistió en un enfoque cualitativo e inductivo, implementando la investigación de fuentes secundarias y documentales como el expediente legislativo original que recoge la discusión en la Asamblea Legislativa, así como jurisprudencia nacional e internacional, doctrina y tratados internacionales.

Finalizada la investigación se determinó que aunque Costa Rica -siguiendo en el plano prescriptivo a la Corte IDH- opta por la resocialización, esto no es más que uno de los disfraces utilizados para mantener la imagen de país adalid de los derechos humanos. Contrario a esto, en el plano descriptivo, se expuso el criterio del legislador, donde redujo los “otros” a una categoría indigna y -a falta de la pena de muerte- se buscó separarlos por la mayor cantidad de tiempo posible, manteniendo la ilusión de no haber caído en una pena perpetua. Esto se hizo con una sorprendente honestidad, reviviendo los aportes del positivismo criminológico y el derecho penal del enemigo, al hablar de incorregibles, psicópatas, chapulines (*superpredadores*), castraciones químicas, operaciones al cerebro, reconociendo que lo que se quería era encerrar por la mayor cantidad de tiempo posible a los “otros” en defensa de la sociedad.

Esto se hizo ignorando el criterio de reconocidos juristas, entre ellos, Elizabeth Odio Benito, Raúl Eugenio Zaffaroni, Elías Carranza, Cecilia Sánchez, Daniel González, entre otros, pero además, tildándolos de propulsores de una “criminología de la alcahuetería del delincuente”. Sucumbiendo al populismo punitivo, se demostró como el proceso histórico calza a la perfección con la descripción de David Garland en su libro “La cultura del control”, y cómo se terminó utilizando el derecho penal del enemigo para inocuizar a los incorregibles.

Se estableció como la mayoría de la Sala Constitucional ha legitimado este discurso, de forma adornada y simplista, sin entrar a analizar los argumentos de los opositores esgrimiendo el principio de legalidad y de reserva legal, indicando que la política criminal le corresponde al legislador. Así, se impuso la venganza social de los diputados sobre los elementos de constitucionalidad y los instrumentos internacionales. También se rescató la voz de los magistrados que suscribieron votos de minoría, declarando la pena inconstitucional e inconvencional.

A la luz de los aportes de la Criminología Crítica, se demostró como los argumentos de los diputados y de la mayoría de la Sala son ilusos y absurdos, optando por resocializar por medio de una máquina diseñada para el opuesto, por 50 años, con el impacto carcelario que conlleva toda una serie de afectaciones físicas y psíquicas, imposibilitando una resocialización posterior. Se demostró como esta pena no disuade, no previene y no defiende a la “sociedad”, pero si estigmatiza, pervierte y destruye a los “otros”, siendo su único “triumfo” uno político, sucumbiendo a la “dictadura de la seguridad ciudadana” y al populismo punitivo.

De una interpretación analógica de la jurisprudencia de la Corte IDH, se demostró como la Ley N° 7.389 es inconvencional y como la pena de 50 años es un trato cruel, inhumano y degradante, al ser una pena ilegal por no haber cumplido con los lineamientos establecidos en la CADH, así como otros instrumentos internacionales. En el mismo sentido, se expuso cómo la reforma es inconstitucional, cayéndose los argumentos del voto de mayoría de la Sala ante las críticas doctrinarias, jurisprudenciales e internacionales, que dicho sea de paso siempre han estado, pero que nunca se han entrado a analizar alegando que este tema es quehacer del Poder Legislativo.

De esta forma, se expuso como Costa Rica, a pesar de su imagen de adalid de los derechos humanos, adoptó y legitimó el derecho penal del enemigo puro y duro, expuesto con tanta claridad por los diputados al legislar y defendida en otras palabras por los magistrados del Tribunal Constitucional, en claro detrimento del Estado Democrático de Derecho que se dice ser.

## **Introducción:**

Costa Rica se ha posicionado en el plano internacional como un país adalid de los derechos humanos, que abolió su ejercito en 1948, en cuya capital se suscribió la CADH -también llamado pacto de San José- en 1969, así como el ILANUD -mediante convenio entre la ONU y el gobierno local- en 1975, sede de la Corte IDH desde 1979, -una de sus juezas actuales siendo la exministra de Justicia y Gracia en dos ocasiones- país que ha ratificado cuantos Tratados Internacionales de Derechos Humanos se han promulgado y en general, propugnando un discurso democrático comprometido con los más preclaros valores y cimientos de un Estado de Derecho.

Sin embargo, a pesar de proscribir las penas perpetuas, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y a pesar de que en la exposición de motivos del Código Penal de 1971 se estableció un límite temporal máximo de 25 años de privación de libertad, desde 1991 el Poder Legislativo sucumbió ante un movimiento para aumentar dicho límite a 50 años de prisión, sancionándose finalmente el 2 de mayo de 1994 mediante la Ley N° 7389, misma que ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional hasta el momento, siendo esta la problemática central abordada en este trabajo.

Desde sus inicios, esta ley encontró oposición de los sectores más autorizados y de todas las teorías criminológicas, dogmáticas y jurisprudenciales, que expusieron no solo lo erróneo de la propuesta, sino la inconstitucionalidad de la misma. Esto no impidió que el ímpetu neopunitivista lograra su cometido, siendo respaldado, se repite, al día de hoy por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. De ahí la justificación de este trabajo, puesto que a pesar de que toda la teoría indica lo contrario, se encontró respuesta al clamor popular en aumentar la pena de prisión a 50 años, con todos los efectos perniciosos que esto conlleva. Una respuesta que la proclamada Constitución Política ni sus más férreos defensores lograron disuadir, cuyos principios y objetivos distan de los perseguidos por la Ley N° 7389.

Ante este *deber ser* costarricense publicitado con orgullo ante el mundo, se enfrenta el *ser*, una realidad cruda y lúgubre, expuesta y criticada por los más insignes defensores de la democracia y del derecho penal mínimo, cuyas cúpulas judiciales -con notables excepciones- se han esforzado poco por combatir y de donde se desprende el principal objetivo y la necesidad de esta investigación: “Analizar la inconstitucionalidad e inconveniencia de la pena máxima de 50 años de prisión en Costa Rica”.

Para desarrollar el objetivo anterior, es necesario desarrollar los siguientes objetivos específicos: 1) Describir las principales teorías de la pena y la finalidad declarada de la misma, 2) Analizar el aumento de la pena máxima a 50 años desde el punto de vista legislativo, normativo y jurisprudencial, 3) Indicar las principales tesis de la criminología crítica frente a la pena privativa de libertad y la prisión, así como sus efectos sobre las personas, 4) Analizar la inconstitucionalidad e inconveniencia del aumento de la pena máxima a 50 años en Costa Rica.

De ahí que sea necesario encontrar respuesta al problema de investigación, ¿es inconstitucional e inconveniente la pena de 50 años?

A partir de este contexto, se plantea la siguiente hipótesis: “La pena máxima de 50 años de prisión es inconstitucional e inconveniente”.

La metodología que se va a utilizar para el desarrollo de esta investigación consiste en un enfoque cualitativo e inductivo, implementando la investigación documental de fuentes secundarias y documentales como expedientes legislativos, jurisprudencia nacional e internacional, doctrina, tratados internacionales.

La estructura del trabajo se dividirá en cuatro capítulos en los que se desarrollará cada uno de los objetivos específicos de la investigación. Primero se analizarán las teorías de la pena así como el fin declarado de la misma nacional e internacionalmente. En el segundo capítulo se analizará el cómo se adoptó esta pena en la Asamblea Legislativa, que ha dicho la Sala Constitucional en dos acciones de inconstitucionalidad que han sido



interpuestas en contra de la reforma. En el tercer capítulo, se analizará el fin declarado de la pena y la crisis que enfrenta de cara a los estudios sociológicos y criminológicos, así como los efectos que supone sobre la persona estar privado de libertad. En el cuarto capítulo, se analizará, a la luz de los primeros tres capítulos, la constitucionalidad y convencionalidad de la pena máxima de 50 años.

A pesar de que no existe un concepto más o menos generalizado y pacífico de la pena, y las preguntas ¿qué es la pena y para qué sirve? ha generado una incoherencia del derecho penal histórico y actual (Zaffaroni, 2007), se puede afirmar de modo general que la pena es un mal que se impone en cuanto tal mal como respuesta a la comisión de un delito, un castigo impuesto en proporción al mal del delito y que no implica que su función última sea la retribución (Puig, 2003).

Las preguntas arriba indicadas encuentran respuesta en las teorías de la pena que serán desarrolladas en el primer capítulo, sin embargo, de forma muy general, debe indicarse que las teorías positivas ven la pena como un bien para la sociedad y para quién la sufre y las negativas que buscan neutralizar a la persona criminalizada, como costa de un mal para ésta pero un bien para el cuerpo social (Zaffaroni, 2007).

Tradicionalmente Costa Rica, al suscribir la Convención Americana sobre derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, se inscribió en la corriente de la prevención especial positiva y se ha decantado por seguir un fin declarado de la pena de ejercer sobre el condenado una acción rehabilitadora.

Esto es, asumiendo en el plano del *deber ser* una función de la pena diametralmente opuesta al otro extremo de los fines de la pena, que encuentran con Gunther Jakobs uno de sus más célebres expositores, por medio de su teoría del Derecho Penal del enemigo: la aplicación de un derecho para quién no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo, para excluirlo (Sánchez, Murillo, 2010).

Como se ha venido afirmando, independientemente del marco normativo sobre el que debía basarse, la Asamblea Legislativa suscribió en 1994 la Ley N°7.389 por medio de la cual aumentó el límite máximo de una pena carcelaria para una persona a 50 años de prisión.

La Sala Constitucional, al menos en su mayoría, ha indicado que dicha ley cumple con los fines declarados de la pena y los principios delineados por la Constitución Política, que se deben hacer esfuerzos por parte de la Institución Penitenciaria para asegurarlos, y ha validado que una persona condenada a 50 años de prisión podría eventualmente ser resocializada por este medio (Sala Constitucional, N°2015-19582).

Es importante mencionar que, rindiendo consultas para otros proyectos de ley en Costa Rica que buscaban aumentar las penas, Elías Carranza en 1996 y Eugenio Raúl Zaffaroni en 1991<sup>1</sup>, se pronunciaron en contra de estas, sin embargo, la corriente del inflacionismo penal ha optado por sucumbir ante las demandas de la seguridad ciudadana.

Dado que tanto el legislador como la Sala Constitucional se decantan por las teorías resocializantes, es importante mencionar que por parte de la Criminología Crítica, se han hecho abundantes críticas a las ideologías “re”. Esto porque se habían basado en la pretensión de entender los comportamientos de los criminalizados y de un tratamiento adecuado para los mismos, partiendo de una arbitrariedad epistemológica de hacerlo sin tomar en cuenta la artificialidad de la prisión y la acción condicionante previa del control social general, (Zaffaroni, 1995) cuyo sistema fue deslegitimado con el cambio de paradigma expuesto por la Criminología Crítica.

Dentro de estas críticas se enfoca la prisión como un instrumento para criminalizar y marginar, ejerciendo efectos contrarios a la posible reeducación y reinserción del privado de libertad (Baratta, 2004) y parten de un discurso crítico que no solo niega la posibilidad de realizar tal misión, sino que expone como la vida en prisión conforma a los sujetos en

---

<sup>1</sup> Sus aportes se resumen en el capítulo 3 sección 3: “Criminología Crítica en Costa Rica”.

el sentido inverso a los propuestos por las teorías que legitiman su actuar (García-Bores, 2003).

Luego de toda la liturgia punitiva expuesta por Foucault en su obra “Crimen y Castigo: el nacimiento de la prisión”, en los siglos XVII y XIX se dio un viraje decisivo a una penalidad de detención, marcando la prisión un momento importante en la historia de la justicia penal que caracterizó su acceso a la humanidad y convirtiéndola en la pena de las sociedades civilizadas (Foucault, 2002).

Con este supuesto carácter humano, también expuesto por Beccaria, donde se buscó un derecho penal con principios éticos, más justo y con mayor respeto del ser humano (Beccaria, 2015), la cárcel como institución democrática ha sobrevivido hasta tiempos actuales no sin serios cuestionamientos de sus funciones y sus posibilidades de generar una reinserción.

La realidad de su aplicación a lo largo de dos siglos, aparejados de estudios criminológicos y sociológicos, han demostrado, para algunos, que la cárcel no es más que una contradicción institucional, una institución que segrega, que comprende una violación de derechos fundamentales de las personas, convirtiéndola así en una patología no reformable del Estado de Derecho (Ferrajoli, 2016).

Con todo este panorama puede realizarse un análisis desde la realidad que supone la prisión y de lo que implica que la Sala Constitucional indique que una pena de 50 años de prisión es constitucional.

Es decir, trazando un puente entre el mundo prescriptivo (el mundo del deber ser, el del jurista) y el descriptivo (el mundo del ser, el del sociólogo) se podrá ver la mayor o menor distancia entre lo legal y lo real, que servirá para descalificar o calificar nuestro Estado de Derecho (Rivera Beiras, 2017) y realizar, posteriormente, un test de constitucionalidad y convencionalidad a la luz de los cuestionamientos expuestos a lo largo de esta investigación.

## **Capítulo 1. La pena y su función.**

### **Sección 1.1 La pena y sus fines.**

#### **La pena**

Previo al análisis de los fines que pueden llegar a perseguirse al imponer una pena es importante precisar que la misma supone una privación de bienes jurídicos, es la respuesta jurídica ante un delito, puesto que implica una serie de restricciones de los derechos fundamentales para la persona que la sufre, llegando entonces a advertir que la pena, es un hecho negativo para quien la cumple, sin importar la teoría de los fines que se utilice (Berdugo, Pérez, 2016).

#### **Fines de la pena**

A pesar de lo que Zaffaroni advierte sobre realizar estas preguntas -indicado en la introducción-, para lograr responder la interrogante de ¿para qué sirve la pena? y ¿cuáles funciones cumple?, deben ubicarse sus fines y sus efectos en la sociedad. Su importancia no solo radica en una discusión teórica, sino que su determinación informa todo el sistema penal, ya que tiende a influir en toda su operatividad, en el plano legislativo, en su imposición judicial y en la fase de ejecución, debiendo siempre orientarse a los fines de la pena establecidos (Cavero, 2008).

A nivel doctrinal se pueden clasificar en dos teorías, las absolutas y las relativas (también conocidas como retribución y prevención general - prevención especial) y será cada Estado que determine bajo que opción se regirá. A continuación se hará una breve reseña de estos postulados.

#### **Teorías Absolutas (Retribución)**

Las teorías absolutas conciben la pena como consecuencia de cometer un delito. No reconocen la persecución de fines fuera de la propia pena, contemplan sólo el sentido de pena, renunciando a la idea de fin (Berdugo, Pérez, 2016).

Según estas doctrinas absolutas, su sentido reside en el restablecimiento del Ordenamiento Jurídico, en la realización de la Justicia, donde la pena impone un mal, sin que se llegue a fundamentar si esta circunstancia le beneficia al sentenciado, a la víctima o a la sociedad (Conde, 1989).

Dichas teorías en la actualidad y sobre todo en un Estado democrático de derecho carecen de vigencia, ya que se desligan totalmente de entender la finalidad de la pena como una forma de viabilizar la coexistencia en sociedad.

### **Teorías Relativas**

Estas teorías asignan a la pena funciones prácticas y verificables. Se clasifican en dos grupos, de prevención general que afirman que las penas actúan sobre los que no han delinquido, dividiéndose a su vez en negativas y positivas y las teorías de prevención especial que aplican en los individuos que han delinquido y que también se subdividen en negativas y positivas (Zaffaroni, 2007). De estos postulados podemos evidenciar la función social que persiguen encaminados a buscar la convivencia en sociedad, tratando de evitar el delito.

**La prevención general** está dirigida a la generalidad de los ciudadanos, por medio de la intimidación o amenaza de la posible pena, y como consecuencia de la misma se abstengan de cometer delitos en el futuro (Berdugo, Pérez, 2016). Puede realizarse desde dos ópticas, a continuación, se presentan.

**Prevención general negativa** se basa en mecanismos intimidatorios, dirigidos a los individuos que no han delinquido para que no lo hagan en el futuro. Se motiva en el ser humano con capacidad racional (Zaffaroni, 2007).

**Prevención general positiva** es la teoría que busca un reforzamiento en la credibilidad del ciudadano en el ordenamiento jurídico y sus valores. En este sentido apunta Zaffaroni “que este fin produciría un efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos por medio de la intimidación, sino como un valor simbólico reforzador de su

confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular)” (Zaffaroni, 2007).

En términos generales y cómo bien señalan Muñoz Conde y Hassemer, la teoría preventiva general apunta que el delincuente es tratado como un objeto, para que cumpla fines que no son personales, sino un mero instrumento de promoción para el bienestar social; este fin utilitarista sirve para intimidar y apartar a otros del delito (Conde, 1989).

**La prevención especial** busca prevenir que el delincuente cometa nuevos delitos, se dirige al individuo directamente y no a la colectividad.

Su fundamento parte que la pena genera una suerte de intimidación al que delinquiró para evitar que vuelva a cometer delitos. Si este efecto no se genera la respuesta de la pena, será entonces corregir a este sujeto y si es incorregible tendrá que ser inocuizado, es decir, su eliminación como peligro futuro de gestar nuevos hechos delictivos (Cavero, 2008).

**Prevención especial negativa** apoya la tesis de neutralizar al delincuente, no en la búsqueda de su mejoramiento. Según esta teoría podría ser posible aplicar la intimidación, el aseguramiento o la inocuización completa, permitiendo ante casos en que no es factible la resocialización o mejoramiento del criminalizado imponer penas de larga duración o en caso contrario negar la necesidad de una pena.

**Prevención especial positiva** estas teorías se sustentan en la resocialización de sujeto que haya delinquido, por medio de tratamiento y reeducación para así reintegrarlo a la sociedad. Consiste entonces, en toda la ideología de reducción y resocialización ligada a técnicas de tratamiento psicológico y psiquiátrico, pedagógica y laboral, para alcanzar la reinserción plena del infractor penal (Gutiérrez, 1995).

## **Teorías Unitarias**

Surgen ante los contenidos antagónicos entre las teorías absolutas y relativas, en búsqueda de un punto intermedio, que logre encajar los fines preventivos especiales y generales (pena útil) sin dejar de lado el fin de retribución (pena justa). Quedaría entonces aceptada toda aquella pena que resulte justa y a su vez útil.

### **Sección 1.2 Fin declarado de la pena en Costa Rica.**

Costa Rica establece, en su artículo 1 de la Constitución, que es una República democrática, y en su artículo 40, que nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas.

Es importante determinar qué fin según nuestro Estado Social de Derecho se le han asignado a las mismas, ya que cómo se analizó anteriormente esta finalidad va a permear la operatividad de todo el sistema penal costarricense. Es en el numeral 51 de la Ley número 4573 que se señala:

Artículo 51.-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 (se suple el resaltado).

Esta finalidad no sólo ha sido reconocida en nuestro ordenamiento interno, sino que goza de una protección supralegal, ya que como indica la Sala Constitucional:

*(...) En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 siguiente contiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que, ha reconocido también la jurisprudencia, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino, que en la*

*medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución” (Sala Constitucional, Res N° 1997-1319).*

Se debe señalar que esa protección supralegal proviene de los siguientes instrumentos internacionales<sup>2</sup>.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 7, incisos 1) y 3), indica que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, así como que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 5, incisos 1) 2) y 6), indican: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” y “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Siguiendo esta línea, la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado esta finalidad de la pena en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre el fin resocializador resuelve:

*III. [...] En relación con los fines de la sanción, propiamente sobre la finalidad resocializadora de la pena debe señalarse que el Estado costarricense, al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos –artículo 5.6- y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos –artículo 10.3-, se inscribió en las corrientes de prevención especial positiva, al señalar que la pena de prisión*

---

<sup>2</sup> Es importante indicar que hay otros instrumentos internacionales que serán utilizados para el análisis de la convencionalidad de la pena en el capítulo 4, por lo que no se hará referencia a los mismos en este apartado.



*cumplirá una función esencialmente rehabilitadora, lo que reafirmó en el numeral 51 del Código Penal. En consecuencia, por mandato legal y supralegal, el juzgador no podría desvincularse de tales finalidades a la hora de dimensionar el reproche, pues debe tenerlos en cuenta para individualizarlo. Pero además, por convicción ideológica no puede renunciarse a dicha finalidad, pues mientras el sistema penal opte por la pena privativa de libertad, de conformidad con los mandatos normativos adoptados por nuestro país, deben brindarse las oportunidades al sentenciado para que, voluntariamente, decida mejorar y vincularse positivamente a las normas de convivencia social. La Sala Constitucional, en resolución 10543-01 de las 14:46 del 17 de octubre de 2001, ha reconocido, que aún cuando pueda decirse que en la mayoría de los casos el fin resocializador no se cumple, eso no elimina la necesidad de la pena, antes bien, obliga a reformular la aplicación de la misma, humanizar y controlar las condiciones de su cumplimiento.”*

De lo anterior puede concluirse que en Costa Rica el fin rehabilitador o resocializador tiene fundamento legal interno e internacional, plenamente reconocido, protegido y que debe ser aplicado con carácter obligatorio en todo nuestro ordenamiento jurídico.

