

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRIA EN CRIMINOLOGÍA

MONOGRAFÍA

“LAPRISIÓN Y LOS FINES DE LA PENA

EN

EL PROYECTO DEL CÓDIGO PENAL”

AUTORES

LIC. JOCKSELINE ZÚÑIGA VARELA

LIC. MANUEL GIOVANNI MENA ARTAVIA

DIRECTOR

DR. BOLIVAR BOLAÑOS CALVO

2006

LA PRISIÓN Y LOS FINES DE LA PENA

EN

EL PROYECTO DEL CÓDIGO PENAL.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
I.- LAS TEORÍAS SOBRE EL FIN DE LA PENA	10
a) Las teorías absolutas	10
b) Las teorías relativas	12
• La prevención general positiva	13
• La prevención general negativa	14
• La prevención especial positiva	15
• La prevención especial negativa	15

II.- EL ANÁLISIS SOBRE LOS FINES DE LA	
PENA EN LA NORMATIVA BAJO EXAMEN	16
a) La prevención especial positiva	16
b) La prevención especial negativa	22
c) La prevención general	24
d) La vigencia de los fines de la pena	
en el Proyecto del Código Penal	28
III.- LA PRISIÓN Y LOS FINES DE LA PENA	30
a) Las penas alternativas sustitutivas	34
• La multa	35

• El arresto domiciliario	36
• La detención del fin de semana	36
• La prestación de servicios de Utilidad pública	38
• La limitación de residencia	39
b) Las penas alternativas complementarias	40
• El cumplimiento de instrucciones	40
• La caución de no ofender	43
• La compensación pecuniaria	44
• La prohibición de residencia	45

c) Las penas alternativas extraordinarias	46
• La amonestación	46
• El extrañamiento	48
d) La pena accesoria	49
e) La prisión y la prevención especial positiva	53
LA CONCLUSIÓN	54
APORTE PERSONAL	58
ANEXOS	61
I. Entrevista con el Licenciado José Manuel	
Arroyo Gutiérrez.	61

II. Entrevista con el Licenciado Fernando

Cruz Castro **66**

BIBLIOGRAFIA **76**

INTRODUCCIÓN

La política criminal comprende el conjunto de medidas elaboradas con el fin de enfrentar el problema de la criminalidad, para dar una respuesta a la situación del infractor de las normas jurídicas penalmente relevantes. Esas medidas no necesariamente, corresponden al ámbito de los mecanismos del control formal, sino que implican, desde una perspectiva más amplia, un conjunto general de propuestas sociales de diversa índole. Compartimos por eso, la opinión de Iván González (2006, p. 76) al señalar: "...prefiero entender la política criminal como una disciplina que no es ni debe ser exclusiva de los juristas, pues su diseño, elaboración y puesta en práctica, corresponde tanto al gobierno y a las autoridades penales como a los representantes del pueblo y a la comunidad misma y en esa medida, es en la vida social en donde se han de buscar los hechos que determinan una específica necesidad de reacción frente a conductas que pueden considerarse nocivas al orden social, datos que luego de analizados en instancias inter y multidisciplinarias, deben pasar a consideración de los juristas, expertos económicos y sociales, a fin de que a partir

de allí se establezcan las medidas de variada índole que deben ser diseñadas y puestas en marcha para lograr contrarrestar los efectos socialmente nocivos de la conducta, reaccionar contra quienes la realizan y modificar las condiciones materiales que favorecen su reproducción”.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, resulta claro que la política de persecución penal representa una parte importante de la política criminal. La definición de cuáles son las conductas que justifican la intervención más severa, que puede realizar el Estado en el conjunto de los derechos de los ciudadanos, la forma de implementar esa intervención y los objetivos perseguidos con ella, constituyen temas que indudablemente, se ubican dentro de lo concebido como la política criminal.

Entonces, al hablar de la política criminal, se hace referencia al conjunto de las decisiones y acciones estatales relacionadas con la actividad delictiva en una determinada sociedad, tanto para prevenirla, como para reprimirla.

El presente trabajo intenta examinar una parte de esa política de persecución penal: la relativa a los fines de la pena y al papel que la prisión cumple, como un instrumento para llevar a cabo esos fines. Se han de examinar los objetivos propuestos por la sociedad, cuando impone las sanciones más severas que pueden caer sobre el ciudadano y a la vez, la importancia otorgada a la prisión, como un medio orientado al logro de esos fines.

El estudio se desarrollará mediante la comparación de dos modelos: el del Código Penal vigente y el del Proyecto de Código Penal pendiente en la Asamblea Legislativa (tanto en su versión aprobada por la Corte Plena, como en su versión actual, dictaminada afirmativamente, en la Comisión de Asuntos Jurídicos).

En concreto, se pretende responder dos preguntas: 1) ¿Cuáles son los fines de la pena en el Código vigente y en el Proyecto de Código?; 2) ¿Cuál es el papel de la prisión en el logro de esos fines, en ambos códigos?

Se considera necesario aclarar que la investigación comprende los fines declarados de la pena, aquellos que se desprenden de un análisis exegético de los códigos. No es este un análisis de los fines inconfesados que en la realidad social, suelen justificar la implementación de determinadas decisiones de la política criminal, fines de los cuales hablan autores como Michel Foucault, (1997), y Sandoval Huertas, (2006).

I.- LAS TEORÍAS SOBRE EL FIN DE LA PENA

El sistema penal cierra siempre sus tipificaciones mediante la amenaza de una sanción o pena. Esa sanción debe cumplir alguna finalidad, ya sea que esa finalidad se agote con la imposición misma de la sanción o que se persigan fines ulteriores. Una de las clasificaciones más importantes sobre los fines de la pena, consiste en distinguir entre las teorías absolutas y las relativas. Siendo esta clasificación la que más se ajusta al desarrollo perseguido por este estudio, será esa la que se expondrá a continuación.

a) Las teorías absolutas

Algunos autores consideran que la pena se justifica simplemente, como una forma de retribución de la conducta violatoria del derecho. Más allá de su imposición no tiene que haber otros fines; la pena representa un asunto de justicia. Sobre ella se indica: “La doctrina tradicional ha entendido por “teorías absolutas” las que ven la pena como un fin en sí misma. El término absoluto estaría siendo utilizado como aquello que se basta a sí mismo; la pena no

tiene que buscar fuera de ella su justificación o razón de ser. Se trata simplemente de un castigo, un mal que pretende retribuir otro mal precedente, constituido por el delito (violación de la norma legal). Su rasgo característico y definidor es pues, ser retributiva, aplicando para cada caso la pena justa, la respuesta sancionatoria que haga realidad el ideal de Justicia” (Arroyo Gutiérrez, 1995, p. 15). En igual sentido se ha indicado: “Las teorías absolutas de la pena encuentran su fundamento jurídico y su sentido exclusivamente en la retribución. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. La pena se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida en forma culpable. Y es, precisamente, la negativa a subordinar la aplicación de la pena a determinados fines concretos la que ha llevado a considerar esta tesis como absoluta” (Beloff, 1993, p. 55).

George P. Fletcher, quien es uno de los exponentes de estas teorías señala: “También los partidarios de las llamadas teorías mixtas o de la unión, bastante numerosos en la doctrina penal, aceptan los criterios preventivos de protección

social, prevención general y especial, rehabilitación etc., como complementarios de la retribución. A ello no hay nada que objetar siempre que se tenga en cuenta que la pena en su origen y conceptualmente no puede ser otra cosa que retribución del delito cometido y que esta retribución marca el límite mínimo, pero también el máximo de la intervención del poder punitivo del Estado. Los efectos preventivos más o menos beneficiosos que de ella se puedan derivar no pertenecen, por tanto, propiamente al concepto de pena y, en consecuencia, no pueden servir para justificarla” (Fletcher, 1997, p. 73).

b) Las teorías relativas

Otras teorías asignan a la sanción penal una determinada finalidad. Es así, como el castigo adquiere su justificación más allá de sí mismo, presentándose como un medio para lograr algún tipo de utilidad social o individual.

