

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

**INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL**

**TEMA: EL IUS PUNIENDI Y LA PENA.**

**RESUMEN:** La presente recopilación, incorpora conceptos relativos al Ius Puniendi, además de los conceptos de sanción y pena, desarrollándose su objeto y finalidad entre otros temas. Desde la Jurisprudencia se analiza este tema a la luz de casos concretos y de mucha discusión estudio en nuestro país.

## Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
a) Sobre el derecho de castigar.....	2
b) Definición de Sanción Penal.....	2
i. La sanción privativa de libertad.....	3
ii. Finalidad.....	4
c) Elementos del concepto de Pena.....	5
i. Privación o restricción de bienes jurídicos.....	5
ii. Impuesta conforme a ley.....	6
iii. Impuesta por los órganos jurisdiccionales.....	6
d) El objetivo de la pena en sus diversos niveles de fijación.....	7
e) La pena como "restitutio" de ser.....	9
i. Pena y retribución.....	10
ii. Ser y deber ser de la pena.....	11
f) El sistema procesal penal y su función garantizadora de los derechos humanos.....	11
i. Conceptualizaciones necesarias.....	12
g) La determinación pena hegeliana como terapia moral.....	13
h) Clasificación de las penas en el Código Penal.....	15
i. Penas principales y penas accesorias.....	15
ii. Por el bien jurídico afectado.....	15
iii. Por su gravedad.....	16
i) Merecimiento y necesidad de la pena.....	17
2JURISPRUDENCIA.....	19
a) Determinación de los bienes jurídicos tutelables.....	19
b) Determinación de las penas esta a cargo del Estado.....	24
c) Sobre el Objetivo rehabilitador del sistema penitenciario.....	28

## 1 DOCTRINA

### **a) Sobre el derecho de castigar**

[CHIRINO]<sup>1</sup>

"El derecho penal tutela bienes jurídicos; esta intervención estatal no crea un derecho subjetivo de castigar por parte del estado. Así, el llamado IUS PUNIENDI es más bien un límite estatal que, en Costa Rica, lo impone el artículo 28 párrafo segundo de la constitución.

De acuerdo con Zaffaroni, el postulado que recoge el párrafo segundo del 28 constitucional tiene las siguientes consecuencias:

- a. El Estado no puede imponer una moral;
- b. El Estado reconoce una zona de libertad;
- c. Las penas no pueden caer sobre el ejercicio de la autonomía moral que garantiza la Constitución, sino sobre aquellas conductas que sí afectan el ejercicio de esa autonomía ética;
- d. No puede haber delito que no afecte un bien jurídico, es decir que no afecte alguno de los elementos de los que necesita disponer otro ser humano para realizar lo que quiere (vida, honor, patrimonio, salud, etc.)"

### **b) Definición de Sanción Penal.**

[MURILLO]<sup>2</sup>

"Al convivir el ser humano en sociedad se hace necesario el establecimiento de mecanismos que regulen las relaciones de convivencia, aseguren el orden y la paz social, así como una forma para la resolución de los diferentes conflictos que emerjan en la comunidad.

El Estado como mecanismo de control social formal, ejerce el ius puniendi - poder de castigar - en procura de garantizar esos objetivos. A través de las normas procesales y penales se crea un sistema de Administración de Justicia Penal mediante el cual se sanciona a la persona que cometa delitos - acciones previamente prohibidas por la ley -El Código Penal establece en su artículo 50 los distintos tipos de sanciones penales aplicables:

"Las penas que este Código establece son: 1) Principales: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación. 2) Accesorias: inhabilitación especial. 3) Prestación de Servicios de Utilidad Pública"

A través de cualquiera de esas formas la autoridad jurisdiccional impone restricciones a bienes jurídicos, limitando la libertad personal del sujeto, su propiedad u otros bienes o derechos.

La sanción penal es el mecanismo de control social formal de mayor gravedad que utiliza el Sistema de Justicia para regular la conducta humana y el orden social. Como se anotó, en Costa Rica se ha optado por diferentes tipos: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación. En esta oportunidad nos limitaremos a analizar exclusivamente los límites de la pena de prisión, que hasta ahora ha sido protagonista del sistema por ser el mecanismo más utilizado.

#### **i. La sanción privativa de libertad.**

Consiste precisamente y tal como lo indica su denominación, en privar o limitar la libertad de una persona - concretamente su libertad ambulatoria, de movimiento o circulación - por lo general con su ubicación en un centro penal cerrado o con la ubicación en centros abiertos, pero bajo el control y la observación de autoridades administrativas que vigilan que el sujeto se encuentre trabajando, que rinda reportes periódicos, que se presente a firmar, etc.

". ..refiriendo la cuestión a las meras penas de encierro o reclusión, es un dato que por elemental muchas veces se olvida o se pretiere, que el único bien jurídico sobre el cual deben recaer es la libertad ambulatoria. Su objeto o contenido no es más que la libertad de desplazamiento, que limitan severamente, hasta casi privar de ella por completo al condenado. Fuera de tal aspecto de la libertad, no afectan ni pueden o deben afectar ningún otro derecho del penado, es decir, no se les puede ni debe dar ningún contenido "

**ii. Finalidad.**

Resulta esencial determinar al menos cuál es la finalidad de la pena, sobre todo porque el legislador le encomienda al Juez de Ejecución de la Pena la obligación de controlar "el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad... " (art. 458 Código Procesal Penal).

Si el juzgador debe velar por el cumplimiento de esas finalidades debe conocerse con precisión cuales son las mismas. Esa pareciera que no es tarea fácil. Contrario a la práctica de otros sistemas, en Costa Rica la Constitución Política no hace referencia expresa al punto y solo señala la culpabilidad como principio rector y límite de la responsabilidad penal - que impone un derecho penal de hecho contra el derecho penal de autor que sanciona lo que el sujeto es y no lo que hizo - mas ese postulado no da respuesta al para qué se impone la sanción o cuál objetivo se pretende con la imposición de la pena.