### **Sección 1.3 El fin de la pena según la Corte IDH.**

Debe mencionarse que que la Corte IDH no ha establecido si después de una cierta cantidad de años una pena carcelaria deja de ser convencional, por lo que este apartado se delimita únicamente al fin declarado de la pena.

Así, en los fallos Lori Berenson Mejía Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004 (párrafo 101), García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005 (párrafo 223), así como en el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (párrafo 314) la Corte IDH se refirió a la finalidad esencial de las penas privativas de libertad.

En los fallos *supra* citados, indicaron que las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e “implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita”. Sin embargo, indican, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención, que no es consecuencia natural y directa de la privación de libertad en sí misma. Cuando se trata de personas que sufren condena, las situaciones descritas son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Finalmente, hacen ver que las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas.

Aunque se trata de personas menores de edad y sobre la prisión perpetua, en el Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia del 14 de mayo del 2013, es importante de mencionar porque habla de forma indirecta sobre los fines de la pena. Los peticionarios alegaron que la prisión perpetua violentaba el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente<sup>3</sup> el derecho a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Si bien este caso se trataba de personas menores de edad, los lineamientos establecidos jurisprudencialmente sirven de forma indirecta para el objeto de la investigación. La Corte IDH indicó que de conformidad con el artículo 5.6 CADH las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, se enfatizó en la importancia de promover la reintegración de la persona para que asuma una función constructiva en la sociedad, y que la proporcionalidad de la pena debe guardar estrecha relación con la finalidad de la misma, proscribiendo así que la pena

---

<sup>3</sup> En lo que respecta a la arbitrariedad referida en el artículo 7.3 de la Convención, la Corte ha establecido en otras oportunidades que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. (Informe N° 172/10, CIDG, 2 de noviembre de 2010).

perpetua<sup>4</sup> no cumple con la finalidad de reintegración social de los niños, considerando que opera en sentido meramente retributivo (Corte IDH, Mendoza y otros Vs. Argentina, párrafo 165).

Por último debe mencionarse que respecto a privaciones de libertad, la Corte IDH también ha señalado cuando una puede convertirse en una pena inhumana y degradante, así como cuando puede tildársele de arbitraria o ilegítima. Esto lo ha hecho conforme un análisis de la prisión preventiva y de las finalidades declaradas de la misma, por lo que no se entrará a analizar en este apartado por no ser pronunciamientos directamente citados por la Corte y corresponde a una interpretación del investigador.

---

<sup>4</sup> En otras latitudes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido acerca de las penas perpetuas en el siguiente sentido: Si bien es cierto varios países bajo su jurisdicción validan la pena perpetua de prisión, en el caso de Hutchinson Vs. The United Kingdom, concluyen que si la ley interna no permite la posibilidad de revisión de la cadena perpetua, se estaría violando el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que indica: "nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Es decir, una pena perpetua sin posibilidad de revisión es, en efecto, una pena inhumana y degradante. En cuanto a la Corte Penal Internacional, la misma prevé la pena perpetua como excepción, eso sí, garantizando la posibilidad de ser revisada a los 25 años.

## Capítulo 2. Análisis legislativo y jurisprudencial.

Habiendo establecido el fin de la pena según la dogmática, el fin de la pena declarado por Costa Rica y por la Corte IDH, debe pasarse ahora a analizar primero, el cómo se adoptó la pena de 50 años de prisión en Costa Rica. Para hacer esto lo que se hará un recuento del expediente legislativo N° 10,938 donde se promulgó la Ley N° 7389 en 1994. Luego, se analizará la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, por medio de las acciones de inconstitucional que han tratado y desarrollado el tema.

### Sección 2.1 ¿Cómo se adoptó la pena máxima de 50 años de prisión?

Se pasa ahora a responder la siguiente pregunta: ¿Cómo se promulgó la Ley 7.389 en Costa Rica? ¿Cómo se llegó a tener una pena máxima de 50 años? El trámite legislativo de la Ley 7.389 en el Expediente legislativo 10.938, donde se “discutió” sobre el tema, es un expediente extenso de unos 450 folios, por esto, por efectos de espacio, se hará un breve resumen de las manifestaciones separadas por temas, pudiendo consultarse en mayor extensión en el Anexo 1 para las citas originales.

El **propósito de la reforma** quedó plasmado en reiteradas ocasiones a lo largo de la discusión por los diputados. Algunos diputados dijeron que el proyecto no pretendía resocializar, sino que, al no contar el Estado con un sistema capaz de rehabilitar, el único remedio era meter a los criminales a la cárcel. Otros, siendo este el fin más buscado y repetido en las discusiones, indicaron expresamente que el propósito era que los criminales “no tuvieran licencia para matar”, ya que: “las penas están como un máximo de 25 años, es decir, si un delincuente mata a tres personas, lo máximo que le pueden poner son 25 años (...) lo anterior me parece injusto, que a ese delincuente pueda salir de dos de los tres crímenes totalmente gratis”. (Folio 36, Exp. Legislativo 10.938, 1991). Hubo algunas preocupaciones de que esta reforma generara mayores penas para otros delitos no graves, sin embargo, indicaron que para eso estaba: “la sana crítica del juez” (Folio 76, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Sin embargo, pareciera que la mayor preocupación era que los privados de libertad estuvieran saliendo de prisión muy rápido, ya que existía el beneficio automático del artículo 55 C.P. que hacía que con buen comportamiento, se pudiera salir de forma anticipada. Sin embargo, no se avocó a corregir dicho beneficio, sino a aumentar las penas a 50 años, para “asegurarse de que los delincuentes estuvieran más tiempo en prisión”.

En la discusión -anexo 1, sección 1.3- algunos diputados argumentaron sobre la posibilidad de **castraciones terapéuticas** para los pederastas, **operaciones al cerebro** para rehabilitar a los individuos, se habló de los **criminales natos** –con los que no hay más remedio que meterlos toda la vida- y sobre aquellos con **vocación criminal**, se afirmó que el **70%** de las personas que están en la cárcel son **sociópatas** y se habló sobre los “chapulines” quienes, se dijo, en su mayoría son sociópatas.

Dentro de las argumentaciones de varios de los diputados se usaron **ejemplos concretos señalados por la prensa**. De ahí se habló del reconocido delincuente apodado “Bam Bam” o de otro apodado “El Rambo Tico”, quien fue condenado a 436 años pero solo podía descontar 25 –“el resto de delitos le salieron gratis”-, un diputado dijo que un ejemplo claro para alzar la pena eran “los periódicos de ayer” donde se ven grandes cantidades de delitos, se dio un **ejemplo hipotético** que si un criminal entrara a la asamblea y matara a varios de los diputados ahí presentes solo pagaría por el crimen de uno de ellos, uno de los diputados confesó haberse convencido de votar a favor del proyecto porque un día antes leyó en la prensa que fueron liberados unos narcotraficantes, y otro diputado -acusado de ser de la doctrina de las páginas de los periódicos- hizo sus argumentos a favor del proyecto usando **10 titulares de prensa**, concluyendo, que es incluso partidario de la pena de muerte.

Se habló del **riesgo de la resocialización**, como experimento para con los costarricenses, que actuaban como “conejiillos”, ya que al considerar que se había rehabilitado un criminal, lo soltaban a ver si mataba a otro; se confesó que el proyecto

no pretendía resocializar, ni evitar la criminalidad, sino que la decisión que había que tomar era donde tenían que estar los delincuentes, si en la calle o en la prisión.

Se habló de que no importa que no se rehabiliten los delincuentes, sino que lo que importa es que sigan en la cárcel:

*“Que el delincuente se desocializa ¡que se desocialice!, pero que esté donde tiene que estar. Que el delincuente no se rehabilita ¡que no se rehabilite! Bueno, entonces no se rehabilita y, además lo echamos a la calle, para que siga cometiendo delitos”* (Folio 203, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

A lo largo de toda la discusión, se habló de la **urgencia de hacer “algo” en defensa de la sociedad**. Se afirmó enérgicamente, ¿de que lado estamos? ¿del lado de la sociedad o del lado de los delincuentes?. Aunque había falta de consenso sobre la finalidad y sobre los efectos que provocaría la reforma, se concluyó, entre otras afirmaciones, una como la siguiente: *“No podemos estar viendo morir y morir a más costarricenses, en manos de delincuentes, sin hacer absolutamente nada, solo quejarnos o asustarnos, ... si nosotros somos los que tenemos la responsabilidad de hacer algo, en nosotros cae, en los diputados, la responsabilidad de hacer algo”* (Folio 177 , Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Se habló de combatir la **reincidencia**, que según datos aportados por un diputado era del 75%. Se argumentó también sobre la prevención general negativa y sobre el **efecto disuasorio** de las penas de 50 años en varias ocasiones. Uno de los ejemplos es el siguiente: *“Pero el hecho de que exista la posibilidad de que la prisión llegue hasta los 50 años, ejerce un factor intimidatorio preventivo importante para la sociedad, y por eso me pronuncio a favor del proyecto”* (Folio 70, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

**Dentro de la discusión se solicitó la opinión a varios personajes destacados:**

- 1) **ILANUD:** Eugenio Raúl Zaffaroni, quién presidía en ese entonces este instituto, indicó que la mejor respuesta la podría dar con un informe que estaría listo en 40

días, que sería elaborado más de 50 destacados expertos en Derecho Penal y Criminología de América Latina, del Consejo Científico Regional y el Consejo Científico Internacional. Sin embargo, dentro del expediente N° 10.938 no consta que dicho informe se tomara en cuenta. (Folio 122 y 123 , Exp. Legislativo 10.938, 1991).

- 2) **Corte Suprema de Justicia:** el Magistrado Daniél González, presidente de Sala Tercera de la CSJ en ese entonces, rindió informe por parte de la CSJ, e indicó la negativa ante el proyecto ya que: 1) estudios criminológicos afirman que el problema de la delincuencia no se soluciona aumentando penas, entre otras razones. (Folio 53 Exp. Legislativo 10.938, 1991).
- 3) **Ministra de Justicia:** la ahora integrante de la Corte IDH, **Elizabeth Odio Benito**, rindió informe por escrito (adjunto en Anexo 2) y compareció a la Asamblea Legislativa, también pronunciándose en contra del proyecto: 1) el proyecto parte de un fundamento equivocado, 2) la sanción debe tener -de acuerdo con la ley- un fin rehabilitador, 3) el fin retributivo del proyecto contradice la orientación doctrinaria del cuerpo legal y más evidentemente contradice los principios fundamentales de la política criminológica, 4) la cárcel, lejos de reducir la delincuencia, estigmatiza y pervierte física y psicológicamente al individuo, 5) la noción de “peligrosidad” es vaga, relativa y mutable, 6) derecho penal como ultima ratio, 7) la reforma producirá un cisma en el Sistema Penitenciario, 8) habló sobre el carácter no ontológico del delito, sino como construcción social; entre otros. (Folio 27–30, 212-216 Exp. Legislativo 10.938, 1991).
- 4) **Magistrado Fernando Cruz, actual presidente de la CSJ**, compareció y rindió informe negativo: 1) penas de 50 años no van a disminuir las tasas de delincuencia, ni readaptar a nadie, 2) el proyecto opta por una eventual orientación muy retributiva o de teoría absoluta, no acorde con el Estado Democrático de Derecho 3) la desocialización irreversible causada a una persona después de más de 10-15 años de estar en prisión 4) que existe un grado de responsabilidad de la sociedad, ya que el delito contiene un elemento social, 5) realizó comparación con Código Penal Alemán que tiene máximo de 15 años de prisión, de Derecho, 6) su

conformidad con la pena de 25 años, siendo la de 50 años un exceso (Folio 82-94, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

En general, varios diputados afirmaron haber cambiado de opinión luego de escuchar la opinión de los expertos, algunos se desdijeron y admitieron que el carácter retributivo del proyecto no era acorde con los principios del Estado Democrático de Derecho.

Sin embargo, las voces predominantes -y que finalmente acabaron por promulgar el proyecto de ley- fueron otras. Se resumen las más importantes a continuación:

*“(...) la señora Ministra (...) continuará con esa misma corriente del pensamiento moderno en criminología, la cual he llamado como “la corriente de la alcahuetería para el delincuente”, la “corriente de la alcahuetería para el criminal”, la corriente que, desoyendo los orígenes mismos de la pena, que es la protección a la sociedad, trata al delincuente como si fuera un benefactor de la humanidad” (Folio 203, Exp. Legislativo 10.938, 1991).*

*“No me importan las nuevas técnicas criminológicas de las que estaban hablando los compañeros, lo que me importa es la seguridad de los niños y de las mujeres costarricenses” (Folio 207 , Exp. Legislativo 10.938, 1991).*

*“Aquí se habla y se dice y nadie -de estos criminólogos y profesionales- ha venido aquí a proponernos un sistema de rehabilitación en la calle. Lo único que quieren es que echemos a los reos y los pongamos en la calle, simple y llanamente, para que maten a otros seres humanos, para que violen a otros seres humanos” (Folio 209 , Exp. Legislativo 10.938, 1991).*

## **2.2 ¿Qué ha dicho la Sala Constitucional desde entonces? Análisis jurisprudencial.**



Habiendo establecido el contexto en el que se aprobó el aumento de la pena de 25 a 50 años de prisión, corresponde ahora analizar los principales pronunciamientos respecto a este tema por parte del Tribunal Constitucional de Costa Rica. Para hacer esto es necesario, de forma muy resumida, extraer los principales argumentos a esgrimidos a favor y en contra de dicho aumento, mismos que se han expuesto en dos acciones de inconstitucionalidad, una primera en el 2001 y otra en el 2015. Por efectos de orden, se analizarán primero los argumentos a favor del aumento de ambos votos, especialmente por la similitud de estos. En la siguiente sección, se hará lo mismo con los argumentos en contra.

### **Sección 2.2.1 Argumentos a favor de la pena de 50 años de prisión.**

#### **Resolución N° 2001-10543, Sala Constitucional.**

En esta primera oportunidad, se alegó por el recurrente la inconstitucionalidad del artículo 51 del C.P. ya “que aumenta el monto máximo de pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, por estimar que resulta violatorio de la prohibición de los tratamientos crueles o degradantes y a las penas perpetuas (artículos 40 de la Constitución Política y 16 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes), así como también al fin rehabilitador y resocializador que debe tener la pena de prisión, de conformidad con lo establecido en los instrumentos internacionales (artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5 inciso 6) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (Sala Constitucional, N° 2001-10543).

Indica, que contrario a todos los criterios técnicos analizados en el transcurso de la reforma, acordó la norma en cuestión, con la cual la pena de prisión tiene otros fines, como lo son el castigo, la prevención social y la retribución, es decir, se convierte en un fin en sí mismo, como un mal que se le ocasiona a quien infringe la ley, en compensación del daño ocasionado a la sociedad, y que por lo tanto, no está fundamentada en el ser humano; y

que en definitiva, no soluciona en nada el problema de la delincuencia en nuestro país (Sala Constitucional, N° 2001-10543).

### **Voto de mayoría 2001-10543.**

El voto de mayoría consideró que la determinación de los montos de las penas privativas de libertad constituye un asunto de política criminal, que por la propia definición del sistema político y de organización del Estado costarricense corresponde en exclusiva definir a los legisladores (Sala Constitucional, N° 2001-10543) por lo que en el caso concreto, había una falta de competencia del Tribunal Constitucional para conocer el asunto planteado por esa vía.

Esgrimen como parte de sus argumentos el principio de legalidad y el principio de reserva de ley, en virtud de los cuales: “la definición de los tipos penales le corresponde al cuerpo legislativo, en tanto constituye una garantía frente al Poder Ejecutivo. De esta suerte, la determinación de las conductas que se sancionan -por estimarse delictivas- y las consecuencias jurídicas a las mismas (sanciones) depende de la orientación del legislador, como respuesta o medida de solución (teoría preventiva) ante la criminalidad de la sociedad, en atención a los bienes jurídicos que pueden verse afectados por las conductas consideradas lesivas a estos” (Sala Constitucional, N° 2001-10543).

También, consideró la mayoría, que el reclamo más bien se dirigía contra el régimen penitenciario, lo cual no puede ser objeto de impugnación en la vía de la acción, sino en todo caso, en la vía del amparo, pero que en modo alguno puede pretender derivarse los perjuicios de la vida penitenciaria de la norma impugnada, ya que el deterioro de los derechos de los privados de libertad no obedece al párrafo final del artículo 51 del Código Penal, sino de la Administración (Sala Constitucional, N° 2001-10543).

De forma paradójica, respaldan el fin resocializador y rehabilitador que debe de cumplirse en la ejecución de las penas, sin embargo, manifiestan que resulta un sofisma atribuirle a la duración de la pena el hecho de que dichos fines no se cumplan, toda vez que es el

tratamiento penitenciario quien debe de ocuparse de satisfacer esos fines (Sala Constitucional, N° 2001-10543) y por ende, sin negar las condiciones deplorables del sistema penitenciario, consideran que la cantidad de años *per se* no constituye un tratamiento cruel, inhumano y degradante.

Por último, indican que imponer un tope de 50 años de prisión no es inconstitucional, por un lado, porque existen toda una serie de beneficios tendientes a reducir las penas -con lo que difícilmente se traducen a 50 años efectivos- y por otro, porque más bien el legislador impuso un límite máximo a la pena privativa de libertad de cincuenta años, motivo por el cual en modo alguno puede estimarse que constituya una pena perpetua (Sala Constitucional, N° 2001-10543).

#### **Voto de mayoría 2015-19582.**

La segunda acción de inconstitucionalidad que se comentará pretendía, de la misma forma que el anterior, declarar la inconstitucionalidad de la reforma al artículo 51 C.P. por considerar que se somete a los privados de libertad a tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, a contrapelo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por medio de un límite máximo de cincuenta años de prisión, que es desproporcional, produce sobrepoblación, hacinamiento carcelario, deterioro físico y mental, así como que vulnera el proceso de rehabilitación y resocialización (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

Además de esto, se consideró que era inconstitucional porque el artículo impugnado, desde su modificación en el año 1994 -es decir, 21 años antes- no se había promulgado la ley especial que determinara los lugares y la forma de cumplir dichas penas, sino que únicamente a nivel reglamentario se había regulado, por lo que no se contaba con el requisito de que sea por medio de una ley formal, desarrollada a nivel legislativo, que se regulen los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Por este extremo se declaró parcialmente con lugar la presente acción, sin embargo, al tratarse sobre otro aspecto que el aquí discutido no se ahondará en este aspecto.

En una segunda oportunidad para cumplir con su mandato máximo, sea “declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público” (Artículo 10, Constitución Política), citan el voto 2001-10543, indicando que ya se había considerado que dicho Tribunal carecía de competencia para pronunciarse sobre aspectos que, por reserva legal en la definición de la política criminal, son competencia exclusiva del Poder Legislativo, así como que no consideran que la pena sea perpetua y que las deficiencias en el tratamiento penitenciario no corresponden a la duración de las mismas.

Quizá para no citar por completo el voto de mayoría del 2001, de forma adicional, indican que considera que no se debe cambiar de criterio, y que, la pena establecida en el artículo 51 no es inconstitucional porque su determinación constituye un proceso legal que comprende: 1) la individualización legislativa, a través de la política criminal, estableciendo la norma, precisando una pena como consecuencia, que contiene un límite máximo y mínimo, 2) la individualización de la pena por parte de Tribunal que impone una sentencia condenatoria, 3) la individualización penitenciaria, que corresponde a los funcionarios encargados de la ejecución de las penas privativas de libertad (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

Indican que, “la postura correcta frente al fin rehabilitador, es que la misma corresponde a una labor propia del régimen penitenciario de reconocimiento a las personas detenidas de sus derechos constitucionales, comprometiéndose con la humanización de la prisión, respetando las garantías individuales de los mismos en los programas dirigidos a la resocialización y promoviendo la apertura de programas a través de los cuales puedan acceder a relaciones con el exterior, como práctica que permitiría el control de la sobrepoblación carcelaria y atenuaría los efectos desocializadores” (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

Adicionalmente, argumentan que “no es factible cuestionar la constitucionalidad del máximo de cincuenta años de prisión, alegando que no contiene fines de resocialización

y readaptación, por cuanto estos objetivos deben ser perseguidos no por la pena en sí misma, sino por el tratamiento penitenciario al momento de ejecutar la sanción penal. Desde el punto de vista normativo, tampoco presenta roce constitucional alguno con las normas constitucionales y convencionales ya que no es una pena cruel, degradante, inhumana o perpetua, por no incumplir con las disposiciones de derechos humanos indicadas. Es decir, nuevamente giran la mirada sobre el tratamiento penitenciario para atribuirle a éste las deficiencias que puedan existir, más no al límite temporal establecido como máximo, que a su criterio cumple con las normas constitucionales y convencionales.

Argumentan también, que el concurso material, aquel cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos, más bien el legislador lo que hizo fue, por razones de humanidad, fijar un límite por medio de: “reglas consagradas para la aplicación judicial de las penas para aquellos sujetos activos que han cometido una serie de delitos en concurso material, lo que significa que se enfrentan a la imposición de elevadas sanciones penales, para los cuales el legislador estableció un límite (...)” y que “a partir de lo anterior y desde el plano parlamentario, no es incompatible, ni desproporcional, la fijación legislativa del límite máximo de la pena en cincuenta años de prisión con el principio de humanidad” (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

Por último, en similar sentido que el voto n° 2001-10543, aclaran que: “el límite máximo de cincuenta años de prisión, no puede verse desde la óptica de estricto cumplimiento, como parece entenderlo el accionante, puesto que, nuestro sistema normativo, prevé un régimen con acceso a beneficios carcelarios (...)” y que “ante estas condiciones, la pena máxima prevista por el párrafo final, del artículo 51, del Código Penal, no necesariamente califica per se como inhumana, degradante o perpetua” (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

### **Sección 2.2.2. Argumentos en contra de la pena de 50 años de prisión.**

#### **Voto N° 2001-10543.**

El único magistrado en salvar el voto en el 2001, suscrito por Luis Paulino Mora Mora, consideró que el límite máximo de 50 años impuesto por el artículo 51 del C.P. “contrario a lo dispuesto en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política, 7, 10 inciso 3) y 15 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 inciso 6) de la Convención Americana de Derechos Humanos, 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 16 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes” (Sala Constitucional, N° 2001-10543).