En cuanto a ellas, Mary Beloff agrega: “El sentido de la pena consiste únicamente en cumplir su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles. Los fundamentos

ideológicos de las teorías relativas están constituidos por las teorías políticas humanitarias de la Ilustración, por la inclinación a la explicación científica causal del comportamiento humano, por la fe en la posibilidad de educar a las personas, inclusive a las adultas, a través de una adecuada intervención sociopedagógica, y por el escepticismo frente a todos los intentos de explicar metafísicamente los problemas de la vida social”. Estas teorías presentan cuatro variantes esenciales, según a quién se dirijan y cuáles sean los objetivos concretos que pretendan lograr. Se habla entonces, de la prevención general positiva y negativa y prevención especial también, positiva y negativa” (Belfo, 1993, p. 58).

- **La prevención general positiva**

Estas teorías señalan que la pena cumple efectos relacionados con la generalidad de las personas, afirmando en ellas, la conciencia de que las normas y los valores jurídicos se encuentran vigentes. Sobre tales teorías Santiago Mir Puig. (P. 50), señala: “...la doctrina de la prevención general positiva no busca intimidar al posible

delincuente, sino afirmar por medio de la pena la “conciencia social de la norma”, confirmar la vigencia de la norma. Ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que se propone confirmar su confianza en la norma”.

- **La prevención general negativa**

Aquí, la pena también dirige sus efectos a la generalidad de las personas, sin embargo, esta vez orientada a amedrentar o a disuadir a los potenciales infractores. Por su medio, el ciudadano comprende lo que le puede pasar, si infringe las normas penales, al respecto Mary Belof (1993, p. 58) indica: “Para esta teoría, en su concepción tradicional o negativa, la pena se justifica a partir de una finalidad concreta: disuadir de obrar en forma antijurídica a potenciales autores de hechos punibles.”

- **La prevención especial positiva**

Las teorías que consideran que la pena realiza funciones de prevención especial positiva, tienen como destinatario al propio infractor de la norma. En este caso, se pretende que mediante la pena y el tratamiento que le es concomitante, se logre rehabilitar o reeducar al delincuente.

Señala Radbruch (p. 63.): “Frente al delincuente común interviene, por consiguiente, la pena con una superioridad, pero no con la superioridad de otro ser humano que se eleva por encima de él, como acaso el juez, sino con aquella que reside en él mismo, con la superioridad de su mejor yo. Su culpa reside en la contradicción de su acción con su propia conciencia, y el hacerle consciente esta contradicción constituye la primeramisión de la educación penal.”

- **La prevención especial negativa**

Estas teorías sostienen que el fin de la prisión es la inocuización o neutralización del delincuente. De nuevo,

enfilan sus baterías hacia el infractor, no obstante, ahora, no se trata de modificar su comportamiento, sino de alejarlo del resto de la sociedad por un tiempo. Mientras el delincuente se encuentre en prisión, no significa un peligro para el resto de la sociedad. La sociedad que se resguarda, naturalmente, es aquella que se encuentra fuera de los muros de la prisión, pues resulta difícil impedir que el infractor realice nuevas acciones delictivas dentro de la prisión, medio particularmente fértil para la realización de los actos delictivos.

II.- EL ANÁLISIS SOBRE LOS FINES DE LA PENA EN LA NORMATIVA BAJO EXAMEN

a) La prevención especial positiva

El Código Penal costarricense no establece cuál es el fin de la pena en general. Si señala cuál es el fin de la prisión, cuando indica en su artículo 51:

“La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora”¹.

De esa norma, se desprende la confianza del legislador en la pena de prisión como un instrumento tendiente a lograr los objetivos de la pena, aspecto sobre el cual se profundiza más adelante.

Pero además, queda claro que el fin de esa pena consiste en la rehabilitación del infractor. Al respecto el Magistrado Fernando Cruz afirma: “El código penal del 70 estaba muy influido por una orientación muy optimista que tiene que ver, hasta con la nueva defensa social, de que era posible la rehabilitación intramuros, entonces la prisión era el núcleo central de las sanciones”², Como una clara expresión de las concepciones positivistas, la norma ve en el

¹ Código Penal. (1994). (10. ed.). San José: Editorial Porvenir.

² Entrevista con el Licenciado Fernando Cruz Castro en anexos del trabajo.

delincuente a una persona con cierta discapacidad (social, psicológica o biológica) quien debe ser curado; el inhábil debe ser rehabilitado.

De alguna manera, contrasta con esa visión lo expresado en el Proyecto de Código Penal, en su versión que recibe el dictamen afirmativo de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, en abril del 2003. El artículo 5 de ese proyecto señala:

“Las penas se aplicarán de manera que faciliten a la persona condenada una vida futura sin delinquir, en forma proporcionada y con el mayor respeto de su dignidad de persona humana y sus derechos fundamentales”.

Esa finalidad es reiterada en el artículo 74, de dicho proyecto. Se puede notar aquí, en primer término, que se abandona la pretensión por lograr el objetivo propuesto, de manera indefectible. En el proyecto se habla, más bien de facilitar el objetivo. En ese sentido, hace referencia el

Magistrado Cruz Castro al indicar: “La frase: *faciliten a la persona condenada una vida futura sin delinquir*, proviene de la legislación alemana, y es el objetivo resocializador mínimo, porque está definiendo ya no como una transformación de sus pautas de comportamiento hasta íntimas, sino nada más evitar que cometa o que incurra en conductas que están tipificadas en delito. La palabra *facilitar* es para dejar opción al condenado de que si quiere o no resocializarse.”³

Es decir, que cualquier cambio que logre desarrollarse en la conducta o en las actitudes del penado es producto, en primer lugar, de su propia decisión, la cual en tal caso, se ve facilitada por el Estado. Se nota que el proyecto procura ampliar el terreno de libertad del penado, dejando en sus manos la decisión de aceptar o no el cambio.

En todo caso, resulta claro que no es posible forzar la rehabilitación de las personas ya que con ello, a lo sumo se consigue una sumisión por conveniencia y no una asunción convincente de los valores sociales. El no comprender eso, constituye un grave error de las concepciones que

³ Entrevista con el Licenciado Fernando Cruz Castro en anexos del trabajo

fundamentan la legislación vigente; error que ha conducido a obtener pobres resultados, en el pretencioso objetivo rehabilitador.

Por otro lado, también se debe notar que lo ofrecido en el proyecto no es propiamente la rehabilitación, sino más bien, la posibilidad de una vida futura sin delinquir. Ese cambio es importante, pues el nuevo ofrecimiento no da por sentado que el delincuente tenga alguna carencia personal, especie de tara que daba corregirse en su ser. Más bien, cabe entender válidamente, que la carencia puede ser de otro orden. Pueden haber faltado al infractor las oportunidades laborales, las destrezas para desempeñarse en el mundo laboral, las condiciones ambientales adecuadas, los estímulos y toda una serie de factores cuya ausencia no le serían atribuibles a él, sino al orden social en sí.

Finalmente, se señala con claridad la importancia del respeto a la dignidad del infractor y a los derechos fundamentales que como ser humano ostenta, aún en el duro momento de sufrir los rigores del sistema punitivo. No puede considerarse ociosa esa referencia del proyecto, tomando en

cuenta, que es quizá durante la ejecución penal, cuando más propenso se encuentra el ser humano a sufrir la limitación de sus derechos, por una acción arbitraria del Estado.

Con respecto a la diferente redacción del proyecto, el Licenciado José Manuel Arroyo indica: “Sí y no hay un cambio. Lo hay en el sentido de que la pretensión es ahora mucho más modesta, más humilde, si queremos decirlo en términos sencillos. No hay cambio cualitativo si lo que se pretende es que una persona lleve “una vida futura sin delinquir”, lo cual no plantea, en el fondo, una diferencia esencial con el propósito de “rehabilitar” a ese ser humano. Me parece que es importante que también se reconozca que el Estado no puede pretender cambiar a las personas, sino asegurarse de que simplemente, después de ser sancionados, tan sólo dejen de delinquir. En este sentido sí estimo que hay una mayor precisión conceptual”⁴.