Como se anotó, la pena de prisión impone una restricción directa a la libertad ambulatoria o de movimiento, procurando objetivos concretos. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en su numeral 58 indican:

"El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva proteger a la sociedad contra el crimen. Solo se alcanzará ese fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también sea capaz de hacerlo ".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala en su artículo 10:

"El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados"

En concordancia con la normativa internacional, el Código Penal costarricense, establece:

"Art. 51: La pena de prisión... se cumplirá en los lugares y en la forma que una ley especial determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora ".

Durante años la doctrina penal ha analizado la finalidad de la pena y son muchas las teorías al respecto. Continuar con ese

análisis pareciera que resulta estéril porque discusiones meramente teóricas sobre un tema tan vivo y doloroso, son poco útiles. Por lo tanto nos limitaremos a tratar de descubrir la finalidad de conformidad con nuestro ordenamiento legal y constitucional, con el propósito de definir el fundamento ideológico sobre el que debe administrarse la ejecución de la pena, conforme al principio de legalidad.

La pena privativa de libertad por disposición legal expresa tiene una finalidad "rehabilitadora" que deslegitima la finalidad estricta o exclusivamente retributiva de la sanción y relega ésta a un menor grado. Por su parte el fundamento constitucional da prioridad sobre estos fines -de prevención especial positiva con la rehabilitación y general negativa con la retribución - al principio de humanidad, que impone el respeto a la dignificación de la persona."

**c) Elementos del concepto de Pena.**

**i. Privación o restricción de bienes jurídicos**

[CAFFARENA]<sup>3</sup>

"En principio la pena es un mal: es una privación, total o parcial de bienes jurídicos.

Interesa resaltar esta faceta material, porque existe tendencia a indentificar pena con sanción, y el concepto formal de sanción es más amplio; es la consecuencia jurídica de un determinado presupuesto fáctico. En este sentido, la pena es una sanción, una consecuencia jurídica subsiguiente al hecho culpable.

Pero no es este el concepto que nos interesa, porque, como hemos dicho, por se exclusivamente formal no sería operativo. Hay que buscar, como aconseja CAPELLA, un criterio de distinción material, sociológico. Y materialmente la pena es un mal. Es la misma perspectiva en la que se sitúa KELSEN cuando afirma que el problema de la sanción es más propio de la sociología que del análisis jurídico."

**ii. Impuesta conforme a ley**

[CAFFARENA]<sup>4</sup>

“Es una consecuencia directa del principio de legalidad. Este no exige, no obstante, sólo que la pena venga recogida en textos formalmente calificables de leyes. De ser así, todas las penas reunirían este requisito, ya que el Estado moderno actúa siempre mediante leyes. El significado material del principio de legalidad consiste en la adecuación de la penal a ley, este es, a la voluntad general manifestada por los representantes del pueblo.

En este sentido se dice que la pena debe de ser popular. No sólo la incriminación de las conductas delictivas debe de responder al sentimiento de la comunidad. También el quantum y el quale de ésta deben estar idénticamente sustentados, pues sólo así la pena puede ser contemplada como instrumento de justicia y cumplir una función educadora.

Todas las penas, incluso las pecuniarias, que afectan al bien jurídico propiedad pero que pueden transformarse en privativas de libertad en virtud del criticable mecanismo descrito en el artículo 91 del Código, condicionan el desarrollo de derechos fundamentales, y, por exigirlo el artículo 81 de la Constitución, su creación y definición ha de hacerse mediante ley orgánica.”

**iii. Impuesta por los órganos jurisdiccionales**

“La restricción de bienes jurídicos en que la pena consiste es acordada por los órganos jurisdiccionales competentes, y la jurisdicción es una faceta de la soberanía exclusiva del Estado.

Queda, pues, excluida la venganza privada. No podemos pasar a un examen más detallado de las fases iniciales de la historia de la pena, pero sí ha de recordarse que en los primeros pasos de la evolución jurídica se le atribuye el carácter de venganza, en estrecha vinculación con ideas de raigambre religiosa. En el Derecho penal interno la sippe tiene el derecho a expulsar a sus

miembros indignos mediante la pérdida de la paz o Friedlosigkeit. En Derecho penal externo, el que rompe la paz sobre un miembro de la sippe, se convierte en enemigo de él y de aquélla. Y ésta se venga.

En términos reales, no cabe otra forma de actuación cuando no existen ni Estado ni Derecho público. La carencia de un sujeto de Derecho público, preeminente jurídicamente, determina que los problemas penales se solventen entre sujetos jurídicamente iguales mediante los procedimientos de la venganza o de la composición."

**d) El objetivo de la pena en sus diversos niveles de fijación**

[CRUZ]<sup>5</sup>

"Para afrontar el problema de la libertad vigilada, es indispensable tener presentes los objetivos por los que el Estado, por medio de sus tres poderes ha llegado a la aplicación de la pena, en virtud de que la finalidad rehabilitadora o resocializadora ha pretendido totalizar su existencia. Además de ese objetivo, surgen otros no menos importantes que no podemos soslayar, sin perder de vista que "si una ciencia penal no se dirige a la prevención podrá ser una interesante divagación académica, o un apasionante bordado dogmático, pero carecerá de valor humano y social".

Tres han sido los objetivos que se le han señalado a la pena: la intimidación o prevención general; la retribución; y, la rehabilitación o prevención especial.

Dependiendo del nivel de fijación, que va de lo general a lo particular, adquirirán mayor o menor importancia cada uno de esos objetivos. En efecto, en una primera fase de determinación de la pena, denominada por la doctrina fase legal o legislativa, le corresponde al legislador establecer los hechos que deberán considerarse delictivos, guiado con un propósito fundamental: desestimular la realización de esa conducta, intimidar a la ciudadanía, en fin, prevenir la repetición del hecho (prevención general) para lo cual también el legislador contribuye a fijar la pena, al señalar el tipo o los tipos de sanción aplicables para esa conducta, y los límites (intensidad) mínimos y máximos a los

que podrá recurrirse. En este último sentido observamos, también, que el legislador toma en cuenta el aspecto retributivo, cual parámetro de escogencia del tipo y de la intensidad de la pena, según la gravedad del hecho.