Indica que si bien es cierto la política criminal es quehacer del Legislativo, esto no exime a Costa Rica de los límites infranqueables derivados de la Constitución Política y del derecho internacional vigente. Continúa indicando que la Sala Constitucional -citando un voto de 1991- ya ha indicado que por medio de su artículo primero de la Constitución Política, el país se constituye en un Estado según los principios básicos de una democracia y optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad; en una democracia, el delincuente no deja, por el solo hecho de haber sido condenado, de ser sujeto de derechos y tampoco se les puede constituir en una mera categoría legal, calificado según los tipos penales, sino que debe reconocérsele como sujeto de derechos, como ya se dijo, de todos los que el marco constitucional o legal no le restrinjan (Sala Constitucional, N° 1990-01261).

Considera de recibo el argumento de la accionante, en el tanto demostró “mediante el informe del Instituto Nacional de Estadística y Censos aportado en el año de mil novecientos noventa y nueve, la esperanza de vida al nacer, en el caso de los hombres, está constituida por la edad promedio de 74.18 años y en el de las mujeres por 79.89 años. Esa expectativa de vida, hace que cincuenta años de prisión se traduzca en una pena perpetua, dado que en la hipótesis de la persona de menor edad condenada (dieciocho años), saldría de la cárcel -en caso de que sobreviva las condiciones de la prisión-, a los sesenta y ocho años de edad; sin haber tenido oportunidad alguna de tener una vida laboral, familiar y social” (Sala Constitucional, N° 2001-10543).

Rescata, también, el criterio de la Comisión Redactora del Código Penal, que indicó en su momento: "...Se establece que el límite máximo de ambas (pena de prisión y medida de seguridad) es de veinticinco años, ya que la Constitución Política elimina todo tipo de pena indeterminada. A este respecto cabe observar que se ajusta a las exigencias actuales en materia rehabilitadora. La posibilidad de una pena que exceda de ese límite de tiempo es negativa para el interno y funesta, por lo mismo, para sus perspectivas futuras. Penas de cuarenta y cinco años son como una muerte en vida y son pocos, por no decir ninguno, el que las ha podido soportar" (Sala Constitucional, N° 2001-10543).

Por otro lado, cita antecedentes de la propia Sala Constitucional<sup>5</sup>, previo a la reforma, en los que el voto de mayoría indicó: "El permitir que en un determinado momento una persona pueda estar condenada a cumplir más de veinticinco años de prisión, conlleva a dejar sin valor alguno la fijación del máximo que el legislador hizo en el artículo 51 del Código Penal. Por entender que las penas de larga duración no conllevan solución alguna al problema delictivo que sufre la comunidad y por el contrario, atentan gravemente contra la finalidad rehabilitadora que se le ha fijado a las sanciones restrictivas de la libertad, es que se fijó en veinticinco años el máximo de duración de la pena de prisión, independientemente de si se da o no un concurso de delitos al momento de hacer dicha fijación (...) pues ello no sólo contraviene lo dispuesto en dicha norma sino también el principio que inspira la garantía constitucional del numeral 40 de la Carta Magna en el que se proscriben los tratamientos crueles y las penas perpetuas" (Sala Constitucional, N° 1992-02865).

Pronunciándose sobre la finalidad de la sanción penal, indica el voto de minoría que de acuerdo a la normativa internacional y nacional, la prisión tendrá la finalidad esencial de reforma y readaptación social de los condenados, así como que en la exposición de motivos de la Ley N° 7389 se partió, en uno de sus fundamentos, que el aumento de la pena iba a cumplir una función de prevención general, afirmación que no tiene sustento sociológico o psicológico alguno (Sala Constitucional, N° 2001-10543).

---

<sup>5</sup> El voto 2001-10543 fue integrado por 4 de los mismos magistrados que suscribieron el voto 1992-02865.

Finalmente, a modo de colofón termina su exposición con una argumentación que por lo importante -y porque el voto del 2015 lo cita en su totalidad- se transcribe aquí de la misma forma:

*“Ciertamente es que también existe una gran discusión respecto de si la prisión pueda tener algún efecto resocializador en el privado de libertad. Efectivamente, en sí misma, la prisión no resocializa, no readapta, ni transforma a nadie: es un contrasentido que se pretenda “resocializar” a alguien, coartándole la libertad, resocializarlo sacándole del medio social en que se desenvuelve. La cárcel estigmatiza, desocializa y reproduce la criminalidad. No obstante, los instrumentos de derecho internacional vigentes en Costa Rica, según se señaló, le confieren a la pena una finalidad de “reforma” y “readaptación social”. La doctrina dominante entiende –tesis que es compartida por el suscrito- que esa finalidad reformadora de la pena, debe interpretarse como la obligación que tiene el Estado de brindar al privado de libertad, las posibilidades y recursos necesarios para una eventual y voluntaria reincorporación o reinserción a la sociedad. El Estado democrático de derecho, si bien exige el respeto al principio de culpabilidad como un límite de la sanción, no admite una función retributiva, que conciba a la pena como un fin en sí misma o como un castigo, pues eso sería contrario a la dignidad humana. No se puede renunciar a la posibilidad de que una persona que ha delinquido, modifique su conducta y adopte los valores socialmente deseables. La reinserción social del infractor va más allá de la mera resocialización y de la ideología del tratamiento – que visualiza al privado de libertad como un enfermo al que hay que curar-. De lo que se trata es de ofrecer al infractor, diversas posibilidades que le faciliten un proceso de socialización real, donde pueda recuperar y desarrollar sus potencialidades humanas. Ese proceso para que sea exitoso, debe ser voluntario y nunca puede ser impuesto. De ahí que el deber del Estado consista en hacer factible esa reinserción. Una pena de cincuenta años, “per se”, de ningún modo va a resultar reformadora o readaptadora, incluso, aunque idealmente se brindara a los privados de libertad, todos los medios para hacerlo y las mejores condiciones posibles de vida. La desocialización y el daño físico y psicológico que se ocasiona*



*a una persona después de muchos años de vivir en prisión es irreversible. De ahí que la reinserción social se imposibilite con una pena de cincuenta años de prisión porque se trata de una pena perpetua; el privado de libertad no podrá reinsertarse a una familia, tener acceso a un trabajo digno, relacionarse socialmente con los demás ciudadanos libres. Por otra parte, conforme se dijo, tomando en cuenta la expectativa de vida real, que se ve desmejorada por las condiciones antinaturales e inhumanas que ofrece el encierro, difícilmente una persona puede salir con vida de la cárcel y si lo hace, en la generalidad de los casos, le resultaría imposible reinsertarse en la sociedad” (Sala Constitucional, N° 2001-10543).*

### **Voto de minoría, Sala Constitucional, resolución N° 2015-10543.**

Antes de analizar los principales argumentos de la segunda acción de inconstitucionalidad, cabe recordar un aspecto importante: 11 años antes, el único voto salvado que sí consideró inconstitucional el artículo 51 C.P. fue del Magistrado Luis Paulino Mora Mora (votación: 6 magistrados contra 1). A pesar del panorama desesperanzador que plantea analizar el tratamiento de este tema en la *cúpula* del Poder Judicial, se puede rescatar que en el 2015, la votación fue negativa, pero esta vez salvaron su voto 3 magistrados, por ende, una votación de 4 magistrados contra 3.

En esta ocasión, salvaron su voto los magistrados, Nancy Hernández López, Anamari Garro Vargas y Fernando Cruz Castro (actual presidente de la Corte Suprema de Justicia).

Comienzan por indicar que conforme la normativa internacional que se ha asumido, la pena privativa de libertad ostenta un fin principal de reforma y reinserción social, por lo que no pueden aceptar que esos fines sean plausibles en el caso de que una persona sea sometida a una pena tan excesiva “ya que en los afortunados casos en que la persona no encuentre la muerte en su reclusión, obtendrá la libertad cuando hayan sido extinguidas sus posibilidades laborales, sociales y familiares, convirtiéndose más en un castigo, que en una sanción penal” (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

Agregan que el **principio de proporcionalidad** reviste un parámetro a la hora de regular los derechos fundamentales de las personas y sus excepcionales restricciones, funcionando como límite en el ejercicio del ius puniendi que el Estado puede ejercer sobre los ciudadanos, y que de acuerdo a este principio: “una vez que se ha analizado la necesidad e idoneidad de aplicar una medida (sanción) ante determinada conducta (hecho típico), que constituye un medio para alcanzar un fin (resocializador de la pena), se debe examinar, razonable y objetivamente, si dicha pena no resulta en exceso gravosa para la dignidad humana de la persona sobre la cual recaerá; de esta forma, se encuentra en esta garantía, un verdadero límite para la implementación de medidas, penas y sanciones, que al tratarse de derechos fundamentales, el legislador debe observar cuidadosamente” (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

Sumado a esto, toman como ejemplo el **Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma**, aprobado en Costa Rica por la Ley N°8083 en el año 2001. Sobre este mencionan la regulación de delitos de altísima gravedad, entre ellos, a) crimen de genocidio, b) crímenes de lesa humanidad, c) crímenes de guerra, d) crimen de agresión, dado que siendo los delitos de mayor juicio de reprochabilidad funcionan como parámetro, para las cuales la Corte sanciona, como regla general, a) reclusión por un número de años que no exceda de 30, b) excepcionalmente la reclusión mayor cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado<sup>6</sup>.

De aquí, el voto de minoría analiza la falta de congruencia del derecho interno con el internacional -así como la contradicción con el principio de razonabilidad y proporcionalidad- aceptando que el aumento a 50 años de privación de libertad, conllevaría que una Corte que conoce este tipo de delitos termine imponiendo una pena aun menor que la que en Costa Rica pueda imponérsele una persona por delitos, menos graves, por delitos que no son contra la vida o delitos graves, pero comunes (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

---

<sup>6</sup> La perpetuidad que se prevé en el Estatuto de Roma quedó proscrita en el Voto N° 2000-9685.

Concluyen que la única interpretación conforme a la Constitución Política y acorde con los Tratados Internacionales ratificados por Costa Rica, es que: “la pena máxima para los delitos comunes debe ser de 30 años de prisión, en congruencia con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, no obstante, podrán hacerse las mismas excepciones referidas en el artículo 77.1.b del Estatuto, tratándose del juzgamiento de los mismos delitos establecidos en el artículo 5 del Estatuto, ya citados líneas atrás, no para la cadena perpetua, sino para la imposición de penas mayores a los 30 años (que sería la pena máxima en el Estado costarricense)” (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

En nota aparte, la magistrada Garro Vargas indica que, si bien es cierto el ejercicio punitivo del Estado exige el respeto del principio de legalidad y de reserva legal, esto no excluye que tal ejercicio no esté sujeto al control de constitucionalidad, sino que también se erigen en garantía frente a la arbitrariedad que pudiese provenir de la Administración. La potestad de la Sala Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de normas de cualquier naturaleza es una garantía ulterior, de origen constitucional, para proteger el ordenamiento y al ciudadano frente al legislador mismo (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

También menciona el hecho de que si bien el artículo 51 del C.P. no establece una perpetuidad formal -tiene un límite- no quiere decir que esto no se convierta en una perpetuidad material, pues para medir el plazo, usando las estadísticas nacionales de expectativa de vida, se concluye que en efecto el plazo es excesivo (Sala Constitucional, N° 2015-19582).

### **Capítulo 3. Análisis dogmático desde la criminología crítica.**

Cómo se pudo ver en la sección anterior, la mayoría de la Sala Constitucional declara que la Ley N°7.389 es constitucional y convencional. En general, establece que el fin resocializador debe de cumplirse por medio de esfuerzos por parte de la Institución Penitenciaria para asegurarlos y, al aceptar el fin resocializador, ha validado que una persona condenada a 50 años de prisión podría eventualmente ser resocializada por este medio. El voto de mayoría no lo dice de forma explícita, pero de considerar lo contrario, debió haber declarado inconstitucional la reforma por obedecer a otro tipo de finalidad de la pena.

La postura seguida por el voto de minoría, parte de una posición más realista que acepta que, si bien es cierto se debe perseguir el fin resocializador, la cárcel no cumple este fin. También indican que 50 años de prisión a una persona es equivalente a condenar a una persona a una muerte en vida.

Por ende, en este capítulo deben cuestionarse dos aspectos fundamentales, la ideología de la resocialización y el impacto carcelario que supone una pena privativa de libertad para una persona. De esta forma, con el análisis dogmático desde la Criminología Crítica se tendrá una perspectiva descriptiva (el mundo del ser, el del sociólogo) y se podrá contrastar con la perspectiva antes apuntada por la Sala Constitucional, la prescriptiva (el mundo del deber ser, el del jurista).

Debe mencionarse que la finalidad de este estudio no es analizar la evolución de las ideologías que han inspirado cada tipo de “tratamiento” para la resocialización de una persona privada de su libertad ni tampoco proponer una línea que deba seguirse. Como se indicó anteriormente, Costa Rica y la Corte IDH parten del fin resocializador, por lo que se debe tener este como punto de partida.

En este aspecto, el último eslabón de la evolución en cuanto al tratamiento se trata de las ideologías “Re” y de ahí parte la Sala Constitucional al validar la pena de los 50 años

de prisión, correspondiendo entonces analizar la propuesta fundamental en este sentido y de esta forma tener un panorama más realista – y poder tomar una posición adecuada de lo que implica la posición esgrimida como correcta frente a la ejecución de la pena.

### **Sección 3.1 Sobre el fin resocializador que la Sala Constitucional propone. La crisis de las ideologías resocializadoras.**

Como bien indica Zaffaroni, desde que se generalizó el uso de la prisión pasando a ser casi la única pena, se ensayaron varios discursos para explicarla y legitimarla; dejando de lado las referencias a su utilización eliminatoria, el conjunto del arsenal ideológico se orientó hacia un “tratamiento” que impondría cierta “mejoría”. Dado que esta segunda utilización es la aceptada y propuesta en el ámbito internacional, como se mencionó anteriormente, se deben analizar las llamadas ideologías “Re” (re-socialización, re-educación, re-inserción) y su problema fundamental (Zaffaroni, 1995).

Sin entrar a detallar las evoluciones que tuvo esta tendencia del “tratamiento” -disciplina, “cura” del mal, correccionalismo, tratamiento científico, criminología “clínica”<sup>7</sup>- se llegó a la concepción de la persona condenada como un “desviado” en el que había fracasado el proceso de “socialización primaria” y se requería entonces un mecanismo “resocializador” que generó toda una multiplicación de las ideologías “re” (Zaffaroni, 2015).

Estos conceptos difusos, caracterizados por el prefijo “re”, daban idea de algo que había fallado y que justificada una segunda intervención, esto, entiéndase, por medio de la cárcel. Sin embargo, al explicarse la arbitrariedad epistemológica que implica la pretensión de entender los comportamientos de los criminalizados prescindiendo de los

---

<sup>7</sup> Para terminar con una crítica a estos modelos pasados, Zaffaroni indica en cuanto a los privados de libertad en instituciones totales, en algunos casos la invasión de la realidad de la prisión tendrá un efecto desestructurante y el deterioro del sujeto será hacia la psicosis o el suicidio, en mayor medida optarán por asumir el rol conforme los requerimientos, otros, aún en la prisión, no se “verán como criminales”, en fin, concluye: *“Todas estas variables son las que se han receptado en las complejísimas ‘clasificaciones de delincuentes’ de la criminología etiológica en su versión clínico-criminológica, confundiendo con “causas del delito” lo que no era más que una clasificación o tipología de los diferentes modos de deterioro provocados por la prisionización (Zaffaroni, 1998, pp. 141).*

condicionamientos, la artificialidad de la prisión y de la acción condicionante previa del control social general, con el cambio de paradigma en la criminología, quedó manifiestamente expuesta la falencia del modelo anterior, deslegitimando la criminología clínica y la funcionalista (o del tratamiento resocializador) (Zaffaroni, 2015).

La institución total genera condicionamientos negativos que deterioran a las personas institucionalizadas (Zaffaroni, 2015), el llamado “impacto carcelario”, que se analizará posteriormente. Se advierte que sobre esto hay críticas destacando “casos de éxito”<sup>8</sup> de personas sometidas al régimen carcelario.

Así, se mantuvo este discurso hasta la década de los años sesenta, en consecuencia, manteniendo la criminología etiológica que las sostenía y su versión clínica, hasta su eventual declive por las críticas de la prisión desde el punto de vista sociológico que comenzó a poner sobre la palestra el efecto deteriorante de la prisión. Sin poder ignorar la realidad de las críticas, se fue derrumbando, desprestigiándose la criminología etiológica hasta una cuarta etapa llamada “momento anómico” (Zaffaroni, 2015).

La crisis de la ideología “re” genera que sus operadores queden con un discurso desacreditado, con la necesidad de articular el viejo discurso desplazándolo hacia el futuro o imputando el imposible cometido de la labor a defectos de otras agencias<sup>9</sup> (Zaffaroni, 2015), sin embargo, indica, la paradoja ya no resiste a prueba irrefutable de los hechos que expone la resocialización cada día más como un absurdo<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> También critica aquellos supuestos “éxitos del tratamiento resocializador” que señalan casos de personas que sufrieron la cárcel y no volvieron a ella, indicando que no existe ningún argumento convincente que permita mostrar tales casos atribuibles a la resocialización, porque resulta más simple explicarlos como resultado de circunstancias particulares que impiden que la institucionalización total cumpla su condicionamiento deteriorante reproductor, así como también existen casos de personas que han sobrevivido íntegras los campos de concentración o largas prisiones políticas o torturas de todo tipo. También indicando que, en estos “cambios de vida milagrosos”, existe la posibilidad de una persona que perciba el efecto deteriorante y la pulsión a la auto conservación, o también que la edad influya en la pérdida de características estereotípicas de la clientela que el sistema penal selecciona (Zaffaroni, 2015).

<sup>9</sup> Recuérdese el argumento de mayoría de la Sala Constitucional: “el problema no es la duración de la pena, sino el sistema penitenciario o la falta de recursos”, o, “pareciera que el accionante impugna el sistema penitenciario que de paso no puede hacerse por esta vía de la acción de inconstitucionalidad”.

<sup>10</sup> “(...) hace doscientos años que las instituciones totales vienen teniendo un efecto deteriorante y reproductor y, por ende, nunca podrán ejercer una verdadera función preventiva. Va siendo casi inevitable la necesidad de asumir esta realidad si se pretende elaborar un discurso que no recaiga en el absurdo y

Entonces algunos sectores, movimientos reaccionarios y “represivizantes”, terminan por postular que “ya que la cárcel no resocializa sino que deteriora, el único camino que resta es la profundización del efecto deteriorante y reproductor mediante el fortalecimiento del modelo de mera seguridad” (Zaffaroni, 2015), lo que evidentemente es contrario a la normativa internacional, pero cuyo discurso se esparce y se aplica de otras maneras.

Lejos de continuar legitimando un discurso absurdo, debe aceptarse que, como indicaba Baratta, la cárcel no tiene ya esa función real de reeducación y de disciplina que había asumido en su origen: la función educativa y disciplinaria se ha reducido, en última instancia a pura ideología (Baratta, 2004) que ignora todo el saber sociológico que comprende esta relación de exclusión.

El fin resocializador sobrevive, en algunos casos, por lo incómodo del reconocimiento público de una cárcel retributiva, porque sirve para ocultar funciones omitidas destinada a la obtención del control social por parte del Estado, utilizándose por el legislativo funciones reeducativas aunque en fin contengan siempre un carácter político y represivo, por lo que reaparece, manteniéndose por medio del discurso “re”, la cárcel-castigo (García-Bores, 1995).

Sin embargo, como se sabe ampliamente, la cárcel sigue siendo utilizada como pena principal. Ante este panorama, menciona el autor que se ha venido siguiendo en esta línea, hay instituciones totales que deterioran más que otras. Ante esto, la decisión más acorde con los principios de los derechos humanos, es la de procurar disminuir al mínimo posible las características que hacen de la prisión una institución deteriorante y optar por la opción que menos perjudique, sin pretender por ello que la prisión haga lo que no puede hacer (Zaffaroni, 2015).

Por ende, Zaffaroni concluye con dejar atrás el discurso resocializador fundado en la criminología etiológica y en la clínica para pasar a elaborar una filosofía del trato humano

---

*que haga algo más que profundizar la anomia actual, en la que apenas se balbucean trozos de un discurso en el que nadie parece creer o que, un tanto escatológicamente, ha devenido materia de fe remitida al futuro, pese a su insita contradicción”. (Zaffaroni, 2015, p. 26).*

reductor de la vulnerabilidad: agotar los esfuerzos para que la cárcel sea lo menos deteriorante posible (Zaffaroni, 2015)<sup>11</sup>.