De tal modo, parece claro que la finalidad del proyecto, hasta este punto, sigue siendo de prevención especial positiva. La pena se presenta como una oportunidad

⁴ Entrevista con el Licenciado José Manuel Arroyo Gutiérrez en anexos del trabajo.

tendiente a superar aquellos obstáculos que impiden al delincuente desenvolverse adecuadamente, en la sociedad, superación que se logra al generar un cambio en el individuo o en sus condiciones vitales.

b) La prevención especial negativa

No puede dejarse de lado el hecho de que tanto el Código Penal vigente como el Proyecto de Código Penal, contemplan límites máximos sumamente altos para la pena de prisión. En efecto, el código actual señala en su artículo 51, que el límite máximo para la pena de prisión es de cincuenta años. El artículo 45 del Proyecto de Código Penal, aprobado por Corte Plena en mayo del 2002, reducía ese límite a treinta y cinco años. Finalmente, la versión del proyecto la cual recibe un dictamen afirmativo de la comisión en abril del 2003, vuelve a elevar a cincuenta años, el máximo posible a purgar.

Evidentemente, esos plazos (aún el menor de ellos), cercenan toda posibilidad para la integración social del condenado. Es prácticamente imposible, que una persona

que pase tanto tiempo, en un medio con las características de la prisión actual, pueda incorporarse luego, a la sociedad libre adecuadamente. Como lo indica el profesor Arroyo Gutiérrez: “Sin duda un monto de pena como el que se analiza (hasta 50 años de prisión) contradice la filosofía que otorga un fin rehabilitador a este tipo de sanción penal.

La Sala Constitucional, en el marco normativo actualmente vigente, no se atrevió a reconocer que se está en la práctica, frente a una pena perpetua, que, repito, contradice toda la ideología y los principios que informan el fin resocializador. Para una persona de 20 años de edad, una pena de 50 años de cárcel, es absolutamente negadora de cualquier alternativa rehabilitadora”⁵.

Lo anterior conduce a pensar que en relación con los delincuentes, quienes llegan a ubicarse en tal situación, el fin pretendido por la sanción penal consiste en la simple inocuización. En tanto se mantenga al infractor privado de libertad, sus posibilidades de delinquir —fuera de prisión, naturalmente—, quedan neutralizadas.

⁵ Entrevista con el Licenciado José Manuel Arroyo Gutiérrez en anexos del trabajo.

c) La prevención general

No obstante, la pena no significa solo rehabilitación, educación para la convivencia en sociedad o inocuización; sin duda es y pretende seguir siendo un castigo, por las conductas que invaden el espacio de lo definido socialmente, como inaceptable. El artículo 71 del Código Penal señala:

“El juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;

La importancia de la lesión o del peligro;

Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;

La calidad de los motivos determinantes;

Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y

La conducta del agente posterior al delito (...)”.

Nótese como los límites de la pena deben imponerse, a partir de una valoración del hecho cometido y de la culpabilidad del autor del mismo. De tal modo, interesa saber qué tan grave fue el hecho y qué tan responsable su autor, por lo tanto, se trata de una respuesta que pretende ser proporcional y justa ante la conducta del agente. Así, frente a situaciones en las cuales la rehabilitación resulta imposible o innecesaria, la pena sigue siendo adecuada en tanto sea una respuesta proporcional al hecho (fin retributivo).

Algo idéntico se dispone en el Proyecto de Código Penal que fue objeto del Dictamen de la Comisión Legislativa. En su artículo 74, el proyecto indica que para fijar la pena se han de considerar:

“(…)

1) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible,

2) La importancia de la lesión o del peligro,

3) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar,

4) La calidad de los motivos determinantes,

5) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito, y

6) La conducta del agente posterior al delito”.

Esto significa que también sobrevive, en cierta medida, la retribución en el proyecto⁶.

Ahora bien, si la legislación se inclina meramente por la retribución, no habría espacio para modificar una pena que, en principio, corresponde con los límites de la culpabilidad del agente. La pena sería la que “en justicia” corresponde al hecho, sin que sea justo, ni aumentarla ni disminuirla. Sin embargo, tanto la legislación actual, como el proyecto contemplan la posibilidad de que la pena efectivamente impuesta, resulte finalmente, por debajo de los límites

⁶ Una interpretación distinta da a la norma el Licenciado Arroyo Gutiérrez en la entrevista realizada, cuando señala: “Considero que el artículo 76 referido alude no tanto a los fines o funciones de la pena como a los parámetros a considerar en la individualización de la pena, problema que es obviamente distinto. En el marco de entender el juicio de culpabilidad como el único válido para la ponderación de la pena, se dan algunos parámetros para alcanzar un grado mínimo de objetividad en ese ejercicio de medición”. Se considera sin embargo, que si bien, el artículo 76 refiere los parámetros para fijar la pena, no es menos cierto que dispone

establecidos por el juzgador, atendiendo a los parámetros expuestos anteriormente⁷. Esto permite afirmar que más que solo una retribución, los artículos 71 del código actual y el 74 del proyecto, utilizan la culpabilidad como un límite, permitiendo a la pena cumplir los objetivos de prevención general, considerando que la prevención general puede ser positiva o negativa.

Además de permitir la reincorporación del infractor en la sociedad, la pena está dispuesta —al menos teóricamente—, tanto para amedrentar a los eventuales infractores, como para reafirmar la vigencia del ordenamiento violentado.

d) La vigencia de los fines de la pena en el Proyecto del Código Penal

A la luz de lo expuesto, resulta válido afirmar que el Proyecto de Código Penal mantiene vigentes los fines de la prevención especial positiva, prevención especial negativa y prevención general del Código Penal vigente.

la forma de respuesta justa, ante un hecho pretérito. Precisamente, esa respuesta es la retribución adecuada a la conducta del infractor y en ese tanto se manifiesta como una retribución.

Ciertamente, existe un mayor nivel de precisión conceptual, en el tema de la prevención especial positiva y un ajuste a las concepciones orientadas a garantizar de mejor manera, los derechos y la dignidad de la persona, a la vez que obliga a respetar su espacio de libertad en el desarrollo de su proyecto de vida. Sin embargo, y sin restar importancia a esa diferencia, se puede concluir que la pena mantiene los mismos fines, en el proyecto en estudio.

Por otro lado, también resulta razonable concluir que entre esos fines, el que se presenta como el más importante dentro de la normativa estudiada, responde al de la prevención especial positiva. Si bien, se considera haber mostrado la persistencia de otras finalidades deducidas de la ley, estas se obtienen de una lectura “entre líneas” del articulado penal. Únicamente, la prevención especial positiva (como rehabilitación o como la posibilidad de lograr una vida futura, sin delinquir) se señala expresamente, como los objetivos de la legislación penal costarricense.

⁷ Véase el artículo 64 del Código vigente y los artículos 75 y 86 del proyecto.

Luego, siendo la prevención especial positiva, el objetivo declarado central de la legislación penal vigente y pendiente de Costa Rica, interesa por esa razón, determinar el papel atribuido a la prisión dentro del esquema. Se Intenta responder a la pregunta: ¿Es tan importante como lo fue, teóricamente, claro está, el papel de la prisión como medio para lograr una vida futura sin delinquir (objetivo rehabilitador)? A esto, se refiere el siguiente apartado.

III.- LA PRISIÓN Y LOS FINES DE LA PENA

Como se señaló anteriormente, el Código Penal atribuye a la pena de prisión, el ejercer sobre el condenado, una acción rehabilitadora. Se parte por lo tanto, de que la permanencia en la prisión, sumada a un adecuado tratamiento logra rehabilitar al delincuente de forma tal, que pueda incorporarse nuevamente a la vida en sociedad.

El Proyecto del Código Penal ofrece claras muestras de su desconfianza en esa fórmula. Por lo mismo, dentro de la Parte General de éste, la innovación más importante consiste en introducir un sistema de penas alternativas a la prisión.

Lo cierto es que desde la política criminal, se toman medidas que afectan al sistema penitenciario, ya sea propiciando mayores cuotas de encierro o suministrando nuevas opciones de punición, diferentes a la cárcel. Es precisamente hacia la última opción que apuntan las penas alternativas: ellas proporcionan al juez una mayor gama de posibilidades, al imponer la pena del caso concreto, de manera que la prisión se convierta en la última opción a la que éste acuda. De esta forma, se puede atender mejor el principio de la culpabilidad, como un parámetro de la fijación de la pena y se disminuye sensiblemente, el número de las personas privadas de libertad.