En un segundo nivel opera el Juez (fase judicial) al fijarle al sujeto, por el delito cometido, la clase y la intensidad concreta de la pena que deberá descontar por el hecho cometido. La mayoría de las legislaciones hacen una referencia tanto a los aspectos objetivos cuanto a los subjetivos para su aplicación, de lo cual no se separa la costarricense (art. 71 del C.P.). Mediante esa exigencia se pretende que el juzgador tome en cuenta por un lado la gravedad de los hechos, la intensidad de la lesión al bien jurídico tutelado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar; y, por otro, la personalidad del sujeto, los motivos que lo indujeron al delito, e incluso el estudio de la víctima en la medida en que hubiere contribuido a su producción. El propósito ha sido el de personalizar la pena, sea, adecuarla a las necesidades personales del sujeto activo y al desvalor de su conducta. Todo ello supone la práctica de un exhaustivo estudio sociopsicológico sobre la personalidad del imputado durante el proceso, pero por dificultades que escapan a nuestros propósitos, tal pericia casi nunca se practica, máxime que el proceso está especialmente estructurado para "la averiguación de la verdad real", sea para la determinación del hecho imputado, sus circunstancias eximentes o agravantes, así como sus consecuencias civiles, lo que reduce el sistema a que el Juez tome en cuenta básicamente la gravedad del hecho y la intensidad de la culpabilidad, sobresaliendo, entonces, el aspecto retributivo de la pena como primera finalidad.

Por último, en la fase administrativa, que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se llega a concretar aún más la sanción, cuando el sujeto, una vez condenado, es puesto a la orden de los funcionarios administrativos encargados de la ejecución penal. Se individualiza aún más la sanción porque la fase ejecutoria parte de un estudio del recluso (diagnóstico criminológico) realizado por un cuerpo multidisciplinario, con el propósito de ubicarlo en una de las instituciones del sistema penitenciario, y dentro de ellas, en una de las etapas del Sistema Penitenciario Progresivo.

El Juez fija en concreto la pena, dentro de los límites que ya ha establecido el legislador, pero esa fijación se hace en forma genérica, porque la verdadera modalidad de ejecución la establecerá el personal penitenciario. El objetivo fundamental de esta fase, evidentemente, es la resocialización o rehabilitación del condenado (art. 51 C.P.).

Observando esos distintos niveles de fijación de la pena, así como



sus objetivos fundamentales, podemos inicialmente concluir que no es posible totalizar la función rehabilitadora, puesto que ahí donde el sujeto no necesite ser "inhabilitado" o resocializado, entra en juego también la función retributiva y la intimidación va. Desde ese punto de vista no es posible aplicar automáticamente la libertad vigilada en todos los casos en que no se encuentre alguna función práctica a la finalidad resocializadora, porque el sujeto no necesite tratamiento; rigen aquí las otras funciones señaladas a la pena."

**e) La pena como "restitutio" de ser.**

[CARNELUTTI]<sup>6</sup>

"Asignar a la ciencia la investigación de las vías a través de las cuales la pena, de *málum* se convierte en *bonum passionis*, significa elevar la dignidad del derecho y sobre todo la dignidad del derecho y del proceso penal.

Se ha dicho que el cometido del derecho está todo él en el *suum claque tribuere*; pero esta fórmula se entiende corrientemente en el sentido del haber, no en el sentido del ser. Ahora bien, la ciencia del derecho nos enseña que esta limitación es equivocada por no decir *supersticiosa*; el derecho sirve, o al menos tiende no sólo a dar a cada uno lo- que» no tiene pero debe tener, sino a hacerlo ser lo que no es pero debe ser. Es, en efecto, un enriquecimiento del ser del individuo, incluso el verdadero y único enriquecimiento de su ser, el acrecentamiento de su capacidad de amar.

Esto quiere decir, sin vacilación, que en el derecho penal se debe reconocer la zona más alta del derecho; más alta y, naturalmente, más inaccesible: la zona de la roca, de la pared a pico, de los ventisqueros y de los glaciares. No hay que asombrarse si la ciencia del derecho penal, en cada uno de sus sectores, sustancial y procesal, se encuentra en retardo respecto de la del derecho civil; cuanto más alto se sube, más difícil es la escalada. Sólo podría sorprender que, al menos, tanto en el terreno de la teoría como en el terreno de la práctica, la superioridad del derecho y del proceso penal no se reconozca; pero la sorpresa se diluye al reflexionar que, desgraciadamente, los hombres prestan mucha mayor

atención al haber que al ser.

De todas maneras, si yo me he decidido, no obstante la fatiga, que crece con los años, a escribir este libro, es precisamente para que mi última palabra ayude a la revaluación del derecho y, sobre todo, del proceso penal y ayude a aquellos que operan en él, jueces, acusadores o defensores, a tener conciencia de la gran dificultad y de la alta nobleza de su oficio.

### **i. Pena y retribución.**

Lo que he dicho es suficiente, en el terreno del derecho, para que el lector se forme una idea justa del castigo, que es la función específica del proceso penal: para que, sobre todo, comience a comprender que esta forma o exigencia de poner orden en la sociedad, que es la función genérica del derecho, es la que ocupa un punto más alto.

Otras cosas habría que decir, y en parte han sido dichas por mí, para profundizar la investigación sobre el proceso, en virtud del cual se cumple aquella atribución de ser a quien es castigado, en que se resuelve la función retributiva de la pena: en particular al arrepentimiento, que es su fase culminante, y a su virtud de eliminar la culpa no sólo del futuro sino también del pasado, o sea de la realidad entera. Pero ésta profundización, que transfiere el discurso a un terreno diverso del terreno del derecho, no es necesaria a los fines que este libro se propone; y yo debo tratar de hacer lo menos ardua posible la vía sobre la cual querría que procediese el pensamiento jurídico italiano.