### **Sección 3.2 La cárcel y el impacto carcelario.**

Sin embargo, ¿a qué se deben estas críticas de la pena carcelaria como elemento deteriorante y de-socializador?, ¿cuáles fueron esas críticas que se comenzaron a hacer sobre el efecto que tenían las instituciones totales sobre la persona?, ¿cómo se llegó a desprestigiar la ideología resocializadora?

Uno de los mayores exponentes de la criminología crítica, Alessandro Baratta, expone la cárcel como el instrumento esencial para la creación de una población criminal, expone los efectos marginadores de la misma, la evidente imposibilidad de cumplir la función de reeducación y reinserción social, que la ideología penal le ha asignado tradicionalmente y que la ideología de la defensa social termina legitimando (Baratta, 2004).

Para hacer esto, parte de un balance realista, de la que toda indagación en la comunidad carcelaria y la subcultura de la misma, han tornado vana toda tentativa de realizar tareas de socialización y de reinserción por medio de estos centros. Incluso ante la introducción de modernas técnicas psicoterapéuticas y educativas, o parciales transformaciones de la cárcel, han cambiado de modo decisivo la naturaleza y la función de los centros de detención en nuestra sociedad. Estos centros constituyen el momento culminante de aquel mecanismo de marginación que produce la población criminal y la administra en un plano institucional, de modo de hacerla inconfundible y de adaptarla a funciones propias y que califican esta particular zona de marginación (Baratta, 2004).

Resume las características de este modelo, en el hecho de que los centros de detención ejercen efectos contrarios a la reeducación, a la reinserción del condenado pero

---

<sup>11</sup> Zaffaroni plantea varias propuestas en los siguientes dos subtítulos -“El reemplazo del discurso resocializador: el trato humano de la vulnerabilidad” y “Algunas consideraciones acerca de un posible trato humano reductor de la vulnerabilidad y de una eventual clínica de ella”- que no serán analizados en este escrito.



favorables a su estable integración a la población criminal. La educación alienta el sentimiento de libertad y de espontaneidad del individuo, la vida en la cárcel como universo disciplinario, tiene un carácter represivo y uniformante (Baratta, 2004)

Sustenta su posición en la harta doctrina que ha señalado los efectos negativos del encarcelamiento sobre la psique de los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de la pena. Los estudios de este género concluyen que “la posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir”, y que “el instituto penal no puede realizar su objetivo como institución educativa” (Baratta, 2004)

El proceso de socialización al que es sometido el detenido, un proceso negativo que ninguna técnica psicoterapéutica y pedagógica logra volver a equilibrar, parte de dos puntos de vista. El primero es la **desculturización**: la desadaptación a las condiciones que son necesarias para la vida en libertad, la incapacidad para aprehender la realidad del mundo externo, la formación de una imagen ilusoria de él, el alejamiento progresivo de los valores y modelos de comportamiento propios de la sociedad exterior. El segundo elemento, la **prisionalización**, que comprende la adopción de las actitudes, modelos de comportamiento y valores característicos de la subcultura carcelaria. Estos aspectos, cuya interiorización son inversamente proporcional a los chances de reinserción en la sociedad libre, conducen al efecto negativo de la prisionalización, que reconduce hacia dos procesos característicos: la educación para ser criminal y la educación para ser un buen detenido (Baratta, 2004).

Extendiendo sobre la prisionización, desde la década de los años cincuenta, Clemmer hablaba de esta adopción de la subcultura carcelaria que implica la modificación de los modos de comer, vestir, dormir y trabajar, el uso del argot carcelario, es decir, una adopción de una subcultura que supone la pérdida de elementos culturales propios de la sociedad libre a la que se pretende, en el plano prescriptivo, volver a incorporar al excluido (García-Bores, 2003). Es decir, el privado de libertad adquiere la necesidad de

adquirir un nuevo marco de referencia, muy distinto de la vida en libertad, que pueda dar sentido a las condiciones de vida de un centro penitenciario.

El tiempo de la condena es fundamental en este análisis. El concepto de tiempo está íntimamente conectado con el espacio, sin embargo, se considera más importante analizar el espacio temporal, tomando como punto de partida la realidad de las cárceles costarricenses cuyo espacio físico dista mucho del ideal<sup>12</sup>, con notables excepciones de los recientes avances realizados por la ex ministra de Justicia y Paz, Cecilia Sánchez Romero, y el viceministro -luego ministro-, Marco Feoli Villalobos<sup>13</sup>.

La relevancia del factor temporal se plantea de dos sentidos. El primero es la distribución del tiempo a lo largo del día, donde todo se encuentra bajo un horario perfectamente determinado que imprime un ritmo de vida cadencial, experiencia pobremente estimulante, monótona, y diametralmente opuesta a la vida en libertad (García-Bores, 1995). El segundo es el tiempo de condena, donde su impacto aumenta conforme aumenta el tiempo de encarcelamiento, y que tiene un protagonismo inigualable en la vida del preso que define sus actitudes y estado de ánimo, siendo así que se ha tratado por los teóricos críticos planteándolo como elemento central de la intervención penitenciaria (García-Bores, 1995).

Clemmer indica que una de las condiciones favorables para una baja prisionización es una condena corta, dado que el grado que pueda alcanzar la adopción de esta subcultura que afecta una futura “reinserción”, sigue una relación lineal y progresiva con el tiempo de estancia en prisión (García-Bores, 2003).

---

<sup>12</sup> Entre muchos otros, el Dr. Roy Murillo, juez de ejecución de la pena costarricense, expone esto en su artículo intitulado “Nuestras prisiones: una vergüenza nacional”, recuperado el 16 de agosto del 2018 de: <https://www.nacion.com/opinion/foros/nuestras-prisiones-una-verguenza-nacional>.

<sup>13</sup> “En esta nueva cárcel, llamada Unidad de Atención Integral (UAI) Reinaldo Villalobos Zúñiga, no existen imágenes de módulos abarrotados de reclusos y olores a excremento y orines invadiendo el lugar. También se borra la idea de gran cantidad de presos acostados sobre el césped sin hacer nada durante el día. Lo que hay en esta nueva prisión es una cancha de fútbol, una cancha multiuso, un área de pesas, una zona para procesos educativos y talleres productivos. Todo esto evitará el tiempo ocioso en la población penal, la cual deberá trabajar, estudiar, recibir instrucción técnica y hacer ejercicios a lo largo de 14 horas diarias” (Chaves, 2017), recuperado de: <https://www.nacion.com/sucesos/seguridad/nueva-carcel-intentara-resocializar-a-reos-con-encierro-digno-y-trabajo/AGMSXBNXZBE2LAJTLUYPZSOX7I/story/>.

Esto porque los largos periodos de tiempo, junto con la desconexión del mundo exterior, el radical cambio en el modus vivendi, conllevan una necesaria transformación de la persona como un todo, si se quiere posibilitar un mínimo equilibrio psicológico (García-Bores, 2003).

El universo carcelario contiene muchas otras consecuencias, que se dan tanto en periodos cortos como extensos de estancia. Dentro de los estudios se han presentado conclusiones contradictorias, pero de forma general, para lo que aquí es atinente, se pueden resumir varios puntos fundamentales:

- a) La prisionización: aumento del grado de dependencia, debido al amplio control conductual, devaluación de la imagen propia, disminución de autoestima, aumento de niveles de dogmatismo y autoritarismo, aumento del nivel de ansiedad, efectos en la conducta posterior en términos de tendencia a la reincidencia (García-Bores, 2003).
- b) Con Kaufmann, se observa la obligación que el preso que se adapte a la subcultura carcelaria, y que entre mayor medida de adaptación incluso se muestran mejores capacidades de adaptación que aquel interno que no se prisionice, que podrían ser mejores aptitudes para readaptarse posteriormente a la vida en libertad (García-Bores, 2003).
- c) La estrategia punitivo/premial imperante, el sistema de mortificación y de privilegios, el del buen preso y el mal preso, supone que se diluya una identidad colectiva grupal que posibilitaría una solidaridad entre reclusos, y más bien se transforma el propio sistema de valores de los internos, potenciando el individualismo para la obtención de beneficios, debilitando la solidaridad (García-Bores, 2003).
- d) Lo anterior conduce a un cambio progresivo en las creencias que el sujeto tiene sobre si mismo y sobre los otros significativos, actuando como una mutilación del yo, en lo que Goffman califica como “invernaderos donde se transforma a las

personas, cada una es un experimento natural sobre lo que puede hacerse al yo” (Goffman, en García-Bores, 2003, pp. 8).

- e) La presencia de los hábitos de la prisionización cuando se llega a un régimen abierto luego de una prolongada estancia en régimen cerrado: hábitos motores, dejadez en la presentación personal, pasividad en la solución de problemas, constante demanda de que alguien -institución- se haga cargo de sus necesidades, inactividad total el tiempo libre, incapacidad de organizar autónomamente la vida, utilización del argot característico de las prisiones, búsqueda del beneficio inmediato, falta de perspectiva de futuro, entre otros (García-Bores, 2003)<sup>14</sup>.
- f) Volviendo a Goffman, en una sintetización del impacto carcelario, se tiene dentro de estas consecuencias: 1) desculturación: incapacidad de adaptarse posteriormente a la sociedad libre por la pérdida del sentido de la realidad “normal”; 2) mutilación del yo: despojo de pertenencias, desfiguración de su imagen social habitual, la realización de indignidades físicas, a continuos actos verbales de sumisión, violación a la intimidad, relaciones sociales forzadas, la omnipresencia de otros, la exposición humillante ante familiares, 3) alta tensión psíquica, 4) estado de dependencia, de tipo infantil, con pérdida de la volición, autodeterminación y autonomía, 5) sentimiento de tiempo perdido, malogrado y robado, 6) producción de actitud egoísta para asegurar su especial existencia, 7) estigmatización, como ex recluso y consecuente rechazo por parte de la sociedad (Goffman, en García-Bores, 2003, pp. 9).
- g) Se resumen las respuestas de adaptación a la vida en instituciones totales: 1) regresión situacional: evasión psicológica ante la situación; 2) intransigencia, desafío y negación a colaborar con la institución; 3) integración al mundo de la prisión, pudiendo incluso realizar actos para evitar salir de ella; 4) conversión, aceptando la institución y sus propósitos; optando así los reclusos generalmente por la última, como medio de *lucha por supervivencia* pero de modo oportunista

---

<sup>14</sup> Consecuencias inevitables de, dicho de alguna forma, tratar al recluso como un niño: “*El preso o prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto; se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto o debe hacerlo en condiciones y con limitaciones que el adulto no conoce*” (Zaffaroni, 1998, pp. 140).

para de la misma forma hacerse de placeres cuando se pueda (Goffman, en García-Bores, 2003, pp. 10).

- h) Problemas de imagen y autoestima, afectación del yo, debido a que la condena efectiva de privación de libertad conlleva una condena moral (Sykes, en García-Bores, 2003, pp. 11).
- i) Consecuencias somáticas: destacando alteraciones de la visión, audición, gusto y olfato; consecuencias psicosociales: adaptación al entorno anormal de la prisión, alteración de la sexualidad, estado permanente de ansiedad, ausencia de expectativas de futuro, alteraciones de la afectividad (García-Bores, 2003).
- j) *Labeling approach*, o efectos derivados del estigma, que implica el rechazo social presente después de la liberación, siendo obstáculo para la reinserción (García-Bores, 2003).
- k) Consecuencias familiares, especialmente después de largos períodos de encarcelamiento: desestructuración familiar, pérdida de una fuente de ingresos, paulatino alejamiento de familiares, cuyas visitas se van espaciando con el tiempo (García-Bores, 2003).
- l) Y de forma general, exposición a enfermedades contagiosas (García-Bores, 1995), superpoblación, pérdida de privacidad, alimentación paupérrima, falta de higiene y asistencia sanitaria, discriminaciones en razón de la capacidad de pago de alojamientos y comodidades (Zaffaroni, 1998).

Volviendo a un plano más general, Baratta crítica dos elementos que el legislador mismo sabe que contiene la línea de reeducación y reintegración. El elemento escéptico, esto es, que el legislador mismo sabe que las innovaciones aportadas al sistema carcelario no pueden desaparecer los efectos negativos de la cárcel en la vida futura del condenado y que se oponen a su reinserción y, el elemento realista, dado por la conciencia de que en la mayor parte de los casos, el problema que se plantea respecto del detenido no es propiamente el de una resocialización (Baratta, 2004).

Es importante mencionar la relación entre sociedad y detenido, así como volver la mirada sobre la misma sociedad de donde están saliendo estas personas que termina por

excluirse. Esta relación entre sociedad y detenido es todavía más paradójica y es un aspecto que afecta todavía más el carácter contradictorio de la ideología penal de la reinserción: la relación entre quien excluye (sociedad) y quien es excluido (detenido). Toda técnica pedagógica de reinserción choca con la naturaleza misma de esta relación de exclusión, es decir, no se puede excluir e incluir al mismo tiempo (Baratta, 2004).

Volviendo al contexto en el que esta realidad tan contradictoria se presenta, Baratta afirma como aspiración lejana de conseguir, que sustituir el derecho penal por algo mejor será posible sólo cuanto sustituyamos nuestra sociedad por una mejor y que ante la negativa de lo anterior, entre más desigual una sociedad, mayor necesidad va a tener de ejercer sistema de control social de tipo represivo (Baratta, 2004).

Por ende, debe volverse la mirada sobre la sociedad misma y comprender que antes de modificar a los excluidos es preciso modificar la sociedad excluyente, llegando así a la raíz del mecanismo de exclusión. De ahí que afirme, que quien desee juzgar de un modo realista, deberá observar la sospecha de que la función verdadera de esta modificación de los excluidos es la de perfeccionar y volver pacífica la exclusión, integrando, más que a los excluidos en la sociedad, a la relación misma de exclusión en la ideología legitimadora del estado social (Baratta, 2004).

En la propuesta de política criminal alternativa de Baratta, se encuentran dos propuestas atinentes al tema de investigación. El primero de ellos, es la obligación de hacer un análisis realista y radical de las funciones realmente ejercidas por la cárcel y adquirir conciencia del fracaso histórico de esta institución en su función de control de la criminalidad y de la reinserción del desviado en la sociedad y de su influjo en el proceso de marginación de los individuos (Baratta, 2004).

Segundo, la necesidad prestar especial atención al discurso político y la opinión pública. Tener como máxima consideración la función que ejerce la opinión pública y los procesos ideológicos que en ella se desenvuelven apoyando y legitimando el vigente derecho penal desigual, por medio de la cual se activan procesos informales de reacción

a la desviación y a la criminalidad. La opinión pública, afirma Baratta, es portadora de la ideología dominante que legitima el sistema penal, perpetuando una imagen ficticia de éste, dominada por el mito de la igualdad (Baratta, 2004). Sobre esto se volverá posteriormente cuando se analice el proceso legislativo que aconteció en Costa Rica al momento de la promulgación de la Ley N°7.389.

### **Sección 3.3 Criminología Crítica en Costa Rica.**

Elías Carranza y Eugenio Raúl Zaffaroni también tuvieron la oportunidad de referirse al inflacionismo penal en Costa Rica. Esto lo hicieron ante consultas de otras leyes, no a la Ley N°7.389, sin embargo, al tratarse de aumento de penas, se deberán rescatar, de forma breve algunos de los principales enunciados.

Elías Carranza expuso, posterior a la reforma aquí cuestionada, que las penas excesivamente severas no redujeron el delito: posterior a la que popularmente se llamó “la ley de los 50 años”, la tasa de homicidios fue la más alta de los últimos quince años, a lo que dijo: “¡pareciera que los homicidas lo hubiesen hecho a propósito!” (Carranza, 1996, pp. 103).

Las penas extremas son respuestas no exactamente justas, sino violentas al delito y a la violencia, que contribuyen a elevar aún más los niveles de violencia del delito y de la sociedad (Carranza, 1996).

El mismo autor expuso también como 1) la severidad de la justicia penal, contrario a la opinión pública, medida por los niveles de encierro, había aumentado de forma significativa en los últimos años, 2) las penas perpetuas elevan las tasas de presos al mantener una población fija, 3) cada preso cuesta al país una suma muy alta de dinero, estimada en alrededor de \$2,400 anuales (Carranza, 1996), dólares de 1996, a lo que hoy se ha traducido en aproximadamente \$12,000 anuales.

Zaffaroni indicó que en la Costa Rica de 1991: 1) no se había registrado un aumento alarmante de los homicidios en los últimos diez años, 2) los datos sugerían que Costa Rica tenía la tasa de homicidios más baja de América Latina, 3) que la presuposición acrítica de la eficacia preventiva de la pena es algo muy recurrido en ámbitos periodísticos, políticos y jurídicos, entendiendo por estos últimos a los penalistas que solo manejan información normativa, pero que desconoce absolutamente la criminología, pero en el terreno criminológico y político criminal la eficacia preventiva de la pena en general es objeto de muy serias dudas, cerrando por indicar que no cumple ese objetivo (Zaffaroni, 1991).

### **Sección 3.4 La cárcel como una contradicción institucional.**

Debe cerrarse este apartado con algunos enunciados de uno de los más reconocidos juristas, Luigi Ferrajoli. Como se ha podido ver a lo largo de este capítulo, a pesar de que las ideologías “re” supusieron un “avance” en cuanto al tratamiento, a pesar de la supuesta “humanización” que esto conlleva, y a pesar de las amplias críticas al carácter represivo, seleccionador, deteriorante de la pena carcelaria, producto de este cuarto momento anómico de la ideología del tratamiento, se ha continuado por legitimar un discurso cuyas bases mismas son cuestionables, cuyo deber ser choca frontalmente con el ser y, desde luego, que sigue utilizándose ampliamente luego de dos siglos de evolución histórica.

Ferrajoli recuerda que la pena es una sanción aflictiva, una segunda violencia - institucionalizada, organizada y legitimada por el *ius puniendi*- que se añade a la violencia del delito. Vuelve al análisis de lo que supone una pena privativa de libertad en la teoría, sea, precisamente, la sola reducción del derecho a la libertad y no de otros derechos que deberían permanecer incólumes, a lo que se opone la realidad que desmiente dramáticamente este modelo ideal (Ferrajoli, 2016).

De la misma forma, se indica que la cárcel es una institución productora de miles de aflicciones diversas inevitablemente distintas entre una cárcel y otra, entre un preso y



otro, una institución donde se le arroja al condenado a un infierno: una sociedad salvaje, abandonada de hecho en gran parte al juego “libre” de las relaciones de fuerza y de poder entre detenidos y al desarrollo de una criminalidad carcelaria incontrolada que se ejercita sobre los más débiles e indefensos (Ferrajoli, 2016).

Dado que la normativa internacional ha tomado partida y que el discurso constitucional termina por afirmar la cárcel como necesaria, Ferrajoli vuelve la mirada hacia las bases mismas de la democracia, refiriéndose a la cárcel como una contradicción institucional creada por la ley en la cual debe desenvolverse el propio gobierno de las personas y en cuyo interior, no rigen controles ni reglas sino sobre todo la ley del más fuerte (Ferrajoli, 2016).

De ahí, coincidiendo con el apelativo de absurdo que mencionaba Zaffaroni, se indica que las violaciones de los derechos de los presos son intrínsecas a la detención carcelaria por lo que el verdadero problema no es la falta, sino la imposibilidad de mantener garantías idóneas en dichas instituciones totales. Instituciones que, por su misma naturaleza práctica de segregación, comprenden una violación de los derechos fundamentales y de la dignidad de las personas, tornándose así en una patología no reformable del Estado de Derecho (Ferrajoli, 2016).

Ahora bien, es importante mencionar que el autor parte de una concepción que ve en la propuesta abolicionista una utopía regresiva. Desde esta vista, Ferrajoli hace una propuesta que indica implicaría una política liberal que debería tener el coraje de dar un verdadero salto de civilización, asumiendo una progresiva superación de la cárcel, y mientras tanto, despojarla de su actual rol de pena principal, limitando drásticamente la duración y reservándolo solo a las ofensas más graves a los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2016).

Esto es importante porque en efecto, al estarse analizando una pena privativa de libertad que podría llegar a tener una extensión de 50 años, se supondría que ya no se está hablando de infracciones a bienes jurídicos supraindividuales y abstractos, sino a

derechos fundamentales y únicamente a los delitos más graves. El mismo legislador así lo indicaba en su exposición de motivos, lo que se buscó fue la privación de libertad de “criminales extremadamente violentos que matan y violan”.

Sin embargo, en este panorama aún de las ofensas más graves a los derechos fundamentales, Ferrajoli propone, para esta política de des-carcelación, una reducción de la duración de la pena<sup>15</sup>, esto es el acortamiento de sus límites máximos de 15 o de 10 años o cuanto menos a los máximos penales establecidos en los Códigos europeos: veinte años según el Código penal francés (art. 18 y 19), belga (art. 16), suizo (art. 35), austriaco (art. 18), noruego (art. 17), griego (art. 52 y 54) y luxemburgués (art. 16); quince años según el Código alemán (art. 14 y 17) y desde luego, 12 o 10 años según los Códigos de Finlandia (cap. 2) y de Suecia (cap. 26) (Ferrajoli, 2016).