Pero sin duda, la prisión continúa jugando un papel importante en el sistema nuestro. Así, el artículo 43 del proyecto, dispone que la prisión constituye junto con la multa una de las penas principales. Sin embargo, también prevé la

posibilidad para reemplazar esa pena por una serie de medidas menos gravosas, las cuales evidentemente, tienen el fin de aminorar los efectos nocivos de la privación continuada de la libertad.

En relación con la posibilidad de reemplazo, el artículo 82 del proyecto señala:

“El juez, en resolución motivada, podrá sustituir la pena de prisión impuesta de la siguiente manera:

1) La condena de prisión mayor de seis años se cumplirá como mínimo hasta la mitad de su tiempo de duración, transcurrido el cual podrá reemplazarse por: arresto domiciliario, detención de fin de semana o prestación de servicio de utilidad pública.

El reemplazo implicará además la imposición de la pena de cumplimiento de instrucciones en

forma conjunta con la de compensación pecuniaria o la de caución de no ofender.

2) La condena de prisión mayor de tres años y que no supere los seis años se cumplirá como mínimo hasta un tercio de su tiempo de duración, transcurrido el cual el juez podrá reemplazarla por: arresto domiciliario, detención de fin de semana o prestación de servicio de utilidad pública. El reemplazo implicará además la imposición de la pena de cumplimiento de instrucciones. Cuando el juez lo considere oportuno se impondrá también la pena de compensación pecuniaria o la de caución de no ofender.

3) La condena de prisión que no exceda de tres años podrá ser reemplazada en la misma resolución por detención de fin de semana o prestación de servicio de utilidad pública.

El reemplazo implicará además la imposición de la pena de cumplimiento de instrucciones. Cuando el juez lo considere oportuno se impondrá también la pena de compensación pecuniaria o la de caución de no ofender o la de amonestación.

En los tres incisos anteriores, cuando el juez lo considere necesario por la naturaleza del delito, podrá imponer además la pena de limitación de residencia o la de prohibición de residencia”.

Seguidamente, se procede a examinar las alternativas concretas ofrecidas en lugar de la prisión.

a) Las penas alternativas sustitutivas

El Proyecto de Código Penal señala en su artículo 75 que...

“El Tribunal de Juicio será competente para realizar la primera fijación de la pena o de la medida de seguridad, y para disponer el reemplazo, si corresponde, en la misma sentencia. Lo relativo a sucesivas fijaciones, extinción, sustitución, reemplazo o modificación de aquellas, será competencia del Juez de Ejecución de la Pena”.

Ese reemplazo, como se indica anteriormente, consiste en la posibilidad para imponer, dentro de los límites fijados por la ley, una medida sustitutiva a la prisión. Las penas alternativas sustitutivas son entonces, aquellas que ocupan el lugar de la pena de la prisión, aplicadas siempre que se efectúa el reemplazo⁸.

- **La multa.** La pena de multa se puede convertir en una pena alternativa sustitutiva, cuando el infractor sea delincuente primario y la penalidad no exceda a un año de prisión. En tal caso, la persona condenada debe cubrir el importe total de la multa, dentro de los quince días siguientes

a la notificación de la sentencia. Corresponde al juez fijar el monto de la multa de acuerdo con lo dispuesto por el proyecto para la multa como pena principal, y cabe autorizar un plazo mayor o bien, el pago en tractos o en cuotas sucesivas, tomando en cuenta la situación económica de la persona obligada. En caso de existir incumplimiento, el reemplazo se deja sin efecto⁹.

- **El arresto domiciliario.** También se dispone en el proyecto, la modalidad del arresto domiciliario, el cual obliga a la persona condenada a permanecer en su domicilio, por el plazo fijado por el juez. El plazo de esta pena puede ser el mismo de la pena principal, cuando se trate del inciso tercero del artículo 82, o corresponder al tiempo que falte para cumplir la pena impuesta¹⁰.

- **La detención del fin de semana.** Esta pena consiste en una limitación ambulatoria por períodos correspondientes a los fines de semana, con una duración mínima de veinticuatro horas y máxima de cuarenta y ocho

⁸ Véase el artículo 53 del proyecto.

⁹ Artículo 54 del proyecto.

¹⁰ Artículo 55 del proyecto. La remisión que se hace al artículo 80, del mismo proyecto es incorrecta.

horas, por cada fin de semana. También, esta sanción puede imponerse por el tiempo de la pena principal, cuando la fija el tribunal, en la hipótesis del inciso 3 del artículo 82, o por el tiempo que falte para cumplir la pena impuesta. La flexibilidad impone que atendiendo a las circunstancias, se ordene en forma excepcional, previa propuesta justificada del condenado y escuchado el parecer del Ministerio Público, que el arresto de fin de semana se cumpla en otros días de la semana, que no pueden exceder de dos semanales¹¹.

En ese sentido, el Magistrado Cruz Castro refiere: "...el Arresto de los fines de semana, ¿qué es lo que pretende? Por un lado evitar los efectos negativos del encierro, y por otra parte provocar un choque en la persona menos intenso, y difícilmente tendrá un efecto rehabilitador por sí mismo, lo tiene en función del efecto de intimidación que tiene, pero evito que quede fuera del sistema social y de trabajo, y lo que hago es en el fondo imponerle un encierro para estarle recordando,..."¹²

¹¹ Artículo 56 del proyecto. La remisión que hace al artículo 80, del mismo proyecto debe entenderse modificada.

¹² Entrevista con el Licenciado Fernando Cruz Castro en anexos del trabajo.

- **La prestación de los servicios de utilidad pública.** Esta pena alternativa sustitutiva impone al condenado la obligación de prestar, gratuitamente, servicio en los lugares y horarios determinados por el juez, en favor de un establecimiento de bien público o de utilidad comunitaria y con un control de las autoridades de los mismos.

Se ha de procurar que la prestación del servicio no resulte infamante para la persona condenada, que no lesione su propia estima, que no perturbe su actividad laboral normal y que sea adecuada a su capacidad e idónea para desarrollar a través del trabajo, el aprecio por las cosas de utilidad común, respeto por ellas y conciencia de la sociabilidad.

En el caso de los delitos, esta sanción se puede imponer hasta por el mismo tiempo de la pena principal, cuando se trate del inciso 3 del artículo 82, o hasta por la mitad del tiempo que falte, para cumplir la pena impuesta. En ambos

casos, los períodos son de ocho a dieciséis horas semanales¹³.

- **La limitación de residencia.** Esta pena consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él, sin autorización judicial. El lugar de residencia lo establece el juez, pudiendo ser un barrio, distrito, cantón o provincia. De la misma forma que las anteriores, esta sanción se puede imponer hasta por el mismo tiempo de la pena principal, cuando así la establece el juez del tribunal sentenciador, o hasta por la mitad del tiempo que falte para cumplir la pena impuesta, en las otras hipótesis procedentes.

Señala el proyecto que la pena de limitación de residencia presenta por objeto, prevenir conflictos, posibilitar una mejor integración social de la persona condenada, permitir un control mayor de su conducta o crear nuevos vínculos sociales a la misma. De ninguna forma, puede fundamentarse en las necesidades demográficas, ni implicar la remisión del infractor a los parajes inhóspitos o de difícil comunicación, salvo en los casos, cuando la propia persona

¹³ Artículo 57 del proyecto. La remisión al artículo 80 que quedó en el proyecto aprobado en comisión

condenada lo solicite y las circunstancias demuestren que no se instrumenta la pena como un castigo de deportación¹⁴.

b) Las penas alternativas complementarias

El artículo 59 del Proyecto de Código Penal señala:

“Las penas alternativas complementarias son aquellas que se imponen conjuntamente con la pena sustitutiva”.

Contemplan también varias modalidades:

- **El cumplimiento de las instrucciones.** Esta pena complementaria consiste en someter a un plan de conducta en libertad establecido por el juez, con la intervención activa de la persona condenada y que puede contener las siguientes instrucciones:

legislativa es incorrecta.

¹⁴ Artículo 58 del proyecto.