Es solamente necesario insistir sobre el punto de que el concepto del castigo aquí construido no abandona en absoluto la intuición de la función retributiva de la pena, de la cual representa, en cambio, el desarrollo y la verificación. Si en el pasado, durante la atormentada maduración de mis ideas sobre este tema, he aceptado la antítesis entre la función retributiva y la que se llamó la función original de la pena, éste ha sido un error que debo corregir. Más bien que de función medicinal o, como se acostumbra hoy, enmendativa de la pena, he hablado de redención; pero, aunque la palabra tenga, en comparación con enmienda y con reeducación, un mayor valor emotivo, no he comprendido que redención y retribución expresen dos aspectos de la misma idea. Lo que me había escapado es que el derecho opera siempre atribuyendo a cada uno lo suyo; y que la retribución es una forma de atribución. La sinrazón de aquellos que oponen la retribución a la

redención está, precisamente, en no haber realizado la investigación sobre lo que se retribuye al culpable; en palabras sencillas, ¿con qué moneda es pagado éste?. Según la fórmula de Grocio, se lo retribuye con un mal en proporción al que él ha ocasionado; pero su formidable error ha sido confundir el mal con el dolor. La verdad es, precisamente, que se le paga en moneda de dolor. El aspecto en orden al cual ha fallado hasta ahora la investigación dirigida al conocimiento de la pena, es el que se refiere a la eficacia del dolor; o, más específicamente, a la relación entre el dolor y el amor y entre el amor y el ser. Lo que no se ha comprendido es que en tanto la pena retribuye en cuanto atribuye al culpable el suum, lo que él debe ser y no es, a través del dolor.

Y sin este desarrollo del concepto de retribución, no se podría reconocer al castigo el fin de restaurar el orden perturbado por el delito: una restitutio que no puede ocurrir si no se elimina la causa del delito; pero ¿qué es tal causa sino la deficiencia de ser del reo? El médico no opera para eliminar los síntomas, sino las causas de la enfermedad. La restauración del orden exige, en términos figurados, que se mate el bacilo del delito, o sea la enemistad, o sea el desamor; pero este resultado no se obtiene si el reo no llega a ser distinto de lo que es.

#### **ii. Ser y deber ser de la pena.**

Lo que se ha dicho hasta ahora nos muestra la pena como es, no como existe; o, según los términos corrientes, no como es, sino como debe ser. Ahora bien, precisamente en razón de la altura suprema de la función penal, son gravísimas las dificultades que se oponen a que la misma sea como debería ser."

#### **f) El sistema procesal penal y su función garantizadora de los derechos humanos**

[CHINCHILLA]<sup>7</sup>

### **i. Conceptualizaciones necesarias**

"Previo a hacer referencia al papel garantizador de los derechos humanos que debe cumplir el sistema procesal penal dentro de una sociedad, es conveniente señalar brevemente qué ha de entenderse por "sistema penal", "derechos humanos", "derechos fundamentales" y "garantías".

El concepto de "sistema de justicia penal" alude a un todo coherente, es decir, al resultado de la unión e interrelación de cada uno de sus componentes. Tanto terminológica como funcionalmente revela el ejercicio de todo el poder estatal que es:

"...concatenado y sistematizado con la finalidad de lograr las metas que exige nuestra constitución política y las cartas fundamentales de derechos humanos, suscritas por Costa Rica, en lo referente al campo de los delitos, su prevención y su castigo."

En esa actividad los poderes constitucionales tradicionales intervienen como integrantes de los diferentes subsistemas. De ese modo, el legislador (también denominado agencia o subsistema legislativo) figura esencialmente como creador de leyes, tipificador de conductas contravencionales y delictivas y de su sanción, determina la forma de su ejecución y confecciona las leyes de policía; el poder judicial (subsistema judicial) es el que juzga los hechos acusados y ofrece la solución del caso y el ejecutivo (agencia policial y penitenciaria) actúa como director de los cuerpos policiales administrativos (que, junto a los judiciales, investigan y persiguen, respectivamente, las contravenciones y delitos) y como encargado de la ejecución de los fallos jurisdiccionales.

Se aprecia, entonces, cómo dentro del engranaje descrito el proceso penal es apenas un instrumento del subsistema judicial para el juzgamiento de personas a quienes se atribuye un comportamiento ilícito. En esa tónica la función de juzgar que con él ejerce el Estado a través del juez o la jueza no se agota en el análisis de la tipicidad, la antijuridicidad de la conducta, la culpabilidad y no exigibilidad de otro proceder de la persona acusada, o en su punibilidad sino, también, en el cumplimiento de una serie de pautas o procedimientos que, se asume, son respetuosos de los derechos humanos de los/as involucrados/as, pudiendo el órgano jurisdiccional arribar a una decisión legalmente válida sobre la existencia o no de la responsabilidad del/ de la acusado/a en los hechos imputados.

Como sinónimo de "derechos humanos", suelen utilizarse con regularidad expresiones como "derechos del hombre," "derechos de

la persona humana", "derechos individuales/" derechos naturales del hombre" o "derechos fundamentales del hombre," destacando por ahora que, independientemente de la propiedad del uso de unas u otras expresiones (muchas de las cuales contienen evidentes elementos androcéntricos), lo trascendental es que todas hacen alusión a la universalidad e igualdad de tales derechos, dado que se reconocen para todas y cada una de las personas, siendo su fuente la dignidad inherente de ellas tanto en su realidad existencial única como en relación con los demás."