Sin embargo, debe contextualizarse al plano de Costa Rica, en el cual a la vuelta de la reforma para incrementar la pena a 50 años, le siguieron toda una serie de reformas para el incremento de penas en general, por ende, otras propuestas del mismo autor son atinentes al tema. De ahí la necesidad, indica Ferrajoli, de emprender una seria despenalización que confiera credibilidad al derecho penal, restituyendo su carácter de extrema ratio, reservada solo a las ofensas a derechos y bienes fundamentales y una meta, que considera la reforma más importante, de una refundación de la legalidad penal, de una meta garantía, dirigida a poner freno a la inflación penal, indicando que es intolerable que esto se deje cotidianamente expuesto al humor contingente de la mayoría de un gobierno, al populismo demagógico o al devenir siempre constante de nuevas emergencias (Ferrajoli, 2016).

Haciendo esto, una tendencial abolición de la pena carcelaria -que no es abolicionismo penal- comportaría también una reducción en el número de reclusos y por ende una mejora en sus condiciones de vida, así como también una reducción en la distancia, hoy

---

<sup>15</sup> Ya en su obra “Derecho y razón” había establecido: “Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos, de 10 años” (Ferrajoli, 1995, pp. 414).

abismal, existente entre el modelo teórico y la realidad efectiva de la pena carcelaria (Ferrajoli, 2016).

## **Capítulo 4. Inconstitucionalidad e inconveniencia de la Ley N° 7.389. Análisis del proceso legislativo, jurisprudencial, y análisis sobre la constitucionalidad y convencionalidad.**

Habiendo abordado el contexto alrededor del tema central de esta investigación, se pasará ahora al contexto costarricense para luego entrar a analizar la génesis y la voluntad histórica del legislador costarricense. Posteriormente se analizará la convencionalidad de la norma y por último, la constitucionalidad de la misma.

### **Sección 4.1 Contexto: el populismo punitivo en Costa Rica.**

Antes de esto, debe mencionarse que varios de los más autorizados juristas del plano nacional han expuesto como Costa Rica ha caído en un proceso irreflexivo de inflacionismo penal, caracterizado por un discurso basado en el derecho penal del enemigo, derecho penal máximo. Esto es particularmente preocupante porque, a pesar de ser Costa Rica un Estado Democrático de Derecho, el legislador ha encontrado en el derecho penal un terreno fértil para manipular, pretendidamente con efectos simbólicos, desconociendo los principios que la materia impone (Chinchilla, 2009) y expandiendo las fronteras del *ius puniendi* de forma preocupante. Como eje común de estas críticas, el populismo punitivo ha sido el impulsor de estos procesos.

Por medio de una exacerbación del sentimiento de inseguridad, utilizando la doctrina de la seguridad ciudadana, el rescate de los derechos de las víctimas, el populismo punitivo, promueve una devoción por la seguridad y aprovecha la cultura del temor (Sánchez, Murillo, 2010).

Esto lo hace por medio de un discurso que recama el endurecimiento del sistema penal, atribuyéndole la culpa del auge de la criminalidad, la preocupación en los derechos de los victimarios y no de los derechos de las víctimas, apelando al sentido común, utilizando el carácter amarillista de los medios de comunicación, negando los criterios expertos respecto al tema (Llobet, 2016) y estigmatizando el garantismo como abolicionismo

penal, con la pretensión de obtener su rechazo por parte de la ciudadanía (Sánchez, Murillo, 2010).

El reconocido jurista costarricense, el Dr. Javier Llobet Rodríguez, expone esto en un artículo intitulado “El éxito del populismo punitivo en Costa Rica y sus consecuencias”, utilizando varios aspectos descritos por David Garland, en su libro “La Cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea”, fundamentales para el éxito y acogida de esta corriente en el país, mismos que serán utilizados para analizar la propuesta legislativa.

De forma general se puede afirmar que el populismo punitivo ve en el derecho penal un instrumento para realizar política social, tornándolo así en un instrumento de *prima ratio*, contraviniendo, con su carácter popular y manipulación de las masas, los sectores más autorizados tanto del mundo del jurista como del sociólogo.

En fin, como expone Llobet, se trata de una relación dialéctica entre políticos y medios de comunicación, donde los primeros también usan los medios de comunicación para mostrarse duros ante el crimen, criticar a sus opositores políticos o bien hacer promesas electorales (Llobet, 2016), y los segundos obtienen una falsa sensación de seguridad, legitimando y reafirmando así, en sus ojos, la fe en el Estado como su protector ante la delincuencia.

Sirva todo lo anterior de prefacio para el análisis de lo realizado por la Asamblea Legislativa costarricense.

#### **Sección 4.2 La asamblea legislativa y la adopción del derecho penal del enemigo.**

En este apartado quedará en evidencia como la Asamblea Legislativa partió de un discurso irreflexivo, antojadizo, “a-teórico”, plagado de prejuicios, datos falsos, tomando una posición contraria al fin declarado de la pena, quedando en evidencia la predominancia del populismo punitivo sobre cualquier discusión académica u opinión de

los expertos que se refirieron al tema. De esta forma, las críticas que se vinieron mencionando a lo largo del capítulo 3, la toma de posición de la Criminología Crítica frente a la función declarada de la pena, de cara al impacto carcelario que genera una privación de libertad y sobre la contradicción que supone la cárcel como institución, brillan por su ausencia y si aparecen, se tergiversan o se tildan de la “Criminología de la alcahuetería con el delincuente”.

La predicción del Garland <sup>16</sup>cobra sentido al analizar el proceso histórico desarrollado en Costa Rica, ya que si el libro de Garland fuera una receta para llegar a un producto final, la Asamblea Legislativa cumplió a la perfección los pasos y sus ingredientes.

Indica el autor que las políticas públicas que regulan el delito y el castigo siempre invocan y expresan una gama de sentimientos colectivos, los intereses y los sentimientos de las víctimas se invocan ahora rutinariamente para apoyar medidas de segregación punitiva (Garland, 2001, pp. 46). Los sentimientos colectivos estuvieron presentes en la discusión del proyecto, donde se argumentaba que si eran los ciudadanos que tenían que estar encarcelados, viviendo entre rejas, que los niños no tendrían libertad y que urgía hacer algo por los costarricenses.

Garland indica como este tipo de políticas públicas buscan el beneficio político y la reacción de la opinión pública ignorando y denigrando las élites de expertos y profesionales<sup>17</sup>. Recuérdese que se tildó a la actual jueza de la Corte IDH -entre otros

---

<sup>16</sup> David Garland, en su libro “La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea”, indica en su prefacio que el libro se “ocupa de los cambios dramáticos que se han producido en nuestra respuesta social al delito durante los últimos treinta años y de las fuerzas sociales, culturales y políticas que los han generado (...) solo observando el campo como un todo podemos tener la esperanza de descubrir las estrategias, racionalidades y culturas que le dan su estructura y organización características. Más aún, si estos elementos existen efectivamente y he contribuido a identificarlos, estudios de caso posteriores estarán en una mejor posición para confirmar, refutar o refinar de algún otro modo estas conclusiones” (Garland, 2001, pp. 8-10).

<sup>17</sup> “(...) los grupos profesionales que dominaban el proceso de toma de decisiones son crecientemente desplazados. Es una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad “de la gente”, del sentido común, de “volver a lo básico”. Se degrada la importancia de la investigación y el conocimiento criminológicos y en su lugar existe una nueva deferencia hacia la voz de la “experiencia”, del “sentido común”, de “lo que todos saben” (Garland, 2001, pp. 49).

de sus logros profesionales- de seguir la corriente de la “alcahuetería de los delincuentes”, de no poder brindar una solución al problema de la criminalidad y que por ende, mientras se encuentre la solución, se optaba por “tenerlos en la cárcel”. No solo a Elizabeth Odio Benito se le denigró de esta forma, sino que al criterio de Daniel González (ex presidente de Sala Tercera), a Fernando Cruz (actual presidente de la Corte Suprema de Justicia), se desechó la oportunidad de contar con el criterio del ILANUD, donde Eugenio Raúl Zaffaroni propuso un estudio técnico con los mejores criminólogos y penalistas de toda la región.

Se cayó en esa “histeria”<sup>18</sup> que señala Garland, en el tanto se trató de restablecer la confianza pública mediante la reimposición del control, argumentando que mayores condenas y más cárcel iban a funcionar para prevenir la delincuencia por medio de un factor intimidatorio preventivo.

En la discusión de los diputados no faltó la urgencia de “hacer algo”, de tomar acciones catárticas, proveer una respuesta instantánea y funcionar como una medida de venganza (Garland, 2001). Se hizo una manipulación cínica de las emociones colectivas para obtener beneficios políticos, como indica Garland, ya no por medio de los castigos crueles otrora describió Foucault como medios para reafirmar la fuerza de la ley y reactivar el mito del poder soberano, sino por medio de una pena de 50 años de prisión.

Se echó de mano de embarazosos incidentes o investigaciones periodísticas que revelaron fallos por sentencias o tribunales (Garland, 2001), que socavan la confianza en la administración de justicia. Garland describe como el caso del “delincuente” liberado Willie Horton fue un ejemplo paradigmático en EEUU, en Costa Rica se habló de la libertad de “Bam Bam”.

---

<sup>18</sup> “La maquinaria estatal se ha entregado a una forma de evasión y negación que es prácticamente histérica, en el sentido clínico del término. En lugar de reconocer los límites del Estado soberano y adaptarse a ellos, la agenda política que gobernó estas políticas de alto perfil público fue restablecer la confianza pública, la reimposición del control. Desechando las evidencias empíricas acerca de que el delito no sufre un impacto inmediatamente como consecuencia de condenas más severas o un mayor uso del encarcelamiento, las legislaturas han adoptado un etilo punitivo de “ley y orden” (Garland, 2001, pp. 223).

Con una semejanza espeluznante a lo descrito por Garland, “frente a estas presiones, el atractivo esencial y persistente de la respuesta ‘soberana’ frente al delito (y sobre todo de las leyes vengativas que crean sanciones penales más severas y facultades policiales más amplias)” (Garland, 2001, pp. 227) es que el aumento a 50 años de prisión pudo ser representada como una intervención inmediata, confiada y fiable para dar la impresión de que algo se estaba haciendo, sin plantearse si podía funcionar o no.

En lugar de fundar la decisión en un análisis metódico y en los descubrimientos de la investigación científica, se articuló de la mano casos sensacionales de alto perfil público, se comerció con imágenes, arquetipos y ansiedades (Garland, 2001, pp. 228): el caso del “Rambo tico”, el ejemplo de que un delincuente entrara a matar a los diputados y solo respondiera por el primer homicidio.

Como indica Garland, en un análisis reduccionista se sustentó la criminología del “otro”, una criminología arcaica, por medio del discurso político sobre el hombre criminal, el otro extraño, delincuentes peligrosos, con pocas semejanzas al “nosotros” (Garland, 2001). Se evocaron a los predadores sexuales como escasamente humanos, se habló de castraciones químicas, de operaciones al cerebro, de la conducta malvada o ignominiosa de los delincuentes, de los jóvenes “superpredadores”, ejemplificados en Costa Rica como los “chapulines”.

Se utilizó los riesgos, las ansiedades que genera este discurso, la sensación de desamparo, todo lo que funciona reforzando la necesidad sentida de imposición del orden y la importancia de una respuesta estatal firme (Garland, 2001).

Se dirigió al “enemigo conveniente”, se trató a los delincuentes como especies diferentes de individuos violentos y amenazadores por quienes no podemos tener simpatía y a quienes no se puede ayudar efectivamente (Garland, 2001), dejando como única alternativa el elevar las penas y “que los delincuentes puedan pasar más tiempo en prisión”.



Se optó por la única respuesta práctica y racional a estos enemigos: “sacarlos de circulación para proteger al público” del desafilado atemorizante, el extraño amenazante, el resentido y el excluido, demonizando al delincuente, expresando miedos e indignaciones populares que promueven el apoyo al castigo estatal, como símbolo positivo de la voluntad del Estado para usar la fuerza y proteger al público por todos los medios necesarios<sup>19</sup> (Garland, 2001, pp. 232).

Especial interés debe señalarse en la invocación de varios de los ideales de la Escuela del Positivismo. En este aspecto, algunos diputados hablaron del “delincuente nato”, reviviendo así los aportes de Enrico Ferri<sup>20</sup>; con la reforma se puso en marcha un proceso selectivo y de purificación de la sociedad a través de la inocuización de los desviados, propio del Darwinismo social expuesto por Rafael Garofalo<sup>21</sup>; incluso los aportes de Lombroso, con el determinismo Darwiniano, cuyas afirmaciones en la Asamblea Legislativa de aquellos condenados a 50 años, reviven esas afirmaciones del delincuente como un verdadero *genus homo delinquens*<sup>22</sup>, una especie subdesarrollada que no merece otra cosa que apartarlo de la sociedad (García-Pablos, 2009).

De esta forma, se puede concluir que la propuesta legislativa fue diametralmente opuesta a los fines declarados de la pena por la estructura jurídica costarricense así como por la Corte IDH, optándose por las teorías de la pena negativas ya antes expuestas.

---

<sup>19</sup> Al respecto, Baratta indica: “Como éstas han mostrado, la pena actúa como elemento de integración del cuerpo social, produciendo sentimientos de unidad en todos los que son sólo sus espectadores, y realiza de esa manera una consolidación de las relaciones de poder existentes” (Baratta, 2004).

<sup>20</sup> Enrico Ferri negaba el libre albedrío y consolidó el término delincuente nato: un ser ni siquiera ubicado evolutivamente en un intermedio entre hombre sano y hombre no sano, sino como una categoría aparte, otra variedad antropológica (García-Pablos, 2009).

<sup>21</sup> Garofalo, a pesar de tener una tesis más moderada que Ferri, defendía la pena de muerte -y así no habría reincidencia, justificaba- como consecuencia del Darwinismo social: esto es, un proceso de selección “natural” de las especies que condena a muerte a aquellas que no se adaptan al medio (García-Pablos, 2009).

<sup>22</sup> Lombroso, en sus ansias de resolver racional y científicamente el problema de la criminalidad, además de sus teorías de deformaciones craneales y consecuentes autopsias, afirmaba otros factores degenerativos, hereditarios, que hacían al delincuente un *genus homo delinquens*, esto es, una subespecie, subdesarrollada, que no llegó a ser *homo sapiens* (García-Pablos, 2009).

La ahora directora del ILANUD y exministra de Justicia y Paz, Cecilia Sánchez, así como el juez de ejecución de la pena Roy Murillo, en un brillante artículo, recuerdan algunas frases de Jakobs:

“Quién por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado, por el contrario, el enemigo es excluido” (Cecilia, Murillo, 2010).

“Cuando es evidente que el delincuente no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad, el combate de la delincuencia y el combate de aquél son una misma cosa. Entonces ya no es persona, sino una fuente potencial de delincuencia, un enemigo” (Cecilia, Murillo, 2010).

Es decir, al ciudadano se le aplican las normas de un Estado de Derecho, al enemigo se le trata distinto, se le aplica un régimen disminuido de garantías que procura su inocuización o neutralización, donde la finalidad preventivo especial positiva queda en el olvido, donde se comprende la ejecución de la pena como un mecanismo de combate, necesario e idóneo para el control total “del otro” o su eliminación, Cecilia, Murillo, 2010).

Como indica Zaffaroni refiriéndose a la prevención especial negativa, en la realidad social, como las ideologías “re” fracasan, la neutralización no es más que una pena atroz, no para mejorar al excluido, 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 (Zaffaroni, 2007), o en palabras del legislador costarricense: “(...) la sociedad tiene que defenderse contra este tipo de individuos, y sé que la cárcel no es un remedio, pero para defenderse de este tipo de individuos, la cárcel si es un remedio, no hay más salida que encarcelarlos, son individuos que no podrían estar fuera de la cárcel” (Folio 40, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Es decir, la Ley N° 7.389 es una manifestación pura y dura del derecho penal del enemigo, que buscó la inoportunización y eliminación, que personificó las teorías absolutas de la pena y el fin preventivo especial negativo de las mismas. Una ausencia total y completa de los límites establecidos al *ius puniendi* tanto por el artículo 51 del Código Penal así como de la función establecida por la Corte IDH, dejan concluir que la promulgación de esta reforma fue contraria a los fines de la Constitución y de la CADH.

Cómo muestra de esto, puede recordarse el comentario de un diputado indicando que debería de existir la cadena perpetua -indicando incluso que ya hasta la Iglesia Católica se había pronunciado a favor de ésta- y que “si no se rehabilitan en la cárcel, lo lógico es que permanezcan allí al menos por un mayor tiempo (...) ante esa ineficiencia de nuestra sociedad, en la que no hay métodos para poder rehabilitar a un reo, entonces lo lógico y natural es que, al menos, se quede un poquito más de tiempo en la cárcel” (Folio 252 , Exp. Legislativo 10.938, 1991).

#### **Sección 4.3 Interpretación derivada de la Corte IDH e inconvencionalidad de la norma.**

Teniendo en mente la aplicación del derecho penal del enemigo por parte de la Asamblea Legislativa, así como la negación patente de los fines declarados de la pena, debe pasarse a analizar la convencionalidad de la norma aquí cuestionada.

##### **Sección 4.3.1 Ilegalidad e inconvencional.**

La mayoría de la Sala Constitucional concluyó que la pena de 50 años era convencional por las siguientes razones: 1) no incumple los fines declarados de la pena establecidos en la CADH, sino que, el que se cumpla o no el fin resocializador, depende del tratamiento penitenciario; además está establecida en una norma que fue potestad del legislador, 2) por no contravenir lo establecido en la normativa internacional, no califica como un trato cruel, inhumano y degradante.

Como se indicó anteriormente, la Corte IDH no ha establecido que una pena de cierta cantidad de años sea convencional y que otro monto mayor sea inconvencional, por ende, debe recurrirse a un análisis analógico, inspirado en los fines de la CADH. En otros casos ventilados ante la Corte IDH se ha cuestionado la legalidad y convencionalidad de una medida privativa de libertad, que sirven para realizar un análisis analógico para la Ley aquí cuestionada.

En ese sentido, respecto de los fines de la prisión preventiva, por ejemplo, la Corte IDH ha establecido deben obedecer únicamente a fines procesales, siendo ésta una medida cautelar y no punitiva<sup>23</sup>.

Refiriéndose a un caso sobre prisión preventiva, en el caso Fleury y otros Vs. Haití, del 2011, la Corte IDH estableció que: “toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad personal **no solo debe estar prevista en la ley**, en los términos del artículo 7.3 de la Convención, **su finalidad debe ser legítima y compatible con la Convención**”. De lo anterior puede entenderse que la Corte estableció que, por más que la causal de prisión preventiva esté sustentada en una ley debidamente promulgada, si ésta no obedece a los fines declarados de la prisión preventiva, la misma no es convencional.

En similar sentido, en el caso Yvone Neptune Vs. Haití, la Corte IDH indicó que: “En suma, **no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté prevista en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación sean compatibles con la Convención**, es decir, que respeten los requisitos que a continuación se detallan, **a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima**. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.

---

<sup>23</sup> Caso López Álvarez Vs. Honduras, párr. 69, 2006; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, párr. 198 2005; Caso Servellón García Vs. Honduras, párr. 90, 2006; entre muchos otros.

De lo anterior puede colegirse que si una medida privativa de libertad no cumple con la finalidad declarada por la Corte, la convierte incluso en una privación de libertad arbitraria, entendiéndose ilegal e inconvencional.

Si la Corte IDH ha declarado la inconvencionalidad de una prisión preventiva, con mucha mayor razón se puede aplicar el criterio razonado a una pena que violenta de forma más grave los derechos fundamentales de una persona, sea, una pena de 50 años de prisión.

Para analizar esto, debe recordarse que la CADH, en su artículo 5.6 establece que: “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, y en repetidos fallos de la Corte IDH, se ha establecido que las penas deben responder: “a la ‘finalidad esencial’ de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, ‘la reforma y la readaptación social de los condenados’”<sup>24</sup>.

De ahí que sea útil recurrir al “espíritu” del legislador costarricense. Cabe recordar que ese “espíritu” muchas veces es mencionado de forma abstracta y etérea para justificar medidas en un sentido u otro, sin tener verdadero sustento. Sin embargo, contrario a esto, en la discusión de la Ley N°7.389 esto no quedó establecido de forma maquillada o abstracta, sino quedó manifiesto y patente. Se dijo:

“Este proyecto no pretende ni rehabilitar, ni socializar, ni evitar el hacinamiento, ni evitar la criminalidad. Aquí la decisión que tenemos que tomar es dónde deben estar los delincuentes: si en la calle o en la cárcel” (Folio 182, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

“(…) Que el delincuente se desocializa ¡que se desocialice!, pero que esté donde tiene que estar. Que el delincuente no se rehabilita ¡que no se rehabilite! (...) la ‘corriente de la alcahuetería para el criminal’, la corriente que, desoyendo los orígenes mismos de la

---

<sup>24</sup> Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, párr. 101, 2004; Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, párr. 223, 2005; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, párr. 314, 2006.

pena, que es la protección a la sociedad, trata al delincuente como si fuera un benefactor de la humanidad. (Folio 203, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Por ende, debe de entenderse de lo anterior, junto con el análisis realizado en la sección 4.1 de esta investigación, que el fin de la pena de 50 años de prisión evidentemente obedeció a cualquier fin menos al resocializador. Cómo ya se ha venido fundamentando, obedeció a un fin inocuizador, de eliminación de la persona molesta, sin importar se resocializara o no, y de hecho, admitiendo la imposibilidad de ese fin.