1) Dar a la persona ofendida una adecuada satisfacción moral;

2) Asistir a una escuela o a un curso de enseñanza primaria, media, superior o técnica;

3) Someterse a un tratamiento o control médico o psicológico, en caso de evidenciar un padecimiento o un comportamiento que dificulte sus relaciones sociales;

4) Aprender un oficio o arte;

5) Abstenerse de concurrir a determinados lugares, cuando sea necesario, impedir los conflictos;

6) Practicar regularmente un deporte;

7) Abstenerse de consumir sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas enervantes, cuando tenga relación con la conducta o sus circunstancias;

8) Asistir a cursos, conferencias o reuniones en que se proporcione información orientada a permitirle evitar futuros conflictos;

9) Desempeñar un trabajo adecuado con su capacidad y sus preferencias;

10) Incorporarse a los programas de los grupos u organismos, públicos o privados, los cuales le permitan modificar algunos comportamientos que hayan influido en la realización del delito;

11) Abstenerse de acercarse a la víctima;

12) Abstenerse de tener y portar armas blancas y de fuego. En este caso, el tribunal ha de disponer la suspensión de los permisos que existieren.

El proyecto indica con claridad que no se imparten instrucciones cuyo cumplimiento sea vejatorio para la persona condenada o bien, puedan ofender su dignidad o estima.

Tampoco se puede afectar con ellas el ámbito de privacidad de la persona condenada, ni contrariar sus creencias religiosas, su concepción del mundo o sus pautas de conducta, no directamente relacionadas con el delito cometido o con posibles delitos análogos.

De igual modo, están vedadas las instrucciones para los tratamientos los cuales impliquen una injerencia en el cuerpo de la persona condenada, salvo las necesarias para realizar los controles clínicos, que deben siempre ser consentidos. El sometimiento a otros tratamientos sólo puede imponerse con el consentimiento del infractor¹⁵.

La flexibilidad de estas instrucciones permite que el juez de ejecución penal pueda modificarlas durante todo el curso de la pena, esta no puede exceder a veinte años, en el caso de los delitos.

- **La caución de no ofender.** Esta consiste en la obligación de la persona condenada de asumir el compromiso de no cometer un nuevo delito doloso, dando en caución

dinero o cosas en cantidad que el juez considere suficientes, como factor disuasivo. La caución puede consistir también, en depositar una parte no superior a un cuarto del sueldo o ingreso mensual de la persona condenada. Esa caución no se exige por un plazo mayor de cinco años, en el caso de los delitos.

Cuando se den en caución cosas como muebles o dinero, el juez establece con la participación activa de la persona condenada, la forma del depósito o la inversión con garantía estatal que resulte idónea, con el fin de cubrir el riesgo de deterioro o devaluación. Si la persona condenada incumple su compromiso cometiendo un nuevo delito, el dinero o las cosas dadas en caución se entregan a la Dirección General de Adaptación Social¹⁶.

- **La compensación pecuniaria.** Esta pena obliga a la persona condenada a pagar al ofendido o a su familia, una suma de dinero que fijada por el juez, la cual no puede exceder de la cuantía del daño y a los perjuicios ocasionados por la conducta.

¹⁵ Artículo 60 del proyecto.

En los casos, cuando existe la acción civil resarcitoria, se descuenta el monto de la compensación pecuniaria ya pagada.

Al imponer esta pena, el juez debe contemplar la capacidad de pago de la persona condenada, pues si transcurren quince días de notificada, ésta no se hace efectiva, queda sin efecto el reemplazo¹⁷.

- **La prohibición de residencia.** Mediante esta pena se veda al infractor de la posibilidad de residir en determinado lugar y de ir o transitar por él, sin una autorización judicial. El juez determina el lugar, pudiendo ser un barrio, distrito, cantón o provincia, contemplando la necesidad de evitar futuros conflictos o de impedir vínculos sociales negativos, para la persona condenada. En ningún caso, la pena puede asumir la forma de un castigo de destierro. Esta sanción se puede imponer por el mismo tiempo de la pena principal, cuando se trate del inciso 3 del

¹⁶ Artículo 61 del proyecto.

¹⁷ Artículo 62 del proyecto.

artículo 82, o por la mitad del tiempo que falte para cumplir la pena impuesta¹⁸

c) Las penas alternativas extraordinarias

Finalmente, se contemplan unas penas con las cuales puede el juez reemplazar la pena principal, cuando proceda, sin embargo, por su naturaleza, se imponen sólo en los casos expresamente previstos por la normativa del proyecto¹⁹.

- **La amonestación.** Esta implica, según la redacción del código, una “adecuada y solemne censura oral hecha personalmente por el juez en audiencia pública”²⁰. Esta amonestación se prevé de forma distinta para diferentes hipótesis:

- 1) Cuando la persona condenada ha cumplido como mínimo un tercio de la pena, el juez de ejecución puede

¹⁸ Artículo 63 del proyecto. Deben hacerse los ajustes en cuanto a la referencia al artículo 80 del mismo proyecto.

¹⁹ Artículo 64 del proyecto.

²⁰ Artículo 65 del proyecto.

reemplazar el resto de la penalidad que no exceda de tres años, por la pena de amonestación.

Ese reemplazo sólo es posible, si a la persona condenada no se le ha impuesto esta pena extraordinaria, en los cinco años anteriores a la comisión de la conducta.

La amonestación como reemplazo de la penalidad mayor de un año sólo puede ser impuesta conjuntamente, con la pena de caución de no ofender²¹.

2) Cuando la persona condenada ha reparado el daño, o garantizado suficientemente la reparación a satisfacción de la persona ofendida, o ha demostrado la imposibilidad para hacerlo, el juez puede reemplazar la penalidad no superior a un año por la pena de amonestación cuando considere, fundadamente, la inconveniencia de hacer efectiva otra pena²².

²¹ Artículo 66 del proyecto.

²² Artículo 67 del proyecto.

3) El juez puede reemplazar la penalidad no superior a tres años por la pena de amonestación, cuando la conducta tiene consecuencias con considerable gravedad para el autor, para su familia o para las personas afectivamente vinculadas a él o para su patrimonio²³.

4) El juez puede ordenar una amonestación cuando a la persona condenada le sobrevenga o se le agrave una enfermedad, la cual limite sus expectativas de vida, o cuando se trate de una persona mayor de sesenta años, siempre que en el caso concreto, la ejecución de otras penas lesione el principio de humanidad²⁴.

- **El extrañamiento.** Dispone el numeral 70 del proyecto, que toda pena de prisión menor a cinco años dictada contra una persona extranjera, puede ser reemplazada por la obligación de abandonar de inmediato el territorio nacional y de no reingresar al mismo, durante el tiempo establecido para la condena. El incumplimiento de la obligación hace que el reemplazo quede sin efecto.

²³ Artículo 68 del proyecto.

²⁴ Artículo 69 del proyecto.

Prevé el proyecto, eso sí, que el reemplazo no se ha de autorizar cuando perjudique seriamente, los intereses patrimoniales de la persona ofendida o cuando imposibilite el cumplimiento de los deberes familiares.

d) La pena accesoria

Como tal se contempla, la pena de inhabilitación que produce la suspensión o la restricción para el ejercicio de uno o varios de varios derechos que más adelante, se indican. El juez en sentencia motivada, aplica las restricciones que sean pertinentes, de acuerdo con el delito cometido, sin embargo, en ningún caso puede imponer la restricción de todos esos derechos. Debe evitarse que la imposición de varias de estas restricciones afecte la dignidad humana de la persona condenada.

El reemplazo de la pena principal por una o varias alternativas no afecta el cumplimiento de la pena accesoria.

La extensión de la inhabilitación puede ser fijada entre los seis meses y los doce años. Dicho plazo puede contar a partir del cumplimiento o cómputo de la pena, cuando es privativa de libertad y se ha hecho efectiva, si el juez en resolución motivada lo considera conveniente.

Las limitaciones se refieren a los siguientes ámbitos:

- La pérdida del cargo, la comisión, el contrato o el empleo público ejercido por la persona condenada, aunque sea de elección popular;
- La incapacidad para obtener los cargos, las comisiones o los empleos públicos mencionados;
- La privación del derecho para ser electo en los cargos públicos;
- La incapacidad para ejercer la profesión, el oficio, el arte o la actividad con ocasión de cuyo desempeño haya cometido el delito.