**g) La determinación pena hegeliana como terapia moral**

[BETEGON]<sup>8</sup>

"En este sentido, no sólo la letra de lo antes transcrito sino, también, la propia concepción de Hegel del tránsito del derecho a la moralidad como resultado de la terapia restauradora que opera el castigo , ha estado en el origen de influyentes interpretaciones de su filosofía penal que ven en ésta una teoría que apunta hacia la educación moral del culpable y que otorgaría sentido a la afirmación de que el castigo es algo a lo que el culpable tiene derecho. A este respecto, el trabajo más sobresaliente es el clásico de McTaggart, que aparece en 1895 y donde se defiende una interpretación, descrita en términos pedagógicos o cuasiteológicos, que puede ser resumida de la siguiente manera:

a) En primer lugar, McTaggart trata de individualizar la versión hegeliana del castigo respecto de la idea retribucionista que preside la teoría kantiana; en concreto, la diferencia fundamental frente a las llamadas «teorías vindicativas»<sup>1</sup> de la pena radicaría, según este autor, en la contraposición de los conceptos de mérito y necesidad. De acuerdo con ello, no se trataría ya de justificar la acción represiva porque el autor del ilícito así lo merezca en su condición de culpable, sino que habría de ser castigado porque su rehabilitación moral lo exige necesariamente; se pone así el acento en el hecho de que el culpable, que es un sujeto que con su conducta ha destruido los lazos que le estrechaban al resto de la comunidad, se halla en deuda moral con ésta, le debe una reparación cuya única vía de satisfacción se encuentra en la sumisión al castigo impuesto.

Por tanto, la situación de inferioridad en que se halla el autor de la ofensa es de carácter moral y ello explica –en una interpretación dudosamente «retribucionista» de McTaggart– que en Hegel la pena haya de concebirse como un remedio apto para favorecer el reingreso de aquel sujeto a la sociedad; no se trata ya de una situación de débito establecida intersubjetivamente, entre el autor del delito y su víctima, ni que, por tanto, el primero se halle en la obligación de reparar materialmente a la segunda, sino que lo requerido es la normalización de la vida social. Para ello resulta del todo necesario que quien ha vulnerado el derecho ajeno asuma libre y voluntariamente el castigo adecuado, con el fin de que el sufrimiento que éste conlleva surta un efecto expiatorio con el que pueda reconocer lo injusto de su conducta –su arrepentimiento, en definitiva– y llegue así a la reconciliación y a la renovación de los interrumpidos vínculos con el cuerpo social .

b) El núcleo de la teoría hegeliana, ya descrito, debe completarse, siempre según McTaggart, con la presencia de ciertos requisitos subjetivos por parte de quien soporta los efectos del castigo, necesarios al fin del arrepentimiento. Literalmente, éste sólo será posible si aquel que ha infringido el derecho ajeno «reconoce a la autoridad que impone el castigo como aquella que encarna la ley moral y que tiene derecho a hacerla valer»; caso de no ocurrir así, es decir que, o bien la regla en aplicación de la cual se impone el castigo sea considerada moralmente inaceptable por el sujeto pasivo o que la autoridad punitiva carezca, siempre según el juicio del propio culpable, de legitimación suficiente para hacer valer la ley moral, el sufrimiento que sobrevenga será contemplado como fundamentalmente injusto y, por consiguiente, el objetivo del arrepentimiento se verá frustrado; ante esta situación, al reo de castigo le cabe una doble posibilidad de comportamiento externo: no cambiar de actitud y seguir obrando de acuerdo con el dictado de las mismas convicciones que le condujeron a la comisión del ilícito, en cuyo caso asumirá para sí mismo la condición de mártir, o plegarse sólo externamente al deseado objetivo de su rehabilitación moral, en cuyo caso parece no haber obstáculo para que se califique su «arrepentimiento», de acuerdo con el autor, de simple cobardía.

c) Por último, para cerrar esta apretada síntesis del enfoque que McTaggart ofrece de la versión hegeliana del castigo, me detengo en una crítica que el propio autor introduce al final de su trabajo y que parece ser la conclusión insalvable de la argumentación descrita: McTaggart cree que las condiciones exigidas para la realización plena del castigo así concebido no encuentran acomodo en el sistema jurídico; el error de Hegel

radicaría, así, en haber intentado transvasar al Estado, y a la experiencia jurídica, una teoría del castigo más propia de una esfera pedagógica o teológica."

#### **h) Clasificación de las penas en el Código Penal**

[MOLINA]<sup>9</sup>

"Las penas pueden clasificarse en el nuevo Código Penal conforme a tres criterios distintos: a) Dependiendo de si son impuestas directamente por la Ley o si acompañan a otras; b) de acuerdo al bien jurídico que limitan o restringen; y c) por su gravedad.

#### **i. Penas principales y penas accesorias**

Las penas principales son aquellas que la Ley impone como consecuencia de la realización del delito, es decir, las que son impuestas directamente para el Tipo en concreto. Son penas accesorias aquellas que acompañan a otras principales o a determinados delitos.

#### **ii. Por el bien jurídico afectado**

Las penas que pueden imponerse son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa (art. 32).

Las penas privativas de libertad pueden consistir en prisión, arresto fin de semana y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35).

Las penas privativas de otros derechos se relacionan en el artículo 39. Son penas privativas de derechos: La inhabilitación absoluta; la inhabilitación especial para empleo o cargo público, la inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo, la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, la tutela, la curatela, la



guarda o el acogimiento; la suspensión de empleo o cargo público; la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; la privación del derecho a la tenencia y porte de armas; la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; y, por último, los trabajos en beneficio de la comunidad.

La multa, sanción de contenido pecuniario, admite en el nuevo CP dos modalidades; el día multa y la multa proporcional."

### **iii. Por su gravedad**

Las infracciones penales se dividen según el artículo 13 en delitos graves, si están castigadas con penas graves, delitos menos graves, si están castigadas con penas menos graves, y faltas si están castigadas con penas leves. A su vez el artículo 33 nos señala qué penas son graves, qué penas se consideran menos graves y cuáles son las leves.

Son penas graves: La inhabilitación absoluta, sea cual sea su duración; la prisión, las inhabilitaciones especiales, la suspensión de empleo o cargo público y la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, cuando sean superiores a tres años; y, la privación del derecho a conducir o a la tenencia y porte de armas, si son superiores a seis años (art. 33.2).

Son penas menos graves: La prisión, las inhabilitaciones especiales y la suspensión inferiores a tres años; la privación del derecho a residir o a acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años; la privación del derecho a conducir o a la tenencia y porte de armas por tiempo de un año y un día a seis años; la multa proporcional; la multa superior a dos meses; el arresto de siete a veinticuatro fines de semana; y, los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas (art. 33.3).