Debe concluirse que la norma no obedece a los fines declarados de la pena por la Corte IDH, por lo que aunque esté previsto en la legalidad interna, la convierte en una pena arbitraria, ilegítima e inconvencional: el aumento por si mismo de la pena máxima de 25 a 50 años de prisión fue inconvencional.

Por estas razones debe indicarse que la Ley N°7.389 también es contraria a varios de los principios rectores (artículos 57 a 61) de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. Este instrumento internacional establece, de forma general, que el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes de una privación de libertad carcelaria, que de acuerdo al fin y la justificación de las penas, se debe aprovechar el tiempo en prisión para lograr que la persona no solo quiera respetar la ley sino también sea capaz de hacerlo, que se deben de tratar de reducir las diferencias entre la vida en prisión y la vida libre, que deben emplearse medios para asegurar un retorno progresivo a la vida en sociedad y que la cárcel no deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad.

De ese “espíritu del legislador” aunado al análisis de lo que supone el impacto carcelario sobre una persona, puede colegirse sin mayor análisis que se incumplen todos estos presupuestos de las Reglas Mínimas, toda vez que se previó, por medio de la reforma, el opuesto de un retorno progresivo y a reducir el impacto carcelario.

En igual sentido, a criterio del investigador, el legislador costarricense, al buscar la inocuización de una persona y admitiendo la imposibilidad del fin resocializador, incumplió el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura que establece: “se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”. Es diametralmente opuesto a preservar la personalidad o a aumentar la capacidad física o mental de una persona el solo hecho de tenerlo privado de libertad por 50 años, pero aún más patente lo es, cuando expresamente se indica: “Que el delincuente se desocializa ¡que se desocialice!, pero que esté donde tiene que estar”, esto, por un máximo de 50 años de prisión (Folio 203, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

#### **Sección 4.3.2 Trato cruel, inhumano y degradante.**

Ahora bien, la Sala Constitucional indicó que no la pena de 50 años no era un tratamiento cruel, inhumano y degradante, por no incumplir con la normativa internacional al respecto. Esto es porque la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes contiene una llamada “cláusula de exclusión” donde se establece: “no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean **consecuencia únicamente de sanciones legítimas**, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

Esto debe entenderse en el sentido de que la prisión por sí misma<sup>25</sup> genera una restricción, una pérdida de derechos y garantías fundamentales y esto no la convierte en una pena cruel, inhumana y degradante – a pesar de que lo es-, de lo contrario ningún país podría tener una persona privada de su libertad. Debe analizarse la inconventionalidad ahora a la luz de lo mencionado sobre este tema por la Corte.

En el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, sentencia del 2004, la Corte indicó: “(...) **este Tribunal ha establecido que una persona ‘ilegalmente detenida se**

---

<sup>25</sup> En este mismo sentido, el artículo 57 de las Reglas Mínimas establece que la prisión es aflictiva por el hecho mismo de privar de la libertad.

encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, **de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad**'. Igualmente esta Corte ha señalado que basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral, y que cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, **que el trato que la víctima recibió (...) fue inhumano y degradante**".

Ya se estableció que, a criterio del investigador, cualquier persona privada de libertad a 50 años de prisión por medio de la Ley N° 7.398 está sufriendo una pena inconvencional e ilegal, sea, una detención ilegal.

Esto, sumado al criterio expuesto por la Corte en la última cita, puede comprenderse que una detención ilegal es equivalente a un trato inhumano y degradante. Esto hace que pueda concluirse que no se trataría del supuesto establecido en la cláusula de exclusión anteriormente indicada, sino que por su carácter ilegal, en efecto cumple con los requisitos establecidos por la normativa internacional para que se convierta en un tratamiento inhumano y degradante.

De esta forma, a criterio del investigador, la pena de 50 años de prisión incumple también la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que menciona en su artículo 16 que: "Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura (...)", así como el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece: "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

#### **Sección 4.3.3. Incongruencia con el derecho internacional.**



Por otro lado, haciendo un análisis analógico, debe recurrirse a un argumento que utiliza el voto de minoría de la Sala Constitucional para declarar que la pena de 50 años es inconstitucional. Tomando como parámetro el Estatuto de Roma, indican que no hay coherencia con el derecho internacional y que dicha incongruencia en el sistema es contradictoria al principio de razonabilidad y proporcionalidad<sup>26</sup>.

Para hacer una comparación más concreta se necesitaría una sentencia de la Corte Penal Internacional donde se haya condenado a alguien a 30 años de prisión, pero a la fecha, no existe una sentencia de este tipo.

Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de realizar un breve análisis comparativo con la legislación nacional. En la última acción de inconstitucionalidad, en audiencia conferida al Ministerio de Justicia y Paz y en escrito de la ex ministra Cecilia Sánchez Romero, indica que en el año 2015, se encontraban 84 personas condenadas a penas de prisión de 50 años o más, 43 personas condenadas a penas entre 45 a 49 años, 23 personas condenadas a penas de 40 a 44 años, 94 condenadas a penas de 35 a 39 años, y 82 personas a penas de 30 a 34 años (Expediente 15-002620-0007-CO, 2015).

De un breve consulta realizada para esta investigación en Cómputo de la Pena del Poder Judicial, se pueden mencionar 4 casos concretos que sirven para ilustrar la incongruencia señalada:

- El imputado C.F.A, fue condenado a 30 años de prisión por 2 robos agravados.
- El imputado R.S.D, fue condenado a 37 años de prisión por 1 homicidio calificado y un delito de incendio.
- El imputado G.Z.S, fue condenado a 48 años por 3 delitos de violación agravada.

---

<sup>26</sup> *“Es decir, aceptar la implementación de este aumento a los 50 años de reclusión, conllevaría a que una Corte que conoce de delitos internacionales y sumamente graves como el genocidio, entre otros, termine imponiendo una pena aun menor que la que el derecho interno en el caso de Costa Rica, le impondría a una persona por delitos, si se quiere, menos graves –pensando, por ejemplo, en la aplicación del concurso material por delitos que no son contra la vida o delitos graves, pero comunes (...) Esto es una incongruencia en el sistema, totalmente contradictoria con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, máxime si utilizamos como referencia la estructuración piramidal de la dosimetría penal de las penas en atención a los bienes jurídicos tutelados”* (Sala Constitucional, 2015-19582).

- El imputado G.R.M, fue condenado a 50 años de prisión, por 4 homicidios calificados.

La reacción popular y acrítica ante estos datos, podría ser que en efecto son crímenes graves y que se merecen una pena alta. Sin embargo debe analizarse que dentro del sistema internacional existe una diferenciación que debe señalarse: por un lado existen los crímenes comunes, donde el fin declarado de la pena debe ser la resocialización, y como una excepción, dónde el derecho internacional incluso permite al cadena perpetua -revisable- están los llamados *core crimes*, aquellos delitos que se salen del común por su extrema gravedad. Este tipo de delitos ha permitido que a lo largo de la historia incluso se hayan impuesto penas de muerte (Núremberg) validadas por el derecho internacional, independientemente de la concepción actual que existe sobre este tipo de pena.

Entendido lo anterior, debe analizarse el hecho de que el Estatuto de Roma es una síntesis de todos los sistemas jurídicos, un sumario de todo el derecho mundial, dónde en su promulgación todos los países estaban representados. Ahora bien, en dicho Estatuto se estableció una pena máxima de 30 años para los llamados *core crimes*, con la excepción de la pena perpetua -revisable a los 25 años- que ya se declaró que no aplicaba para Costa Rica (Sala Constitucional, 2000-9685) por contravenir el artículo 40 de la Constitución. De ahí se puede entender que esta “esencia” del derecho penal internacional, atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, aún tratándose de los crímenes más graves, estableció una pena 20 años menor que la provista por el legislador costarricense.

La excepción de la pena perpetua establecida en el Estatuto de Roma, por si misma da a entender que será reservada para aquellos casos que, aún dentro de los *core crimes*, justifique una privación de libertad ilimitada. Por ende, por regla general, debe entenderse un máximo de 30 años de prisión.

Esto hace que la Corte Penal Internacional pueda imponer 30 años de prisión a una persona condenada por hechos tan graves como esterilizaciones masivas, torturas,

experimentos biológicos en humanos, confinamientos masivos, causar lesiones mentales o físicas graves, esclavitud, apartheid o el exterminio de una raza entera, pero en Costa Rica se pueda imponer, como se indicó anteriormente, la misma pena para una persona que cometió dos robos agravados, como en el caso de C.F.A.

#### **Sección 4.4 Reflexiones en torno a la jurisprudencia constitucional e inconstitucionalidad de la norma.**

Corresponde en este análisis no solo criticar el voto de mayoría de la Sala Constitucional, sino analizar si la norma en cuestión cumple con el mandato 40 de la Constitución Política: “nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas”.

Como primer aspecto, a criterio de quien investiga, del análisis analógico de los pronunciamientos de la Corte IDH se ha establecido que en efecto la pena de 50 años en Costa Rica es un trato cruel y degradante. Desprendiéndose esto de un instrumento con protección *supralegal*, por encima de la propia Constitución, se debe indicar que es abiertamente inconstitucional por este aspecto.

Corresponde ahora analizar de forma crítica el voto de mayoría de la Sala Constitucional. Dado que los argumentos de los votos salvados que se pronunciaron en contra de la pena de 50 años de prisión están establecidos en la sección 2.2 de esta investigación, no se repetirán en este apartado nuevamente, sino que se abarcaran desde otras ópticas los principales argumentos del voto de mayoría. Para efectos prácticos, se dividirán los argumentos por separado:

**4.4.1 La Sala Constitucional carece de competencia para regular la política criminal porque, por el principio de legalidad y el principio de reserva de ley, esto corresponde al Poder Legislativo.**

En un análisis simplista, la mayoría determinó que la Sala Constitucional carecía de competencia para referirse a la constitucionalidad de la norma de 50 años de prisión. Sin embargo, esto es paradójico y resulta un análisis altamente simplista, que deja ver que simplemente no se quiso entrar a discutir un tema polémico a nivel nacional.

De primera entrada debe indicarse la contradicción que supone esto, ya que en el voto de la Sala Constitucional N° 2012-0129, se pronunciaron al respecto de otro tipo de sanciones establecidas por el Poder Legislativo, declarando con lugar la acción de inconstitucionalidad y anulando la política establecida por quienes, en un tema más polémico, indican el principio de legalidad y reserva de ley les impide desdecir. Cabe realizarse la siguiente pregunta: ¿y si el legislador optara por permitir la tortura o la pena de muerte?, ¿diría la Sala Constitucional que es un tema sobre el que carece de competencia para pronunciarse?

El artículo 10 de la Constitución Política establece que es potestad de la Sala: “declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público”. En igual sentido, el artículo 73, inciso d) de la Ley de Jurisdicción Constitucional establece: “Cabrán la acción de inconstitucionalidad: (...) d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional”.

Es decir, los artículos indicados justamente establecen que es el trabajo de la Sala Constitucional, ejercen una labor de garantía ulterior, para proteger el ordenamiento de los abusos en los que pueda incurrir el legislador, de ahí el principio de supremacía constitucional.

Sostener lo contrario sería indicar que toda ley emanada del legislativo es inmodificable e intocable, lo que como ya se indicó, la Sala no ha dejado suceder en otras oportunidades respecto a normas menos gravosas para los ciudadanos que la cuestionada en esta oportunidad.

Todavía más cuestionable, es que 4 de los 7 magistrados que sostienen este argumento, fueron los mismos que en el voto N° 1992-02865, establecieron, previo a la Ley N°7.389, que: “El permitir que en un determinado momento una persona pueda estar condenada a cumplir más de veinticinco años de prisión, conlleva a dejar sin valor alguno la fijación del máximo que el legislador hizo en el artículo 51 del Código Penal. Por entender que las penas de larga duración no conllevan solución alguna al problema delictivo que sufre la comunidad y por el contrario, atentan gravemente contra la finalidad rehabilitadora que se le ha fijado a las sanciones restrictivas de la libertad, es que se fijó en veinticinco años el máximo de duración de la pena de prisión, independientemente de si se da o no un concurso de delitos al momento de hacer dicha fijación (...) pues ello no sólo contraviene lo dispuesto en dicha norma sino también el principio que inspira la garantía constitucional del numeral 40 de la Carta Magna en el que se proscriben los tratamientos crueles y las penas perpetuas” (Sala Constitucional, N° 1992-02865).

Tal contradicción es difícil de digerir, en el entendido que previo a la reforma 4 de los mismos magistrados que indican que una pena de 50 años cumple con el artículo 40 de la Constitución, pero previamente habían indicado que precisamente el máximo de 25 años de prisión se estableció para cumplir con el artículo 40 Constitucional, sea: “Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas (...)”. Todavía más grave, es que dicho antecedente, no solo sea desvirtuado totalmente, sino que no se den razones para explicar el por qué antes se consideraba que sería un tratamiento cruel o degradante y una pena perpetua, y unos años después ya no lo sea.

#### **4.4.2. Que no se cumpla el fin resocializador es culpa del tratamiento penitenciario, no de la pena de 50 años de prisión.**

A la luz de lo expuesto por la Criminología Crítica, el fin resocializador, por más que sea el fin propuesto por la Constitución y por los Tratados Internacionales, ha quedado deslegitimado. Esto, como indica Zaffaroni, porque luego de dos siglos de experiencia, de comprobaciones empíricas de la crítica institucional, del conocimiento sociológico y

psicológico, el discurso resocializador termina siendo no una utopía -que supone que algo podría llegar a realizarse- sino un absurdo, una empresa de imposible realización (Zaffaroni, 2015).

Ahora bien, esto no significa que no sea lo que deba perseguirse, sin embargo, el establecer 50 años de prisión para una persona es hacer un fin ya de por sí absurdo –en palabras de Zaffaroni- en un fin irrisorio, una burla, total y completa, sobre un derecho que la propia administración debería poder garantizar. Es decirle a una persona que se le va a sustraer de una sociedad por 50 años para garantizar que pueda incorporarse a la misma.

Al respecto de esto, en entrevista sostenida con la actual directora del ILANUD y ex ministra de Justicia y Paz, ella indicó: “Esto es como cuando antes se garantizaba la libertad mediante fianza y los jueces fijaban el monto de la misma en 25 millones de colones, para una persona que había sido condenada por hurtar una lata de atún de mil colones. Es hacer nugatorio el derecho. Sin embargo, indicaban, se está cumpliendo dándole la oportunidad de pagar la fianza y en ese tanto se garantiza el derecho”.

Como se vio en la sección 3.2, sobre el impacto carcelario, se indicó que el tiempo de la condena tiene un protagonismo inigualable en la vida del preso, y que uno de los principales condiciones para una baja prisionización es una condena corta.

García Bores expone como, en estudios realizados en prisiones con internos con larga estancia en prisión, se logran exponer resultados vistos en los reclusos quienes: adaptaron mecanismos de defensa neuróticos, una notable dificultad para el contacto social, pérdida del sentido de la realidad al punto de bordear con estados prepsicóticos, así como otros estudios sobre la psique de los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de éste, donde se presentaron: graves efectos psicológicos como desarrollo de ansiedad, depresión, hipocondría e ideas de suicidio (García-Bores, 2003).

De la misma forma, debe recordarse que las violaciones de derechos de los presos son intrínsecas a la detención carcelaria y que existe una imposibilidad de mantener garantías idóneas en una institución total (Ferrajoli, 2016) que suponen que un periodo tan extenso en prisión, no solamente vaya a tener, en mayor o menor medida, los efectos antes descritos, sino que aunque se mejores las condiciones de las cárceles, el carácter excluyente y desocializador de la cárcel nunca va a poder eliminarse, todavía menos con una pena de 50 años.

#### **4.4.3 Existen beneficios que reducen la pena y el límite de 50 años hace que no sea una prisión perpetua formalmente.**

Uno de los disfraces de la pena con fin retributivo, como castigo, que busca la inocuización de una persona molesta para la sociedad, es decirle que luego de cumplir media pena -sea 25 años- va a poder optar por un beneficio carcelario. Esto supone varios problemas. El privado de libertad debe descontar 25 años en las condiciones y con las consecuencias ya antes descritas para para obtener alguna posibilidad -si ha sobrevivido- para obtener una oportunidad de revisión, y segundo, porque queda sujeto a múltiples obstáculos que van a revisar si ya se resocializó en un medio construido para desocializar.

Debe resaltarse que producto del populismo punitivo, esto se torna cada vez más en una opción de casi imposible obtención. Esto también es propio del derecho penal del enemigo<sup>27</sup> y sus consecuencias, el cual generó que luego de la Ley N° 7.389 se impulsara una reforma al artículo 55 del Código Penal para limitar los beneficios carcelarios. En los últimos cuatro años, se han fortalecido cada vez más las críticas a los beneficios

---

<sup>27</sup>*“Un derecho penitenciario justificado en necesidades de utilidad pública más que jurídica, derivado en reformas propias de un derecho de peligrosidad en la ejecución en la sanción o medida de seguridad, donde se obstaculiza todas las posibilidades de reincorporación de los “enemigos” a la comunidad, prolongando su encierro hasta el último día que sea posible o más allá, restringiendo los avances dentro del sistema penitenciario y limitando su vida social y el disfrute de todo beneficio” (Sánchez, Murillo, 2010, pp. 110).*

carcelarios producto de los medios de comunicación masiva<sup>28</sup>, exponiendo de forma acrítica y con datos falsos, que quien salga con beneficio va a volver a reincidir.

Escudándose en aspectos lingüísticos, se establece que el hecho de que haya un límite a la pena, esto no la hace perpetua. Resulta una obviedad que establecer un artículo que legitime la palabra “perpetua” sería abiertamente inconstitucional. Ese era el fin de la reforma, maquillar una pena perpetua lo suficiente para que fuera constitucional, y se logró.

#### **4.4.4 La pena de 50 años de prisión es constitucional.**

Ya la sola contradicción de que la Sala Constitucional indicara en 1992, que una pena superior a 25 años contravenía el artículo que proscribía los tratamientos crueles y degradantes y las penas perpetuas sería suficiente para desvirtuar este argumento. Sin embargo, cabe analizar otros aspectos de este apartado.

Sobre esto, en la última acción de inconstitucionalidad, tramitada bajo el expediente 15-002620-0007-CO, se le dio audiencia al Ministerio de Justicia y Paz y en escrito de la ex ministra Cecilia Sánchez Romero, y puede utilizarse su respuesta para ejemplificar lo anterior:

*“Según información proporcionada por el Departamento de Estadística de la Dirección General de Adaptación Social, a la fecha, hay más de 152 privados de libertad que, para cumplir su sentencia y salir a la vida en sociedad, deberían sobrepasar aquel rango etario (78 años en los hombres y 82 para las mujeres). Algo aún más difícil, comparado con la media de la sociedad costarricense, si se toma en consideración que las condiciones carcelarias, en algunas ocasiones, como desafortunadamente ocurre en toda la región, no son las mejores. Esta situación, como puede deducirse, tiene un impacto directo en las condiciones de salud de las*

---

<sup>28</sup> Sobre esto ver: “¡Golondrinas! Asesinos de La Sabana salieron de cárcel por beneficio”. Recuperado el 19 de agosto del 2018 de: <https://www.crhoy.com/nacionales/golondrinas-asesinos-de-la-sabana-salieron-de-carcel-por-beneficio/>.



*personas privadas de libertad, provocando que las penas altas, en verdad, se conviertan en una pena perpetua.*

**Tabla 1**

Privados de Libertad de 25 o más años de monto de sentencia por edad que tendrán con 65 años o más al cumplir con descuento la causa actual				
Monto en años	Grupo de Edad al Cumplir con Descuento			Total
	65 a 69	70 a 74	75 o más	
25 a 29	22	24	14	60
30 a 34	22	23	37	82
35 a 39	27	31	36	94
40 a 44	8	4	11	23
45 a 49	16	10	17	43
50 o más	25	22	37	84

*En este sentido, debe tenerse en cuenta que si una persona, que se encuentre entre los 26 y los 30 años de edad -promedio de ingreso a prisión, según datos recopilados por el Ministerio a mi cargo- resulta condenada a cincuenta años de prisión, tendrá entre 76 y 80 años al momento de cumplir su condena (sin descuentos). Mientras que bajo el supuesto de que se le apliquen los descuentos podría salir no antes de cumplir 70 años de edad. Así, las personas condenadas a cincuenta años habrán pasado encerradas toda su vida adulta para cuando egresen de prisión (...)*

*En resumen, el Ministerio de Justicia encuentra que la posibilidad de que una persona pueda estar encerrada de manera permanente, con escasísimas probabilidades de salir en libertad a realizar un proyecto de vida conforme al*

*ordenamiento jurídico, debido a una decisión del Estado que bloquea, casi por completo, cualquier opción de vida en libertad, sí representaría un tratamiento cruel y degradante por cuanto el individuo es cosificado, anulado, degradado y despersonificado. El ius puniendi, ejercido en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, faculta, sin ningún género de dudas, a que los delitos se les asocie una pena; sin embargo, la idea de un Estado Policial que elimine, no solo física sino también moralmente, a las personas molestas no podría resistir el test de constitucionalidad porque se estaría reemplazando al Estado constitucional y Democrático por otras formas autoritarias de organización política, incompatibles con la concepción de la dignidad humana que reivindica la Constitución Política de Costa Rica” (Expediente 15-002620-0007-CO, 2015).*

De lo anterior puede comprenderse que en el estado actual de las cosas, en efecto la prisión de 50 años está cumpliendo esa perpetuidad material de la que se venía hablando anteriormente. Cómo lo menciona la actual directora del ILANUD, se puede ver el caso de personas que, **aún aplicándole beneficios carcelarios**, podría salir no antes de cumplir 70 años de edad, sea, restándole únicamente 8 años para llegar a la expectativa de vida promedio de un costarricense. Esto, sin tomar en consideración que se estaría hablando de una persona con el impacto carcelario ya más que arraigado, y suponiendo que haya sobrevivido las graves condiciones carcelarias, que inevitablemente reducen la expectativa de vida.