- La incapacidad para ejercer la patria potestad, la tutela, la curatela, o la administración judicial de los bienes. Esta capacidad se pierde cuando se haya cometido un delito, aprovechándose del ejercicio de la patria potestad o la tutela o curatela o que éstas se vean afectadas por el delito cometido;

- La cancelación de la licencia, el permiso o la autorización para ejercer la actividad, con ocasión de cuyo desempeño haya cometido el delito;

- La clausura temporal o definitiva de la actividad, el establecimiento o la empresa con ocasión de cuyo desempeño haya cometido el delito²⁵.

Cuando el tipo penal no contempla la pena de inhabilitación, ésta puede imponerse, de acuerdo con las reglas arriba indicadas, si el delito cometido importa:

²⁵ Artículo 71 del proyecto.

1) La incompetencia o el abuso en el ejercicio de un cargo público;

2) El abuso en el ejercicio de la patria potestad, la adopción, la tutela o la curatela;

3) La incompetencia, la usurpación, el abuso o la temeridad en el desempeño de una profesión o actividad, cuyo ejercicio dependa de la autorización, la licencia o la habilitación²⁶.

En cuanto a esta pena accesoria, dispone el numeral 73 del proyecto, que la persona condenada puede ser rehabilitada cuando haya transcurrido la mitad del plazo de la misma o un mínimo de cinco años, si no violó la inhabilitación, si ha remediado su incompetencia o no se teme que llegue a incurrir en nuevas conductas, como consecuencia de la misma y si ha reparado el daño en la medida de sus posibilidades. Eso si, cuando la inhabilitación ha importado la pérdida de un cargo público o de una tutela o

²⁶ Artículo 72 del proyecto.

curatela, la rehabilitación no comporta la reposición de los mismos cargos.

e) La prisión y la prevención especial positiva

Resulta claro, a la luz de lo examinado sobre las penas alternativas que la prisión se concibe ahora, no como el único espacio para el cumplimiento del fin preventivo especial atribuido a la pena, sino más bien, como aquella opción de la que aún no se puede prescindir totalmente, pero que no obstante, permite otros caminos en determinadas condiciones.

Esas alternativas a su vez, procuran un ajuste más adecuado a las condiciones particulares del infractor, tanto por su especificidad, como por la posibilidad para realizar distintas combinaciones. Con esto, la labor dirigida a encontrar las medidas necesarias para que el delincuente adecue su conducta a los requerimientos sociales, parece tener mayores posibilidades de éxito.

LA CONCLUSIÓN

El Proyecto de Código Penal que se encuentra en la Asamblea Legislativa y que recibió dictamen afirmativo de la Comisión de Asuntos Jurídicos mantiene, en la misma línea del Código Penal vigente, una finalidad declarada fundamental de prevención especial positiva. En cuanto a esa finalidad, se aprecia una superación de las concepciones positivistas sobre el delito. Además, la nueva redacción es menos pretenciosa, se encuentra inclinada a facilitar al condenado la reinserción en el medio social, siempre respetando su libertad. Los objetivos planteados son, sin duda, más realistas que los expresados en la actual legislación penal.

Se abre al infractor la posibilidad de una vida futura sin delinquir, se da cabida a las explicaciones sociales del delito y a las medidas correctivas de ese orden, las cuales no implican presumir una falla constitucional en el delincuente.

También se considera positiva la inserción del respeto a la dignidad del infractor y a sus derechos fundamentales

como parte de los fines de la pena, en tanto, ningún fin de la sanción puede realizarse sobrepasando tales límites.

Otras finalidades de la pena se deducen del texto del proyecto (prevención especial negativa y prevención general en sus dos vertientes). No obstante, resulta claro que el fin preventivo especial positivo es el que prevalece.

En el logro de ese objetivo de prevención especial positiva, se ha restado importancia en el Proyecto de Código Penal a la prisión, reduciéndola significativamente. Es así, como a pesar de subsistir como una de las dos penas principales se permite su sustitución, en determinadas condiciones reguladas por ley, por penas alternativas de la más diversa índole, las cuales pueden ser: una multa, el arresto domiciliario, la detención del fin de semana, la prestación de servicios de utilidad pública y la limitación de residencia. Esas penas alternativas sustitutivas se acompañan por otras denominadas alternativas complementarias, que incluyen una amplia gama de instrucciones que implican a su vez, otras cargas muy diversas (brindar a la persona ofendida una adecuada

satisfacción moral; asistir a una escuela o curso de enseñanza primaria, media, superior o técnica; someterse a un tratamiento o control médico o psicológico, en caso de evidenciar un padecimiento o un comportamiento tendiente a dificultar sus relaciones sociales; aprender un oficio o arte; abstenerse de concurrir a determinados lugares, cuando sea necesario impedir conflictos; practicar regularmente un deporte; abstenerse de consumir sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas enervantes, cuando tenga relación con la conducta o sus circunstancias; asistir a cursos, conferencias o reuniones, donde se le proporcione la información pertinente que le permita evitar futuros conflictos; desempeñar un trabajo adecuado a su capacidad y preferencias; incorporarse a los programas de grupos u organismos, públicos o privados, que le permitan modificar algunos comportamientos los cuales hayan incidido en la realización del delito; abstenerse de acercarse a la víctima y abstenerse de tener y portar armas blancas y de fuego. También, pueden concretarse en la caución de no ofender, en brindar una compensación pecuniaria, o en no residir en un determinado lugar.

Finalmente, se establecen las penas alternativas extraordinarias, que en ciertos casos reemplazan la pena principal. Tal es el caso de la amonestación en sus distintas hipótesis y el extrañamiento.

Ese detallado conjunto de las penas alternativas permite ver como pierde terreno en la nueva propuesta legislativa, la pena de prisión en el logro de la prevención especial positiva. Sin duda, esto resulta más acorde con la tendencia mayoritaria en la criminología contemporánea, la cual muestra la falta de efectividad de esa pena clásica, en el logro de los ambiciosos fines que se ha propuesto.

APORTE PERSONAL

Se considera de gran importancia apoyar la reforma al tema de las penas en el nuevo proyecto de Código Penal que ya se encuentra en la corriente legislativa. Como se pudo ver, la legislación propuesta, si bien mantiene, con algunas modificaciones técnicas, los fines esenciales de la pena ya incluidos en la legislación penal actual, ofrece además una serie de innovaciones en materia de penas alternativas. Esas alternativas se presentan como apropiadas, por varias razones. Por una parte, es probable que se de un respiro al sistema penitenciario, en tanto las prisiones se habrían de descongestionar parcialmente. Por otra, y esto nos parece lo más importante, la ingerencia del sistema penal en los derechos del ciudadano sería menos violenta, si se acude a las medidas alternativas. Además, las medidas alternativas, por su número y diversa naturaleza, presentan una mayor aptitud para su adecuación a las circunstancias particulares del imputado.

En efecto, es indudable que el número de personas detenidas en nuestras cárceles es un problema acuciante. La

cantidad de presos crece en forma alarmante y no permite al sistema penitenciario hacer frente, con soltura, a las nuevas necesidades. Sin duda, la pena de prisión se mantiene como principal en la nueva legislación propuesta. De hecho, no existe perspectiva de que tal situación cambie en el mediano y quizá en el largo plazo. Pero el hecho de que se ofrezcan tantas opciones, sobre todo en el caso de penas cortas, permite dar oxígeno al sistema penitenciario.

Naturalmente, no se puede dejar de lado el avance que la imposición de medidas alternativas implica, en el tema de las condiciones de los reos. Aún haciendo su mayor esfuerzo, el Estado no puede evitar completamente que se cometan abusos contra las personas en un medio tan conflictivo como el penitenciario. Las estadísticas son contundentes. El riesgo de llegar a ser objeto de violaciones a los derechos humanos se hace muy superior estando encarcelado. Obviamente, esas posibilidades se disminuirían acudiendo a medidas que no impliquen la inserción de la persona en un medio tan hostil como lo es el carcelario.

Finalmente, es mucho más fácil para el juez imponer una pena adecuada a las condiciones objetivas y subjetivas del autor, si se le proporcionan diversas alternativas, que cuando se le da únicamente una opción, que puede graduar únicamente en el aspecto cuantitativo.