Son penas leves: La privación del derecho a conducir o a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año; la multa de cinco días a dos meses; el arresto de uno a seis fines de semana; y los trabajos en beneficio de la comunidad de dieciséis a noventa y seis horas (art. 33.4).

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá carácter menos grave o leve dependiendo del carácter de la multa a la que sustituya (art. 33.5). Por ello, la responsabilidad



personal subsidiaria por impago de una multa proporcional tendrá siempre el carácter de menos grave, también tendrá ese carácter la responsabilidad personal subsidiaria a una multa superior a dos meses, mientras que la responsabilidad personal subsidiaria a una multa de cinco días a dos meses, tendrá el carácter de leve.

La consideración de la pena ya impuesta por el Tribunal (pena concreta o exacta) como grave, menos grave, o leve tiene trascendencia en materia de prescripción de la pena y de cancelación de antecedentes penales. La pena abstractamente considerada, es decir, la pena con la que la Ley castiga ese delito, nos es útil para fijar el procedimiento a seguir en el enjuiciamiento del mismo."

***i) Merecimiento y necesidad de la pena.***

[CAFFARENA]<sup>10</sup>

"La doctrina alemana, con ciertas matizaciones, se ha inclinado por justificar la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad haciendo uso de una clásica diferenciación entre merecimiento de la pena y necesidad de la pena. Stratenwerth, uno de sus defensores, entiende que la conducta culpable del autor implica una condición ciertamente necesaria, pero no suficiente para el nacimiento de la pretensión punitivo-estatal. La distinción introducida entre la valoración del injusto y la efectiva imposición de la pena refiriendo la culpabilidad sólo al primero de los momentos valorativos no significa para este autor la lesión del principio de culpabilidad, aportando en este mismo sentido una cita de Mayer y otra de Welzel, como dos de los autores más significativos de entre quienes defendieron la culpabilidad como principio de garantía. Para el primero la pena justa sólo estará realmente justificada cuando es, al mismo tiempo, exigida por una necesidad estatal. Y, asimismo, Welzel también apunta que «El Estado ni puede ni está capacitado para establecer la Justicia en la Historia de la Humanidad. Cuando castiga tiene que hacerlo justamente, si castiga (o no) ello depende de que la pena sea necesaria para el mantenimiento del Orden Jurídico». Las citas, sin embargo, no responden necesariamente a la pretensión de Stratenwerth de justificar un

juicio autónomo e independiente del juicio de culpabilidad sobre la «necesidad estatal» o «el orden jurídico», sino sólo a la exigencia de que ésta habrá de hacerse antes de la imposición de la pena. Tampoco dicen nada sobre la ubicación sistemática de ese otro juicio. Pero antes de entrar en la valoración crítica de los conceptos merecimiento y necesidad de pena detengámonos en su contenido, bien entendido que aun partiendo de esta misma diferenciación se producen posiciones notablemente distintas a la hora de fijar la función de ambos juicios en la estructura del delito.

Merecimiento de la pena. La pena criminal independientemente de los aspectos preventivos, contiene también un juicio de desvalor ético-social. Su ejecución significa una agresión a los derechos fundamentales del penado y por esta razón sólo se encuentra justificada cuando se trata de una reacción inevitable para garantizar la paz jurídica. Merecedora de pena es sólo aquella conducta que merece la desaprobación ético-social por su capacidad para poner en peligro o dañar gravemente las relaciones sociales dentro de la comunidad jurídica. La gravedad del juicio ético-social depende no sólo de la conducta de lesión o puesta en peligro, sino también de la propia naturaleza del bien jurídico. Y así cuanto mayor sea el rango de un determinado bien jurídico de acuerdo con el orden valorativo, mayor será el merecimiento de pena de quien lo ha lesionado o puesto en peligro; por el contrario, a menor importancia de un bien jurídico menor será también el merecimiento de pena desde la perspectiva del desvalor social. En consecuencia, en la determinación del juicio de merecimiento de pena no sólo ha de tomarse en cuenta el desvalor de la acción y del resultado de una determinada conducta, sino también la naturaleza del bien jurídico.

Necesidad de la pena. Con este juicio se determina que la pena es el medio irrenunciable para proteger la sociedad frente a lesiones o amenazas a bienes jurídicos dignos de protección penal y para preservar el orden jurídico. Se trata de separar el merecimiento de la pena de las necesidades político-criminales. Mientras que aquél se determina esencialmente a partir de la valoración del daño social de una conducta, la necesidad de la pena toma en consideración sobre todo los fines de la pena estatal. Según Otto, este momento final de la necesidad de pena puede ser contrario al juicio de merecimiento de la misma cuando pueden emplearse otros medios de intervención menos graves que producirían un resultado igual o más satisfactorio, cuando haya seguridad de alcanzar los fines de la pena sin necesidad de acudir a la sanción penal, por ejemplo, mediante la incorporación del autor a la legalidad entonces falta la necesidad de la pena y, finalmente, tampoco

habrá necesidad de la cuando no exista ninguna posibilidad real de prevenir o corregir las lesiones de la vida social."

## **2 JURISPRUDENCIA**

### **a) Determinación de los bienes jurídicos tutelables**

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>11</sup>

525-93

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres.

Consulta Judicial No 1531-C-90 del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, sobre el artículo 328 del Código Penal.

RESULTANDO

1) El Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, formula consulta acerca de la eventual inconstitucionalidad del artículo 328 del Código Penal, por las razones siguientes:

"...Impone al infractor la obligación de permanecer en el lugar en el que se produjo un accidente, con el fin de que pueda ser identificado e impidiendo que pueda ejercer su derecho de defensa en toda su extensión. Esta tipicidad lesiona el principio que permite al imputado no colaborar de ninguna forma en la investigación de un hecho que se le atribuye...En segundo término,

el bien jurídico tutelado de acuerdo con la ubicación sistemática de la norma penal se refiere a la Administración de justicia, evidenciándose una contradicción esencial entre las garantías individuales de carácter constitucional y la eficacia de la administración de justicia que pretende tutelar el tipo penal que objetamos..." -folio 1-.