Se supone que en ese tiempo restante la persona deberá reinsertarse a la sociedad, sea, tener una familia, acceso a un trabajo digno, relacionarse socialmente con los demás ciudadanos, entre otros de los aspectos mencionados por el voto salvado de don Luis Paulino Mora Mora hace ya 17 años, lo que resulta una contradicción en si misma y cuestiona a todas luces el fin resocializador, siendo así evidente que lo que se buscó -eliminarlo- se cumplió, por lo menos por ese prolongado espacio de tiempo.

Además, hay que tomar en cuenta que este ejemplo anterior parte de un ejemplo conservador tomando como promedio la edad de 26 a 30 años, sin embargo, nada

excluye que se le aplique una pena de 50 años a una persona, por ejemplo, de 40 años de edad, las probabilidades de salir con vida de prisión son escasas y donde el fin “re” se torna todavía más paradójico.

Aún si saliera con vida, tomando en cuenta los efectos disocializadores de la cárcel, se le condena a la persona a vivir con las consecuencias negativas de la cárcel. Al respecto, una de las magistradas que salvó el voto indica: “Una pena que tenga un periodo determinado es formalmente no perpetua. Pero si éste es excesivo, se convierte en una pena materialmente perpetua. Para medir si el plazo es excesivo procede tomar en cuenta los promedios, según las estadísticas nacionales, tanto del promedio de expectativa de vida en Costa Rica como del promedio de edad de ingreso al régimen penitencial” (Sala Constitucional, voto N° 2015-19582).

Cabe recordar el aporte de Zaffaroni, indicando, de cara al panorama costarricense en la opinión de otra reforma legal que buscaba aumentar las penas, que: “Cualquier institucionalización total prolongada es deteriorante y la prisionización no escapa a esa regla. El consenso técnico a este respecto es casi unánime. Casi nadie duda de que la pena que supera los veinte años de prisión deteriora en forma irreversible, incluso en las mejores condiciones de cumplimiento” (Zaffaroni, 1991, pp. 70).

De la misma forma, indica: “el curso vital de una persona en veinte años, particularmente entre los veinticinco y cuarenta y cinco, modifica la personalidad lo suficiente como para dudar de su anterior identidad” (Zaffaroni, 1991, pp. 71).

Siendo que los argumentos parten de cálculos abstractos, de rangos etarios y de posibilidades de vida de una persona que bien podrían extenderse o acortarse, habría que establecer que si la norma en cuestión podría haber afectado a una sola persona, siendo ésta una pena carcelaria perpetua, ya sería suficiente para que no cumpliera con el mandato constitucional. Es decir, con solo que exista la *posibilidad* de que la pena *llegara a ser* perpetua, la hace incompatible con el artículo 40 de la Constitución Política,

razón por la cual la norma deviene en inconstitucional, pero además contraria a toda una serie de principios, como el de dignidad humana, la proporcionalidad y la razonabilidad.

## Conclusiones:

Es importante escuchar a los más autorizados, a aquellos que con conocimiento de causa saben de lo que hablan. Es importante evitar esa cultura de la negación que habla Cohen, es importante tomar una posición y evitar caer en esas complicadas y terribles palabras que dirán algunos, las palabras del “yo no sabía” (Cohen, 1993), quizá así, aunque el panorama sea desesperanzador, se pueda tener plenitud y paz, la consciencia tranquila de que no se ignoró la realidad.

Cualquiera que lea la génesis de la pena de los 50 años de prisión en Costa Rica, podrá ignorarla con un discurso hipócrita y conveniente, pero no podrá decir “que no sabía”. Ahí reside el aporte de esta investigación, en haber tomado en cuenta a los partícipes y protagonistas, en el necesario empleo de la memoria, indicando los déficits en la participación democrática en la producción del derecho, los proyectos que triunfaron, los vencedores y los derrotados (Rivera Beiras, 2017), exponiendo ya no en palabras adornadas como lo hiciera la Sala, sino con la realidad del discurso detrás de la reforma impulsada por la Ley N° 7.389.

Al comienzo de la investigación, para llegar al objetivo principal de este trabajo de investigación, se desarrollaron 4 objetivos específicos. Así, se describieron las principales teorías de la pena y la finalidad declarada de la misma tanto por la legislación nacional como la internacional. Se pudo ver como Costa Rica opta por la prevención especial positiva, buscando una acción rehabilitadora y el discurso resocializador como forma de legitimar la pena. De la misma forma pudo establecerse que, en el plano del deber ser, en el plano nacional se opta por seguir lo establecido por la Corte IDH, es decir, que la finalidad esencial de las penas privativas de libertad son la reforma y la readaptación social de los condenados.

De la misma forma se cumplió con el segundo objetivo específico, con el empleo de la memoria (Rivera Beiras, 2017), atendiendo a aquellos legisladores que en 1994 perdieron el norte, vaciaron de contenido y de cualquier finalidad la pena privativa de

libertad, y optaron por la separación de los “otros” molestos por 50 años. Se expuso como los diputados de ese entonces revivieron -probablemente sin saberlo- los aportes del positivismo criminológico así como el derecho penal del enemigo de forma clara, “triunfando” así como la “sociedad”, aquellos humanos dignos que debían defender (“nosotros”), ante los “otros”, rebajando su calidad de humanos, para los cuales no hay más remedio que la cárcel y separarlos por cuanto tiempo sea posible. Todo esto, en un claro detrimento de la democracia y del Estado de Derecho que dicen ser y respetar.

La pena en este caso no buscaba ningún fin legal ni resocializador, lo que buscaba era mantener a una persona asilada por medio de una utilización ilegal del *ius puniendi*. Ante esto resuenan las críticas de Zaffaroni de lo que él llama un “genocidio por goteo”<sup>29</sup>, así como que si las penas son retributivas y lo que buscan es un aislamiento, si lo que buscan es apartar, comienzan a ser verdaderos *aparheids*: apartar a sujetos específicos de la sociedad que se consideran indeseables, entre más años mejor, ojalá hasta por 50.

Al leer el razonamiento de los diputados en el expediente legislativo, se desprende un objetivo final. Fue algo así como, decir “ya que no los podemos matar con la pena de muerte, construyamos una pena perpetua disfrazada, por medio de una ilusión, indicando que eventualmente podrán reinsertarse a la sociedad”. Se le disminuyó a esos “otros” de la categoría de ser humano, no se les buscó matar, pero si apartarlos por 50 años y así evitar que esos “otros” indeseables se mezclaran con “nosotros”, la sociedad.

Visto desde el plano sociológico, esto no es más que olvidarse de las personas molestas. La población y el legislador quieren la cárcel y la impulsan como remedio de todo mal, pero cuando se trata de invertir en éstas máquinas de disocializar para implementar tratos más dignos, ya ningún político quiere buscar fondos o gestionar las propuestas. Un ejemplo de esto son las críticas a las reformas impulsadas por Cecilia Sánchez para

---

<sup>29</sup> Sobre esto ver: Eugenio Raúl Zaffaroni: “En América Latina tenemos un genocidio por goteo”, recuperado el 25 de agosto de: <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2017/09/08/eugenio-raul-zaffaroni-en-america-latina-tenemos-un-genocidio-por-goteo.html>, así como “Los genocidios por goteo actuales no son como los pasados”, del mismo autor, recuperado el 25 de agosto de: <http://www.agenciapacourondo.com.ar/politica/los-genocidios-por-goteo-actuales-no-son-como-los-pasados-se-mata-por-medio-de-un>.

mejorar las condiciones carcelarias. Un mejor ejemplo de este olvido, es que desde 1994 se estableció que Costa Rica debía contar con una Ley de Ejecución Penal, y como se ha expuesto, 24 años después, no se ha promulgado precisamente por caer en ese olvido.

El discurso legislativo les tildó de indignos, esos “otros” que no pueden ser parte de ni invadir la cotidianeidad de “nosotros”. Se objetivó al ser humano, se olvidó el imperativo categórico Kantiano de que el ser humano es un fin en si mismo, se mediatizó el sufrimiento humano de los “otros” para que la sociedad se sintiera bien, para que las víctimas se sintieran bien.

Como dijera Nils Christie, citado por Garland, se logró un sistema de distribución de dolor más eficiente, con menos obstáculos entre el proceso político y la irrogación de castigos individuales. Las demandas públicas de mayor castigo se traducen ahora más fácil e instantáneamente en el incremento de las penalidades y en periodos de encarcelamiento más largos” (Garland, 2001, pp. 283).

De la misma forma, como también expone Garland, lo que Michel Foucault demostró a través de la descripción de los castigos crueles para reafirmar la ley y reactivar el mito del poder soberano (Garland, 2001, pp. 225), fue exactamente lo que se hizo por medio de esta ley: reafirmar el poder del Estado y su imagen ante la sociedad.

Recuérdese que el legislativo repitió que esto era una “defensa de la sociedad”, y que si esos “otros” no se resocialicen, que al menos los podamos guardar por más tiempo. Al decir “sociedad”, se habla de los humanos. Cuando se habla de los “delincuentes”, se les quita esa cualidad humana, se les degrada, se les mediatiza, esos *humanoides* que hablara Zaffaroni. Se apela a ese inconsciente colectivo de delincuente como no resocializable, de características míticas y monstruosas, características que lo hacen inhumano, y se les elimina, por cuanto más tiempo mejor.

Se cayó en esa amenaza de la dictadura moderna que dijera Zaffaroni: la dictadura de la seguridad ciudadana, que al final de ese reclamo constante y creciente de mayor seguridad, “se halla la terrible perspectiva de la sociedad misma convertida en cárcel, como en cualquier otra dictadura, en la cual, como se sabe, nadie tendría seguridad” (Zaffaroni, 1991, pp. 72).

En el análisis legislativo, cuyas citas originales se recomienda encarecidamente consultar en el Anexo 1, quedó muy clara la voluntad del legislador. Una voluntad histórica plasmada y recuperada por esta investigación, contraria a los fines declarados de la pena por Costa Rica y por los instrumentos internacionales, haciéndola así no solo inconstitucional sino también inconvencional.

Se pudo exponer como la mayoría de la Sala Constitucional optó por legitimar este discurso, eso si, manteniendo otras palabras y apariencias, así como optando por escudarse en el principio de reserva de ley y de legalidad para dejar de entrar a analizar los argumentos de criminólogos, sociólogos y penalistas con estudios serios y fundados, que desenmascaran la falsedad del discurso adoptado y defendido, que lo tildan de lo que es: derecho penal del enemigo puro y duro en la pacífica y democrática Costa Rica. La mayoría de la Sala legitimó los aportes del positivismo criminológico, obviando las críticas de sus proclamas, que han derivado en fuertes críticas que tildan el paradigma biológico del positivismo como la raíz que llevó a teorizar con ideas de pureza racial, inspiración de los peores males que ha soportado la humanidad. Se impuso la voluntad legislativa, la venganza social de los diputados, sobre los elementos de constitucionalidad y de instrumentos internacionales.

Como se ha mencionado, se adoptó un derecho que rompe con el carácter comunicativo de las teorías de prevención especial positiva porque frente al “enemigo” no interesa un diálogo o intercambio, sino solo su control y su exclusión; así como un derecho que no respeta al “otro” como persona y lo rechaza por considerarlo un individuo de alto riesgo para su seguridad; un sistema de inocuización coactiva del peligroso criminal que busca



eliminar su actividad personal mediante un proceso de selección social individual (Cecilia, Murillo, 2010).

Por otro lado, se expuso el criterio de aquellos magistrados que salvaron el voto, tanto en el 2001 como en el 2015, aquellos que optaron por ser consecuentes con la toma de posición ideológica que supone declararse un Estado Democrático de Derecho, negaron la Ley N° 7.389 como un aporte incompatible con Costa Rica y con todos los avances dogmáticos, jurisprudenciales y criminológicos.

Con los aportes de la Criminología Crítica, se pudo observar como los argumentos de la mayoría de la Sala son todavía más ilusorios. Se pudo plasmar esa distancia entre lo prescriptivo y lo descriptivo. Cuando la Sala dice que el fin resocializador debe buscarse, aún con penas de 50 años, se contrasta con el mundo del sociólogo, que no hace más que recordar lo absurdo de esta propuesta. El impacto carcelario que supone la prisionización, la violación de derechos fundamentales que supone el mundo carcelario de forma intrínseca, como mecanismo reproductor de la violencia, el fracaso fundado y expuesto de las ideologías re, no hacen más que borrar esa ilusión que legitiman los magistrados al indicar que la pena si puede cumplir ese fin, que no es inconstitucional y que no es un trato cruel ni inhumano. Pero es que, ¿qué más inhumano que apartar a esos otros y olvidarse de ellos?

También se cumplió con el objetivo de analizar la inconventionalidad, al contrastar e indagar en la voluntad del legislador que como se demostró, es abiertamente contrario a la CADH. Si se habla de un fin resocializador que hace que los Estados no se les permita penas meramente retributivas, el aumento por si mismo fue inconventional por haber buscado un fin de retribución puro y simple, el fin negativo de la pena. Esta pena que busca fines retributivos, negativos, no resocializadores, por si misma es una ilegalidad internacional. Esta ilegalidad transforma que todas las personas sometidas a penas de 50 años estén sufriendo un trato cruel y degradante. Aunque la norma se haya promulgado por el medio aceptado, si al legislarla no se observó la CADH, la norma es inconventional.

De esta forma, la hipótesis formulada: “La pena máxima de 50 años de prisión es inconstitucional e inconvencional”, se ha confirmado de forma amplia, confrontándose desde los ángulos doctrinarios, nacionales e internacionales.

Defender que la pena carcelaria de 50 años es proporcional es una toma de posición que le resta credibilidad a cualquiera que lo haga y no por eso se deja de hacer. Como mencionaba Claus Roxin al analizar la proporcionalidad de una medida, si la pena comprende un plazo que va a hacer ilusorio el principio resocializador, la pena es desproporcionada y pierde todo sentido, como lo es el caso de la pena de 50 años.

De ahí, el que la Sala haya legitimado algo que es ilegítimo, que haya justificado lo injustificable, en claro detrimento de todos los ideales y principios democráticos, le dio el argumento de preferencia, la mejor defensa jurídica que se puede tener en Costa Rica: “Es que ya la Sala dijo (...)”, y así se resquebraja de una forma más las bases del Estado Democrático de Derecho.

Entonces, frente al plano prescriptivo de ese país posicionado como adalid de los derechos humanos, que firma cuanto convenio internacional se proponga, se enfrenta el plano descriptivo, el mundo del ser, que dista en enorme medida con lo que propone el jurista, que hace que cualquiera que indague en ese disfraz de país insigne, se encuentre rápidamente con un derecho penal máximo, del enemigo, fundado en el positivismo criminológico.

De lo positivo que se puede rescatar en este sentido, en el 2001 se salvó solo 1 voto, en el 2015 se salvaron 3. Quizá en un futuro próximo, los aportes de Luis Paulino Mora Mora, Nancy Hernández López, Fernando Cruz Castro, Anamari Garro Vargas, se conviertan en la mayoría y se deje atrás el inflacionismo penal y el populismo punitivo. Quizá en algún momento se deje de obviar -y tildar de la criminología de la alcahuetería de los delincuentes- el criterio de Elizabeth Odio Benito, de Cecilia Sánchez Romero, de los juristas del plano internacional que se han mencionado que han tratado de demostrar

lo irreflexivo que ha sido el legislador costarricense, y se opte por ser consecuente con la toma de posición ideológica que supuso llamarse un Estado Democrático de Derecho.

La tarea es difícil. De ahí, lejos de caer en la categoría de *bystanders* expuesta por Stanley Cohen, se debe enlistarse en la categoría de aquellos criminólogos militantes que menciona Zaffaroni, dejar de lado el espacio académico para estar en la calle, en los medios, en la formación de profesionales, del personal de operadores del sistema, estimular a quienes tienen la responsabilidad de equilibrar o prevenir el desequilibrio, no amedrentarse, no dejarse llevar por la ira, y sobre todo, reproducir la militancia (Zaffaroni, 2011).

## Bibliografía:

### Doctrina:

- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- Berdugo Gómez, I, Pérez Cepeda, A, Zuñiga Rodríguez, L. (2016). *Lecciones de Derecho Penal*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Beccaria, C. (2015). *De los delitos y las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Hassemer, W, Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanc.
- Carranza, E, (1996). *El proyecto para introducir la prisión perpetua en Costa Rica*. Revista de Ciencias Sociales. Corte IDH.
- Chinchilla, R. (2009). *Una errática política criminal*. San José: Editorial Juricentro.
- Cohen, S, (1993). *Human Rights and Crimes of the State: The culture of Denial*. Australian and New Zealand Journal of Criminology, N° 26.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016). *La cárcel: una contradicción institucional*. Revista Crítica Penal y Poder, Universidad de Barcelona, N° 16 (pp. 1-10).
- Foucault, M . (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- García-Bores Espí, J, (1995). *La Cárcel*. En A. Aguirre y A. Rodríguez (coor.). Patios abiertos y patios cerrados. Psicología Cultural de las instituciones Barcelona. España: Editorial Boixareu, (pp.93-117).
- García-Bores Espí J, (2003). *El impacto carcelario*. En R. Bergalli (coor.). Sistema penal y problemas sociales. Valencia-España: Editorial Tirant lo Blanch, (pp. 396-425).
- García-Pablos, A. (2009). *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gutiérrez, J, (1995). *Sistema penal y violencia social*. Revista Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Costa Rica (pp. 27 - 37).
- Llobet, J, (2016). *El “éxito” del populismo punitivo en Costa Rica y sus consecuencias*. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Costa Rica, N° 9.

Rivera Beiras, I. (2017). *Presentación: Líneas para una investigación en sociología jurídico penal*. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos.

Sánchez, C. (2009). *Derecho Penal: aspectos teóricos y prácticos*. San José: Editorial Juricentro.

Sánchez, C, Murillo, R (2010). *Inseguridad, miedo, enemigos y víctimas*. En J. Llobet, D. Durán (coor.). *Política criminal en el estado social de derecho*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, (pp. 101-122).

Zaffaroni, E. R (1991). *El aumento de las penas en Costa Rica*. Revista de Ciencias Penales. Costa Rica, N° 5.

Zaffaroni, E. R. (1995). *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*. En Maier B.J, J, Binder M, A, *El derecho penal hoy* (pp. 115-129). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2007). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2º ed. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los Muertos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Zaffaroni, E. R. (2015). *La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo*. En Bardazano, G, Corti, A, Daffau, N, Trajtenberg, N (coor.) *Discutir la cárcel, pensar la sociedad*. Uruguay: Ediciones Trilce, (pp. 15-36).

### **Proyectos de Ley:**

Expediente Legislativo N° 10,938, Ley N° 7389.

### **Expedientes tramitados ante la Sala Constitucional:**

Expediente 15-002620-0007-CO del 2015.

### **Resoluciones:**

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

Resolución N° 2001-10543.

Resolución N° 2015-19582.

Resolución N° 1992-02865.

Resolución N° 1997-01319.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

Resolución N° 2012-666.

**Casos ante organismos internacionales:**

Corte IDH Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, 2013.

Corte IDH Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004.

Corte IDH Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, 2005.

Corte IDH: Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, 2006.

Tribunal Europeo Derechos Humanos: Caso de Hutchinson Vs. The United Kingdom, 2017.

**Legislación Nacional:**

Código Penal de Costa Rica.

Constitución Política de Costa Rica.

**Legislación Internacional:**

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Convención Contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes

**Artículos periodísticos:**

Chaves, K (9 de abril, 2017). *Nueva cárcel intentará resocializar a reos con encierro digno y trabajo*. La Nación. Recuperado de: <https://www.nacion.com/sucesos/seguridad/nueva-carcel-intentara-resocializar-a-reos-con-encierro-digno-y-trabajo>.

Murillo, R (20 de mayo, 2013). *Nuestras prisiones: una vergüenza nacional*. La Nación. Recuperado de: <https://www.nacion.com/opinion/foros/nuestras-prisiones-una-vergüenza-nacional>.

Gómez, T, (8 de setiembre, 2017). *Eugenio Raúl Zaffaroni: “En América Latina tenemos un genocidio por goteo”*. Univerisidad de Costa Rica. Recuperado de: <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2017/09/08/eugenio-raul-zaffaroni-en-america-latina-tenemos-un-genocidio-por-goteo.html>.

Gomez, S, (11 de noviembre, 2015). *Los genocidios por goteo actuales no son como los pasados*. APU. Recuperado de: <http://www.agenciapacourondo.com.ar/politica/los-genocidios-por-goteo-actuales-no-son-como-los-pasados-se-mata-por-medio-de-un>.

## **Anexo 1.**

Este anexo contiene las manifestaciones que se tomó como base para realizar la sección 2.1, que comprendió la discusión del Proyecto de Ley N°7.389. Para una mejor ubicación de los temas que se trataron, se subdividen los comentarios por temas, tal y como se hizo en la sección indicada.