Se concluye entonces que resulta conveniente dar un apoyo decidido a un proyecto de reforma que, si bien significa solo un paso más en la búsqueda de una justicia más humana, resulta a fin de cuentas el avance que en este momento se necesita y se puede lograr.

ANEXOS

I. ENTREVISTA CON EL LICENCIADO: JOSÉ MANUEL ARROYO GUTIÉRREZ

1). Frente a la redacción del artículo 51 del Código Penal, el cual indica que la prisión se cumplirá de forma tal, que ejerza sobre el condenado una acción rehabilitadora, el artículo 5 del Proyecto de Código Penal señala que “Las penas se aplicarán de manera que faciliten a la persona condenada una vida futura sin delinquir, en forma proporcionada y con el mayor respeto de su dignidad de persona humana y sus derechos fundamentales”. ¿Considera que hay en esto, un cambio en cuanto a la atribución de una función rehabilitadora a la pena o acaso una mayor precisión?

-Sí y no hay un cambio. Lo hay en el sentido de que la pretensión es ahora, mucho más modesta, más humilde, si queremos decirlo en términos sencillos. No hay cambio cualitativo, si lo que se pretende es que una persona lleve “una vida futura sin delinquir”, lo cual no plantea, en el fondo, una diferencia esencial con el propósito de “rehabilitar” a ese

ser humano. Me parece que es importante que también, se reconozca que el Estado no puede pretender cambiar a las personas, sino asegurarse de que simplemente, después de ser sancionados, tan sólo dejen de delinquir. En este sentido, sí estimo que hay una mayor precisión conceptual.

2) El Proyecto de Código Penal refiere en su artículo 76, que el tribunal impondrá la pena de prisión, atendiendo a los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o del peligro, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la calidad de los motivos determinantes, las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima, en la medida en que hayan influido en la comisión del delito, y la conducta del agente posterior al delito. ¿Significa eso, para usted, el reconocimiento de fines meramente retributivos a la pena, o al menos de prevención general?

-Considero que el artículo 76 referido, alude no tanto a los fines o funciones de la pena, como a los parámetros a considerar, en la individualización de la pena, problema que es obviamente distinto. En el marco de entender el juicio de

la culpabilidad como el único válido para la ponderación de la pena, se dan algunos parámetros para alcanzar un grado mínimo de objetividad, en ese ejercicio de medición.

3) El artículo 46 del Proyecto de Código Penal establece que la pena de prisión podrá extenderse hasta por cincuenta años. ¿Dificulta esto en alguna medida, el fin rehabilitador de la pena?

-Sin duda, un monto de pena como el que se analiza, (hasta 50 años de prisión) contradice la filosofía que otorga un fin rehabilitador a este tipo de sanción penal. La Sala Constitucional, en el marco normativo actualmente vigente, no se atrevió a reconocer que estamos, en la práctica, frente a una pena perpetua, que, repito, contradice toda la ideología y los principios que informan el fin resocializador. Para una persona de veinte años de edad, una pena de cincuenta años de cárcel, es absolutamente negadora de cualquier alternativa rehabilitadora.

4) El artículo 43 del Proyecto de Código Penal incluye una amplia clasificación de las penas, que es desarrollada

con profusión en los siguientes artículos. Se contemplan en el listado penas principales, como la prisión y la multa; pero también, penas alternativas sustitutivas, como la multa, la detención de fin de semana, la prestación de un servicio de utilidad pública, el arresto domiciliario y la limitación de residencia. Las alternativas complementarias como el cumplimiento de instrucciones, la caución de no ofender, la compensación pecuniaria y la prohibición de residencia. Las alternativas extraordinarias como la amonestación y el extrañamiento y accesoria como la inhabilitación. ¿Considera que esto implica un cambio de concepción, en cuanto a la idoneidad de la prisión como un instrumento para cumplir los fines de la pena?

-Por supuesto que sí. Al proponerse un amplio elenco de las sanciones o de las medidas alternativas a la prisión, el sistema punitivo se enriquece con opciones que en la actualidad no existen y que, bien administradas, podrían efectivamente, eliminar la presión a un sistema penitenciario, el cual en las últimas dos décadas ha recibido un impacto prácticamente inmanejable. No sólo se trata de un cambio

conceptual, sino efectivamente, de un reconocimiento tácito de que hay que indagar soluciones diversas al encierro.

5) ¿Considera que los cambios legales que se proponen, tienen la aptitud de cambiar la realidad penitenciaria costarricense? Si así fuera, ¿de qué dependería la efectividad de los cambios?

-Estimo que los cambios propuestos en el sistema de penas, sí impactará positivamente la realidad penitenciaria. La efectividad de los cambios va a depender de que se otorguen con claridad las competencias, sobre todo las jurisdiccionales y las administrativas, que se doten los recursos necesarios, la administración y la ejecución de las modalidades sancionatorias nuevas y se capacite al personal, (judicial y penitenciario) con la ideología y los contenidos de las nuevas sanciones.

II. ENTREVISTA CON EL LICENCIADO FERNANDO CRUZ CASTRO

El código penal del 70 estaba muy influido por una orientación muy optimista que tiene que ver, hasta con la nueva defensa social, de que era posible la rehabilitación intramuros, por lo tanto, la prisión era el núcleo central de las sanciones. El proyecto del código nuevo, el proyecto que ya es viejo, porque se ha reiterado muchas veces, recoge la idea expuesta en las lecturas de García Valdés, que se deben abortar las penas de prisión de una vez, poniendo las penas alternativas, con el fin de reducir el número de las personas confinadas en la prisión.

1) Frente a la redacción del artículo 51 del Código Penal, el cual afirma que la prisión se cumplirá de forma tal, que ejerza sobre el condenado una acción rehabilitadora, el artículo 5 del Proyecto de Código Penal señala que “Las penas se aplicarán de manera que faciliten a la persona condenada una vida futura sin delinquir, en forma proporcionada y con el mayor respeto de su dignidad de persona humana y sus derechos fundamentales”. ¿Considera

que se da un cambio, en cuanto a la atribución de una función rehabilitadora a la pena o acaso, una mayor precisión?

-La frase “faciliten a la persona condenada una vida futura sin delinquir”, proviene de la legislación alemana, y es el objetivo resocializador mínimo, porque está definiendo ya no como una transformación de sus pautas de comportamiento íntimas, sino nada más, evitar que cometa o que incurra en conductas que están tipificadas como delito. La palabra “facilitar” es para dejar la opción al condenado, de si quiere o no, resocializarse.

En cuanto a la frase “en forma proporcionada y con el mayor respeto de su dignidad de persona humana y sus derechos fundamentales” tal vez no era necesaria indicarla, sucede que también el código del 70, estaba muy influido por una orientación criminológica muy poco afín con el tema de los derechos fundamentales y la dignidad. Es posible incluso que la de los 70, asumiera la idea de que la rehabilitación era algo que se podía imponer, lo cual si se pudiera imponer sería contrario a la dignidad.

2) El Proyecto de Código Penal refiere en su artículo 76 que el tribunal impondrá la pena de prisión atendiendo a los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o del peligro, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la calidad de los motivos determinantes, las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima, en la medida en que hayan influido en la comisión del delito, y la conducta del agente posterior al delito. ¿Significa eso para usted, el reconocimiento de los fines meramente retributivos a la pena, o al menos de prevención general?

-Sobre la individualización de la pena sé que Henry Iza le puso mucho interés. Yo no sé como está este proyecto, yo tuve relación con uno anterior; se han hecho como dos o tres, porque este proyecto viene dando vueltas desde el año noventa y uno o noventa y dos. Pero Henry Iza le puso mucha atención al tema de los criterios, para individualizar la pena, supongo que lo que hacen es ampliar los criterios.

-Como lo decía Roxin, que la individualización de la pena y el límite de la pena se basan en un criterio retributivo.

Al fin y al cabo, el límite máximo de la sanción estatal viene a ser un criterio de retribución por la gravedad del hecho, hay una proporcionalidad entre la gravedad del hecho, los motivos del infractor y la pena, eso significa que le ponen un límite a la potestad represiva del estado. Es retributivo en relación con la gravedad del hecho, es la culpabilidad, el reproche por el hecho, que es superar un poco el derecho penal de autor.