2) La Sala confiere audiencia por quince días a la Procuraduría General de la República, el 8 de octubre de 1990 -folio 8-.

3) Se tiene por apersonado a John Luis Monge Vargas, actor civil en el proceso por lesiones culposas y otros contra Marco Aurelio Núñez Cañas, pendiente ante el Tribunal Superior consultante -folios 6 y 8-.

4) Contestación del Procurador General Adjunto:

A. "Es criterio de esta Procuraduría que el artículo 328 del Código Penal contraviene el numeral 39 de la Constitución Política, toda vez que limita la extensión del principio de inocencia ..." -folio 14-, un estado jurídico del imputado "que debe ser desvirtuado por el Estado, a través de los órganos respectivos (Ministerio Público) y decidido por los Tribunales competentes (...) Nótese que si bien el delincuente es un transgresor del ordenamiento jurídico, el derecho no puede obligarlo (...) a que colabore con la averiguación de las circunstancias que lo rodean ( y a ) permanecer en el lugar de los hechos. En otras palabras, al asumir el Estado el monopolio de la imposición de penas y medidas de seguridad, se obliga a determinar y demostrar la participación dolosa o culposa del sujeto que, según las verificaciones que lleve a cabo, aparezca como presunto responsable de un ilícito penal-f. 13 frente y vuelto-.

B. El artículo de dudosa constitucionalidad "forma parte del título XIV (Delitos contra la Administración de Justicia) del Código Penal, específicamente en la sección correspondiente a la evasión y quebrantamiento de pena. Curiosamente, los ilícitos de esta sección, presuponen, en mayor o menos medida, la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional que haya establecido una pena o inhabilitación, mientras que el artículo 328 se aparta de esta línea para tipificar una conducta que es previa a cualquier pronunciamiento de los tribunales competentes en materia penal..."

-f.13-.

Redacta el Magistrado Castro Bolaños, y;

CONSIDERANDO

PRIMERO: La precisa y circunstanciada relación del Procurador General Adjunto se refiere en primer término a la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia sobre un aspecto de suma importancia, pero de innecesario pronunciamiento para la presente consulta de constitucionalidad: La mayoría de esa Sala, señala la Procuraduría, considera que "el artículo 328 del Código Penal está tácitamente derogado por la entrada en vigencia de la Ley de Tránsito ( Ley N. 5322 de 27 de agosto de 1973 y Ley N. 5930 de 13 de setiembre de 1976) " -folio 10 vuelto-, de manera que "la aplicación jurisprudencial del artículo en comentario constituiría un quebranto al numeral 129 de la Constitución Política que regula la vigencia normativa y señala las causas de su extinción. Se violentaría además, el principio de legalidad instituido en el (artículo 39) constitucional ..." -folio 11-. Para dilucidar la constitucionalidad del artículo 328 del Código Penal no es necesario pronunciarse sobre la derogatoria o la vigencia de dicho artículo, lo que, como se dijo ya fue decidido por la Sala III (ver la sentencia de las 15 horas 55 minutos del 5 de setiembre de 1984).

SEGUNDO: La Corte Plena, en sesión extraordinaria celebrada a las 14 horas del 20 de octubre de 1977, declaró sin lugar un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 328 del Código Penal. A juicio de la mayoría, "la circunstancia prevista en el artículo 328 del Código Penal, que obliga a la persona que ha tenido parte en un accidente de tránsito a dar cuenta inmediata del hecho a la autoridad, cuando se hubiere alejado del lugar por razones atendibles o a permanecer allí para no sustraerse a su identificación o eludir las comprobaciones necesarias, no infringe el artículo 36 de la Constitución Política, pues el citado artículo 328 no constriñe al partícipe del accidente a decir la verdad de lo ocurrido, si alguna culpa le correspondiere en el suceso. Si lo obligara a autodenunciarse o autoincriminarse, la inconstitucionalidad sería ostensible; pero realmente no es así, pues esa persona puede relatar el hecho de la forma que más convenga a su interés, en procura de su impunidad, y puede también, desde ese momento, estar preparando su defensa." El voto

minoritario de ocho magistrados estimó que el artículo 36 constitucional es una de más importantes conquistas del siglo XVIII concretadas en la Declaración de los Derechos del Hombre, y que es infringido por la norma impugnada cuyo objeto es "compeler a la persona que se vea envuelta en un delito de tránsito a autodenunciarse, pues la simple presencia de ella en el sitio del suceso la está ya señalando como comprometida penalmente, aún sin necesidad de que hable, en tanto que sujetos que cometen delitos de mayor gravedad, como homicidios...calificados, violaciones agravadas, asaltos a mano armada, actos de terrorismo, etc, tienen el derecho de autoencubrirse huyendo del lugar de los hechos, sin que por ello incurran en otro delito adicional."

TERCERO: El artículo 328 del Código Penal dispone: "El que, después de un accidente de tránsito en el que ha tenido parte y del que hayan resultado lesiones o muerte, se alejare del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias, o el que habiéndose alejado por razones atendibles, omitiere después dar cuenta inmediatamente a la autoridad, será reprimido con prisión de seis meses a dos años." En efecto, se tipifica aquí la falta de colaboración del imputado en la averiguación de la verdad, lo que es incompatible con un proceso penal acusatorio, en perjuicio de la "necesaria demostración de culpabilidad" exigida por el artículo 39 de la Constitución Política; por otro lado, hay falta de razonabilidad legislativa pues esa colaboración no se le exige al autor de toda una serie de delitos contra la vida, contra la libertad sexual, contra la libertad...conductas aún más graves por la naturaleza del bien jurídico tutelado. Lleva razón la Procuraduría General de la República al estimar infringido el principio de inocencia : es tarea del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, y de los órganos jurisdiccionales el fallar conforme a derecho al cabo de un debido proceso sin que el encartado deba colaborar en el descubrimiento de la verdad de los hechos.