### **1.1 Sobre la finalidad del Proyecto de Ley N°7.389.**

A lo que tiende el proyecto es que en la presencia de un concurso material de delitos, se sumarian las penas hasta imponer el máximo propuesto. En este momento las penas están como un máximo de 25 años, es decir, si un delincuente mata a tres personas, lo máximo que le pueden poner son 25 años, a pesar de que hubiese sido tan calificado cada uno de esos homicidios, que si hubiera hecho solamente uno, hubiera ameritado 25 años por solamente se delito, pero cometió los tres y nada mas se le pueden imponer 25 años, no hay más pena que esa. Lo anterior no me parece justo, es decir, que ese delincuente pueda salir de dos de los tres crímenes totalmente gratis, desde es punto de vista es importante que no le salgan gratis dos de esos tres crímenes e imponerle una pena que actualmente se contempla hasta 25 años. (Folio 36, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Creo importante aumentar esta pena, porque me parece que la sumatoria de delitos debe ser castigada y en este momento es lo mismo matar a uno que matar a tres o cuatro, prácticamente después de uno, los demás le salen gratis. Con esto prácticamente un individuo tiene licencia para matar, después de matar a uno, ya tiene **licencia para matar**, no lo pueden condenar a más de veinticinco años. Por lo tanto, yo quiero aumentar esa pena (Folio 37, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Ahí queda muy claro lo que es la sumatoria de las penas, no es un aumento de ninguna pena, es el aumento de la pena máxima. Todo queda a la sana crítica del juez. (Folio 76, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

### **1.2 Sobre la cárcel como único remedio para defender a la sociedad:**

La sociedad también tiene que defenderse contra este tipo de individuos y prácticamente sé que la cárcel no es un remedio ni yo lo estoy proponiendo como un remedio, pero muchas veces para la sociedad el poder defenderse contra este tipo de individuos, la cárcel si es un remedio, no hay más salida que encarcelarlos, son individuos que no podrían estar fuera de la cárcel (Folio 40, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

### **1.3 Sobre los delincuentes como enfermos, castraciones químicas, operaciones al cerebro:**

Considero que la inmensa mayoría de los delincuentes son enfermos (...) uno piensa por que será que en el mundo no utilizan el tratamiento, por ejemplo, si hay un pederasta, con solo producirle una castración terapéutica se elimina el problema. Es decir, creo que



es mas justo quitarle la fracción erótica a un pederasta que meterlo 50 años a la cárcel y el individuo se incorpora a la sociedad sin ningún tipo de peligro (...) entonces uno si pensaría que habría necesidad de un elemento que se le diagnosticara, lo que se le llamara criminal nato, en este caso si hay que ponerlo toda la vida, como no hay tratamiento para cambiarle su personalidad, habrá que meterlo en la cárcel o manicomio. Por lo tanto, me parece que esto está bien en el sentido de proteger la sociedad de estos elementos. Inclusive, bajo ese principio, cincuenta años sería poco, porque pueden salir y ser muy peligrosos (Folio 44, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Otro aspecto es que si en el ínterin se logra la ciencia médica a través de operaciones en el cerebro de lograr rehabilitar individuos está bien, que vuelvan a la sociedad rehabilitados (Folio 46, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Cuando una persona llega a acumular penas hasta 50 años o más, ya no es ningún inocente ni que cometió un delito por casualidad, tiene una vocación criminal. (Folio 201, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Figúrense ustedes que por lo menos el 70% de las personas que están en las cárceles son sociópatas (Folio 207, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Por eso a mi me llamó la atención (...) que iba a tratar de recuperar a “los chapulines”. La mayoría de esos muchachos son sociópatas (...) (Folio 207, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

#### **1.4 Sobre la utilización de titulares de prensa o casos concretos:**

Lo que si me parece injusto y quiero ponerles de ejemplo del *Rambo* nica que mató como a siete personas, que lo condenaron a 436 años, inmediatamente después de ser condenado, la pena máxima que existe para esa persona son 25 años (...) me parece injusto que para quienes hayan cometido agresiones muy graves contra la sociedad, comiencen a descontar a partir de 25 años y me parece mucho más justo que empiecen a partir de los 50 años sin ser cadena perpetua (Folio 59, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Los periódicos de ayer son una clara manifestación de esto, obsérvenlo ustedes, pasa uno las paginas y nos informan de una gran cantidad de delitos: estadas, violaciones, crímenes, asaltos. (Folio 178 , Exp. Legislativo 10.938, 1991).

En el supuesto de que en este momento -quiera Dios que nunca suceda- entra a la sala un criminal de estos y mata al primer diputado, le tocaría 25 años; pero después nos puede matar a todos y los demás somos regalados, porque por matar al resto de nosotros no va a descontar un solo día de cárcel. Esto no puede ser y además, por le primero que mata ni siquiera paga los 25 años, a los 8 años anda libre ¿Cómo es posible que eso pase en este país? Eso no puede ser. (Folio 251, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

No estaba decidido a votar este proyecto, no estaba suficientemente convencido. Pero hoy, leyendo en un periódico que han sido liberados tres narcotraficantes realmente eso

me hace cambiar de opinión y voy a darle mi voto positivo a este proyecto (Folio 277, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Tengo en mi poder, por ejemplo, un recorte del periódico La República del 11 de marzo que dice: “¿Hasta cuándo reinará el hampa?” ¿Por qué reina el hampa en este país? Porque los delincuentes no sufren el castigo que se merecen, ni siquiera el castigo que les impone el tribunal. Las penas que sufren son demasiado bajas. En la columna “Buenos días del periódico la Nación del 21 de marzo, se publica: “Política de cárceles vacías”. A juzgar por el proyecto de ley de reforma penal que presentó a la Asamblea Legislativa la Ministra de Justicia, Elizabeth Odio, pretende que las cárceles permanezcan vacías”. El proyecto del diputado Vargas García va en el otro sentido: los delincuentes en la cárcel. Las cárceles se hicieron para que ellas estén los delincuentes y no para que las cárceles estén vacías y los delincuentes en la calle. El periódico La Nación del 11 de marzo de 1994 publica: Excarcelado Bam Bam sin pago de fianza”. Veán ¡qué alcahuetería! ¿Cómo es posible que se excarcele a Bam Bam sin pago de fianza, cuando lo acaban de hacer preso por otro delito? El editorial de la República del 10 de marzo, titulado “La agenda pendiente en seguridad ciudadana”, señala la necesidad de que los delincuentes sean castigados, que permanezcan en las cárceles hasta donde sea posible. El miércoles 9 de marzo, el periódico Al Día publica: “Veintiuna violaciones contra niñas en San Carlos”, “Padre abusó de menor con problemas mentales” ¿Cómo es posible que un padre quien abusa de su hija retrasada mental y cometa esta atrocidad de delito, guarde prisión solo por 4 o 5 años? Esto no puede ser. Solo en San Carlos 21 violaciones contra niñas. Estaba leyendo, precisamente, en el periódico Extra de ayer: “Esposas furiosas. Autorizan a reos a que los visten sus amantes”. “Sala Cuarta autoriza a reos visitados por queridas”. ¡Hasta donde ha llegado la alcahuetería hacia los delincuentes en este país! “La Machaca” del 18 de marzo dice: “Justicia: un hombre viola a una niña, mata a sus padres o asalta un banco y asesina a dos guardianes con saña y a la traición. Si lo condenan, pueden sentenciarlo a 100 años de prisión, pero como la ley tiene un tope de condena de 25 años, se le fijarán en este último monto. El año judicial es de ocho meses, entonces a los 25 años se convierten en 18 años y 8 meses, pero si es que se porta bien en prisión podría salir a la calle con un artículo 55, a los 3 o 4 años, ¡qué belleza! Titulares de prensa (Folio 251, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

### **1.5 Sobre la resocialización y la cárcel como único remedio:**

(...) Que el delincuente se desocializa ¡que se desocialice!, pero que esté donde tiene que estar. Que el delincuente no se rehabilita ¡que no se rehabilite! Bueno, entonces no se rehabilita y, además lo echamos a la calle, para que siga cometiendo delitos (...) Lo digo y lo repito que ya en Costa Rica debemos establecer la cadena perpetua (...) el jueves vendrá la señora Ministra, que no sé para qué la van a traer si ya sabemos y consta en actas lo que ella dijo y que no va a cambiar de criterio (...) continuará con esa misma corriente del pensamiento moderno en criminología, la cual he llamado como “la corriente de la alcahuetería para el delincuente”, la “corriente de la alcahuetería para el criminal”, la corriente que, desoyendo los orígenes mismos de la pena, que es la

protección a la sociedad, trata al delincuente como si fuera un benefactor de la humanidad (Folio 203, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

El jueves vendrá la señora Ministra, que no sé para qué la van a traer si ya sabemos y consta en actas lo que ella dijo y que no va a cambiar de criterio (...) continuará con esa misma corriente del pensamiento moderno en criminología, la cual he llamado como “la corriente de la alcahuetería para el delincuente”, la “corriente de la alcahuetería para el criminal”, la corriente que, desoyendo los orígenes mismos de la pena, que es la protección a la sociedad, trata al delincuente como si fuera un benefactor de la humanidad (Folio 203, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

No me importan las nuevas técnicas criminológicas de las que estaban hablando los compañeros, lo que me importa es la seguridad de los niños y de las mujeres costarricenses (Folio 207, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Aquí se habla y se dice y nadie -de estos criminólogos y profesionales- ha venido aquí a proponernos un sistema de rehabilitación en la calle. Lo único que quieren es que echemos a los reos y los pongamos en la calle, simple y llanamente, para que maten a otros seres humanos, para que violen a otros seres humanos. (Folio 209, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

No me importan las nuevas técnicas criminológicas de las que estaban hablando los compañeros, lo que me importa es la seguridad de los niños y de las mujeres costarricenses (Folio 207, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Aquí se habla y se dice y nadie -de estos criminólogos y profesionales- ha venido aquí a proponernos un sistema de rehabilitación en la calle. Lo único que quieren es que echemos a los reos y los pongamos en la calle, simple y llanamente, para que maten a otros seres humanos, para que violen a otros seres humanos. (Folio 209, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Qué riesgo más grande, qué manera de jugar con la vida de los costarricenses, qué manera de experimentar, como si fueran conejillos! A veces un delincuente se readecuó, se rehabilitó y lo sueltan a la calle, a ver si mata a otro. Esa es la manera como se está actuando en este momento, con nuestro régimen penal y penitenciario. (Folio 176, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Este proyecto no pretende ni rehabilitar, ni socializar, ni evitar el hacinamiento, ni evitar la criminalidad. Aquí la decisión que tenemos que tomar es dónde deben estar los delincuentes: si en la calle o en la cárcel, esa es la decisión que tenemos que tomar (...) ¿adónde tiene que estar el asesino de Guacimal?, ¿adónde tiene que estar el asesino de Alajuelita, el asesino de Siquirres?, ¿dónde deben estar esos asesinos?, ¿dónde los queremos?, ¿en la calle o en la cárcel? (Folio 182, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Trejos Fonseca.

(...) no existe un sistema de rehabilitación del delincuente, en este país. Esa es una realidad. Y mientras no haya un sistema de rehabilitación, creo que los delincuentes tienen que estar en prisión. (Folio 175, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Mucho se ha hablado sobre esto y muy poco se ha hecho. Hasta se ha llegado a decir que la delincuencia no ha aumentado en este país. Y se nos ha querido traer hasta cifras en ese sentido lo cual es falso...el costarricense vive atormentado, preocupado...no hay nada más molesto, mas peligroso a la salud psíquica del costarricense que vivir en la inseguridad (Folio 179, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

### **1. 6 Sobre la cadena perpetua:**

Definitivamente, En costa Rica que no tiene cadena perpetua ni menos pena de muerte -soy partidario, inclusive, de que haya cadena perpetua y hasta la Iglesia Católica ya se ha pronunciado a favor de ésta- el tratara a los delincuentes con esa benignidad que lo ha hecho, nos ha llevado a lo que somos, a lo que estamos, a lo que sufrimos, a lo que vivimos, a la tragedia diaria. (...) Si no se rehabilitan en la cárcel, lo lógico es que permanezcan allí al menos por un mayor tiempo(...) ante esa ineficiencia de nuestra sociedad, en la que no hay métodos para poder rehabilitar a un reo, entonces lo lógico y natural es que, al menos, se quede un poquito más de tiempo en la cárcel (Folio 252, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

### **1.7 Sobre la urgencia de “hacer algo” y la toma de posición de los diputados: ¿de que lado vamos a estar?**

No podemos estar viendo morir y morir a más costarricenses, en manos de delincuentes, sin hacer absolutamente nada, solo quejarnos o asustarnos, ... si nosotros somos los que tenemos la responsabilidad de hacer algo, en nosotros cae, en los diputados, la responsabilidad de hacer algo. (Folio 177, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

¿Vamos a seguir los costarricenses siendo víctimas de la violencia, es que todos los ciudadanos tenemos que estar encarcelados, es que seguiremos entre rejas, es que nuestros niños no tienen libertad ya? (Folio 61, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Al final lo que va a prevalecer es la voluntad del plenario y la sensibilidad que tengan los diputados sobre la situación criminológica en este país, para justificar o no como política legislativa en materia penal. (Folio 112, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

A esta Comisión le toca resolver en cual de los dos lados estamos. Estamos del lado de la defensa de la sociedad o estamos del lado de los delincuentes. Estamos del lado de la sociedad en general y adoptamos una actitud defensiva de la sociedad, de la que somos parte, o estamos defendiendo a los criminales. (Folio 203, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Que esta no sea la panacea de la delincuencia pero esta es una parte importante del control de la delincuencia, coadyuva a ese control, porque tiene el efecto ejemplarizante

de la pena (...) No podemos estar viendo morir y morir a más costarricenses, en manos de delincuentes, sin hacer absolutamente nada, solo quejarnos o asustarnos, ... si nosotros somos los que tenemos la responsabilidad de hacer algo, en nosotros cae, en los diputados, la responsabilidad de hacer algo. (Folio 177, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

### **1.8 Sobre la prevención general:**

Pero el hecho de que exista la posibilidad de que la prisión llegue hasta los 50 años, ejerce un factor intimidatorio preventivo importante para la sociedad, y por eso me pronuncio a favor del proyecto. (Folio 70, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Rodríguez Araya: “podría ser que ante la posibilidad de enfrentarse a penas más severas, esos delincuentes sopesarán con mayor cuidado el llevar a cabo nuevas acciones criminales, con lo cual se estaría protegiendo mejor la vida de los costarricenses”. (Folio 65, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

Chaverri Soto: Pero el hecho de que exista la posibilidad de que la prisión llegue hasta los 50 años, ejerce un factor intimidatorio preventivo importante para la sociedad, y por eso me pronuncio a favor del proyecto. (Folio 70, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

### **1.9 Sobre la reincidencia:**

Demos posibilidad de defender a la sociedad de que esos individuos no salgan muy rápidamente a reincidir. (Folio 71, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

La reincidencia de los delincuentes una vez que salen de la cárcel, que entiendo es muy alto, inclusive arriba del 75% (...) (Folio 78, Exp. Legislativo 10.938, 1991).

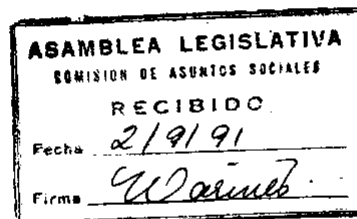
Anexo 2.



Ministro de Justicia y Gracia

DM- 910915

30 de agosto de 1991



Señor Diputado  
Dr. Eliseo Vargas García  
Presidente Comisión de Asuntos Sociales  
ASAMBLEA LEGISLATIVA

Estimado señor:

He recibido su atento oficio CS-86-08-91 del pasado 14 de agosto del año en curso, mediante el cual solicita mi criterio acerca del proyecto de ley denominado "Reforma a los artículos 51 y 100 del Código Penal", que se tramita bajo expediente N° 10.938.

Le agradezco mucho su deferencia y a la vez aprovecho la ocasión para confirmarle mi interés por comparecer ante la Comisión de Asuntos Sociales en el momento en que lo estime conveniente, a fin de expresar personalmente y a profundidad el criterio que he venido sosteniendo a propósito del mencionado proyecto de ley.

No obstante lo anterior, voy a permitirme adelantarle algunas reflexiones sobre el tema, pues considero que la importancia que reviste ese proyecto amerita el más amplio diálogo posible desde ahora.

La Comisión de Asuntos Sociales que usted preside ha venido promoviendo iniciativas legislativas que reflejan la preocupación seria y sincera de los señores diputados, por transformar y mejorar los cuerpos normativos e institucionales que, como usted bien apunta, ya no corresponden a las necesidades de nuestra época.

El sistema de justicia penal costarricense es una de esas instituciones que ha permanecido durante mucho tiempo ajena al cambio, quizás porque la materia penal y penitenciaria es difícil de tratar o quizás también porque el sistema de justicia penal es verdaderamente eso: un sistema que comprende una fase de legislación, una fase de aplicación de la ley penal y una fase de ejecución de la ley penal.



*Ministro de Justicia y Gracia*

Dip. Eliseo Vargas García

-2-

38  
30 de agosto de 1991

Esta maquinaria punitiva del Estado debe constituir un todo coherente y armónico, de manera tal que cada una de sus fases corresponda a una política de desarrollo social, sustentada en el análisis y el conocimiento científico de la delincuencia.

Lo anterior pareciera indicarnos que cualquier modificación legal o institucional que se produzca en una sola de esas fases del sistema punitivo, habrá de provocar novedosas consecuencias en las otras fases e instituciones que las componen.

Por estas razones, pienso que cualquier reforma substancial que se pretenda realizar en el sistema penal, debería estar siempre determinada por la visión del conjunto de las fases que lo componen y asimismo responder a las teorías criminológicas modernas, que no sólo buscan proteger a la sociedad del crimen, sino también, fundamentalmente, eliminar o atemperar las causas que lo provocan.

El proyecto de reforma a los artículos 51 y 100 del Código Penal parte, a mi juicio de un fundamento equivocado, no en cuanto a los móviles que lo impulsan, que me parecen loables, sino más bien en cuanto a los efectos que se buscan con la aprobación del proyecto.

De acuerdo con nuestra ley, la sanción tiene un carácter rehabilitador, lo que nos hace advertir que el efecto del castigo que implícitamente contiene el proyecto, contradice la orientación doctrinaria del cuerpo legal y más evidentemente contradice los principios fundamentales de la política criminológica y de prevención social del Estado. Con ellas se reconoce que la prisión, lejos de lograr la reducción de la delincuencia, más bien estigmatiza y pervierte física y psicológicamente al individuo.

La legislación penal y la penitenciaria, no sólo deben tender a separar al delincuente peligroso de la sociedad, como se afirma en la exposición de motivos del proyecto, sobre todo porque la noción de "peligrosidad" resulta vaga, relativa y mutable porque los fines del sistema penal dentro del cual está inserto el tipo penal, trascienden el castigo y la inhabilitación social



*Ministro de Justicia y Gracia*

Dip. Eliseo Vargas García

-3-

30 de agosto de 1991

del condenado, abarcando desde las verdades formales que resultan de un proceso, hasta las necesidades alimentarias de la familia del condenado.

Todo esto importa al Sistema Penal, pues la comisión de un delito por parte de un individuo, casi siempre es la culminación de un proceso de descomposición social que se manifiesta en el sujeto con particularidades personales.

En términos mucho más prácticos y coyunturales debo manifestarle que el proyecto en principio podría significar un cisma en el Sistema Penitenciario, que actualmente apenas tiene recursos económicos para pagar a sus funcionarios y para alimentar a los reclusos cuyo número eventualmente se duplicaría en pocos años, pero la pena de prisión en muchos casos no sólo resulta económicamente onerosa para el Estado y para el interno, sino también suele ser inútil como instrumento de re-adaptación social.

Hemos llegado al convencimiento de que la respuesta punitiva del Estado expresada en la necesidad de encerrar al delincuente, debe ser una medida que se adopte en última instancia, para aquellos delitos y aquellas circunstancias también trascendentales.

No son pocos los países del mundo que desde hace tiempo aplican penas alternativas a la prisión para ciertos delitos y circunstancias que no deparan daños graves a las personas y a la sociedad.

Esas penas alternativas hacen posible también sistemas de control sobre el condenado, que no lesionan su dignidad y que permiten evaluar y orientar la conducta del penado en su propio medio y en sus propias relaciones humanas.

Pienso que más bien es necesario modificar nuestra legislación para producir algunas alternativas en la penalización de las conductas desviadas.

Finalmente me permito llamar su atención acerca de un detalle importante el proyecto: las reformas propuestas se limitan a los artículos 51 y 100, que corresponden a disposiciones generales del Código Penal.

De ser aceptado el proyecto tal y como se presenta, sería también preciso determinar cuáles son los tipos penales de la parte especial del Código Penal





*Ministro de Justicia y Gracia*

30

Dip. Eliseo Vargas García

-4-

30 de agosto de 1991

que sufrirán el aumento en el límite máximo de la pena de prisión.

Una vez que pueda determinarse para cuáles delitos se contemplará el aumento, será preciso emprender una nueva reforma legislativa para introducir las variantes que corresponden.

Estimo que el proyecto que usted gentilmente me remite debe ser arduamente discutido, pues a mi juicio su aprobación conlleva a circunstancias que no estarían lejos de provocar condiciones adversas para muchos sectores de nuestra sociedad.

Con las muestras de mi mayor consideración, lo saluda atentamente,

Elizabeth Odio Benito



EOB/vmv/mr

Cc: Archivo