3) El artículo 46 del Proyecto de Código Penal establece que la pena de prisión podrá extenderse, hasta por cincuenta años. ¿Dificulta ello en alguna medida, el fin rehabilitador de la pena?

Claro que sí dificulta ese límite de pena la resocialización, por supuesto, ahí hay una paradoja más del problema de la prisión, pues está más que demostrado que si yo permanezco en un régimen cerrado más de diez años, es casi inevitable la desocialización. Esos cincuenta años significan que tienen que ser más de diez en encierro, los cincuenta no significa que yo esté los cincuenta años en un

régimen cerrado, si fuera en régimen cerrado sí es inconstitucional.

.4) El artículo 43 del Proyecto de Código Penal incluye una amplia clasificación de las penas, que es desarrollada con profusión en los siguientes artículos. Se contemplan en el listado penas principales, como la prisión y la multa, sin embargo, también, las penas alternativas sustitutivas, como la multa, la detención del fin de semana, la prestación de un servicio de utilidad pública, el arresto domiciliario y la limitación de residencia. Las alternativas complementarias como cumplimiento de las instrucciones, la caución de no ofender, la compensación pecuniaria y la prohibición de residencia. Las alternativas extraordinarias como la amonestación y el extrañamiento y accesoria como la inhabilitación. ¿Considera que esto implica un cambio en la concepción, en cuanto a la idoneidad de la prisión como un instrumento para cumplir los fines de la pena?

La prisión evidentemente, no es la respuesta de mayor idoneidad, lo que sucede es que por razones de prevención general y la gravedad del hecho, el encierro se mantiene,

esto significa que se debe atenuar el encierro, porque yo le impongo a la autoridad penitenciaria o al juez, la obligación de que ese encierro no puede ser en régimen cerrado, que yo debo dosificarlo, para tratar de plantearle opciones al interno de que él pueda rehabilitarse. Y por supuesto, que yo puedo empezar a valorar cuáles son las finalidades de la pena en las penas alternativas. Ahí, usted tiene un espectro de posibilidades muy grande, ¿Cuáles son los fines de la pena en las sanciones alternativas?, que no forzosamente serían los mismos de la pena privativa de libertad, pero claro, están dentro de esa perspectiva, no obstante, ya es diferente, supongamos, cualquiera de ellas. No dudo que la mayoría tiene un objetivo, digamos rehabilitador, pero por ejemplo, hay uno que me acuerdo, que era como un acto de constrictión, como decir pido perdón, ¿eso qué significa en el fondo?, una satisfacción, asumiendo que la satisfacción tiene un efecto rehabilitador. Puede ser prevención general positiva, un fortalecimiento de los valores de convivencia. Otro como el arresto de los fines de semana, ¿qué es lo que pretende? Por un lado, evitar los efectos negativos del encierro, y por otra parte, provocar un choque en la persona menos intenso, y difícilmente, probablemente, que tenga un efecto rehabilitador por sí mismo, lo tiene en función del

efecto de intimidación que tiene, pero evito que quede fuera del sistema social y de trabajo, y lo que hago es en el fondo, imponerle un encierro para estarle recordando, pero si tiene efecto de intimidación, que no es muy claro el efecto de rehabilitación, en fines de semana, incluso, hay prevención general positiva, porque yo lo que hago es equilibrar, la gente dice, bueno, está en libertad, pero es cuando trabaja entre semana, y los fines de semana tiene que ir a prisión.

Así mismo, la caución de no ofender, yo doy como una garantía de que no voy a ofenderlo más; esa es una forma de resolver, ¿pero qué deseo yo ahí? Inocuidar, garantizarme que no voy a incurrir nuevamente en la conducta, a través de esa medida logro eventualmente una rehabilitación, pero una rehabilitación de inocuidación, pero yo le digo, si usted vuelve a ofender pierde la garantía, que es todo un tema en el tema de las injurias y de las calumnias, porque alguien me puede estar injuriando a mí permanentemente, lo llevo a juicio y lo condenan y otra vez ofende, y lo llevo nuevamente a juicio y otra vez , y otra vez. Más bien, yo me inclino en injurias y calumnias, a imponerle, después de tres, cuatro o hasta cinco calumnias, el imputado esté obligado a no

ofender, y si incurre en un nuevo insulto, es un delito de desobediencia, el cual tiene pena de prisión.

5) ¿Considera usted, que los cambios legales que se proponen, tienen la aptitud de cambiar la realidad penitenciaria costarricense? Si así fuera, ¿de qué dependería la efectividad de los cambios?

Los cambios que propone el proyecto son viables y aceptables por la sociedad, no creo que haya problemas, a la gente le satisface que son cincuenta años el límite máximo, y no creo que los periodistas puedan hacer un picadillo de esto.

En cuanto a las posibilidades de implementación, el único problema que le veo es, porque tengo la impresión, de que el Ministerio de Justicia, en general, tal vez por razones presupuestarias, tiene la idea muy orientada hacia el encierro, le da poca prioridad a otras formas que requieren estructura institucional. El arresto de los fines de semana requiere una infraestructura con funcionarios que estén en la labor recontrol, etcétera.

6. *El artículo 84 del proyecto, que indica los requisitos para que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el cual, en su primer requisito dice: "1) Que la persona condenada no haya cometido **delito doloso sancionado con prisión...**" ¿Qué opina sobre la reforma efectuada, pues el código vigente contempla entre otros requisitos, que se trate de un delincuente primario?*

Esto es un problema, porque hay que planteárselo en relación con los delitos de circulación, o sea los delitos de tránsito, a lo mejor, no es conveniente que alguien que ha cometido un delito culposo, como homicidio reciba algún beneficio, o lesiones culposas, hay que planteárselo. Todos estos temas requieren mucho ajuste. El proyecto lo dice en general, sin embargo, se deben valorar cuáles delitos, bueno puede ser que con los culposos en general, no haya problema, pero hay algunos que tienen una altísima incidencia social, como lo son los delitos de circulación.

7 *.¿Cree usted que toda esa serie de medidas alternativas, y penas sustitutivas a la prisión, en el proyecto lo que busca es evitar el hacinamiento en las cárceles?*

En parte sí, porque el gran tema penitenciario de fondo, el telón de fondo del tema penitenciario es siempre la sobrepoblación.

8.¿ Considera usted que detrás del aparente humanismo que uno detecta en este tipo de leyes, existen otros factores que también son importantes, como la sobrepoblación, el hacinamiento, y no profundiza mucho, en si la resocialización se logra o no.

No, la resocialización es un elemento de referencia que pone un límite al poder estatal. Los éxitos en la práctica, así como los hechos efectivos, no son como muchos, aunque puede ser que una buena orientación en relación con algunos tipos de infractores también se logre, sin embargo, no es como un criterio determinante.

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Gutiérrez, José Manuel. (1995). El sistema penal ante el dilema de sus alternativas. San José, C.R: Colegio de Abogados de Costa Rica,
- Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2004. Proyecto del código penal N° 11871. _comisión de asuntos jurídicos
- Beloff, Mary Ana. (1993). Determinación judicial de la pena. Teorías de la pena: la justificación imposible. Argentina: Editores del Puerto.
- Código Penal. (1994). (10. ed.). San José: Editorial Porvenir.
- Fletcher, George P. (1997). Conceptos básicos de derecho penal. Valencia: Editorial: Tirant Lo Blanch

- González, Iván. (2006). Constitución y política criminal, en Antología de política criminal. Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia

- Foucault, Michel. (1997). Vigilar y castigar. (26° edición en español). España: Editores Siglo XXI.

- Sandoval Huertas, Emiro. (2006). Penología, en Antología de teorías y enfoques sobre la sanción, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia

- Mir Puig, Santiago. (2006). Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

- Radbruch, Gustav. (1980). El hombre en el derecho. Buenos Aires: Editorial Depalma.

TRABAJO DE CAMPO

- Entrevista con el **Licenciado José Manuel Arroyo Gutiérrez.**

- Entrevista con el **Licenciado Fernando Cruz Castro.**