CUARTO: Por lo demás, el tipo que nos ocupa forma parte del título XIV del Código Penal : Delitos contra la Administración de justicia. Está colocado entonces, arbitrariamente, junto al falso testimonio y soborno de testigos, la denuncia y querrela calumniosa, la receptación , el favorecimiento real, la evasión y el quebrantamiento de pena...El bien jurídico protegido por el artículo 328 está arbitrariamente asimilado al que tutelan otras figuras delictivas que forman parte del mismo título del Código Penal; la asimilación del primero a las segundas no es afortunada

y lleva a absurdas consecuencias: por ejemplo, el autor de un homicidio calificado que se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias es penado conforme al artículo 112 del Código Penal; sin embargo, si de un accidente de tránsito resulta la muerte de una persona y uno de los partícipes en el mismo se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias, puede ser penado por homicidio culposo y abandono del lugar del accidente, como si el abandono fuera más grave en esta última hipótesis que en la primera (el homicidio calificado).

QUINTO: Un último orden de consideraciones es referente al bien jurídico tutelado por el artículo 328 del Código Penal. No podemos partir de la ubicación de este tipo en el título XIV, lo cual sería ilegítimo, según se expresó en el considerando cuarto anterior. Si indagáramos el bien jurídico garantizado, a partir del texto del artículo 328, encontraríamos que no es, como aparenta, una defensa de la integridad corporal y de la vida. En efecto, uno de los elementos del tipo es que del accidente de tránsito hubieran resultado "lesiones o muerte"; de no haberlas, luego, la conducta no sería delictiva. En realidad se trata, inconstitucionalmente, de una descripción de conducta, de un tipo en sentido objetivo, sin bien jurídico inherente, pues la integridad corporal y la vida son tuteladas por el numeral 142 del Código Penal. Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -art. 28- se impone un límite al denominado *ius puniendi*, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero.

POR TANTO

Se evacúa la consulta judicial en el sentido de que es inconstitucional y en consecuencia se anula el artículo 328 del Código Penal. Esta sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de vigencia de la norma. Quienes descontaren pena en su virtud deberán ser puestos en libertad. Notifíquese.



**b) Determinación de las penas esta a cargo del Estado**

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>12</sup>

Exp.No.0227-M-92 No.7007-94

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas veintisiete minutos del dos de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Eduardo Augusto Jarquín Rodríguez, mayor, soltero, estudiante, vecino de Barrio Luján, con cédula 1-657-996, contra el artículo 321 del Código Penal, por considerarlo contrario a los artículos 39 y 41 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Resultando:

1.- Alega el accionante que se dictó auto de procesamiento en su contra por el delito de receptación, tipificado y sancionado en el artículo 321 del Código Penal. Considera que este artículo es inconstitucional porque impone dos sanciones, pena de prisión y multa, para un mismo hecho punible, lo que contraviene el principio de non bis in idem, violentando además el contenido de los artículos 39 y 41 constitucionales. Además considera violadas las disposiciones de los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.- El Fiscal General de la República contesta la audiencia conferida diciendo que el establecimiento de las penas conjuntas compete no a cuerpos normativos garantistas, como la Constitución y el Pacto de San José, sino a aquellos que sean expresión de la política que en materia criminal siga el Estado, como el Código Penal. Las penas conjuntas son establecidas por el legislador cuando considera insuficiente para los fines tuteladores del Derecho Penal una sola de las penas. No se trata de una sanción doble, sino de una sanción mixta. Y consecuentemente considera que no es inconstitucional el artículo 321 del Código Penal.

3.- La Procuraduría General de la República contesta la audiencia diciendo que si bien la norma cuestionada reprime con dos penas -prisión y multa- independientes entre sí, además de la



responsabilidad de tipo civil que se demuestre, al cometer el delito de receptación, tales penas, por ser principales, pueden ser impuestas como pena única, en forma alternativa o bien en forma conjunta, como en este caso. Agrega que ese concurso de penas no resulta violatorio de los principios contenidos en los artículos 39 y 41 constitucionales. Dice que el *ius puniendi* es un concepto amplio y el legislador está facultado para regularlo de conformidad con la justicia y las conveniencia propias en cuanto a la protección de sus componentes, siempre y cuando no violente lo dispuesto en la Constitución Política y, en el presente caso, no existe transgresión a precepto constitucional alguno. Añade que la aplicación conjunta de dos penas para un mismo delito es un aspecto aceptado jurídica y doctrinalmente y que no genera ningún problema de constitucionalidad. Aún cuando no ha sido alegada por parte del accionante, la Procuraduría considera que la Sala debe examinar la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del citado artículo 321 del Código Penal, pues dicha norma autoriza al Juez para aplicar una medida de seguridad, por la calidad del autor del ilícito, a saber, que se le considere un delincuente profesional por haber hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir. Para imponer tal medida, de acuerdo con el contenido de dicha norma, no interesa en absoluto el hecho, sino la condición personal del autor. Considera que esta norma es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad consagrado en el artículo 33 y el principio de culpabilidad, del artículo 39, ambos de la Constitución Política.

4.- Los edictos respectivos fueron publicados en los boletines judiciales número 68, 69 y 70 del siete, ocho y nueve de abril de mil novecientos noventa y dos, respectivamente. La vista se celebró el día .... y asistieron ...

5.- En el procedimiento se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Mora Mora; y,

Considerando:

I.- De conformidad con lo que establece el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es necesario, para interponer la acción de inconstitucionalidad, que exista un asunto pendiente de resolver en que se haya invocado esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. El accionante cuestiona únicamente el párrafo primero del artículo 321 del Código Penal, en cuanto a la imposición de

una doble sanción por el delito de receptación. El representante de la Procuraduría General de la República solicita que la Sala examine, de oficio, una posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del dicho artículo, en cuanto aplica una medida de seguridad a quién considere que ejerce la receptación de manera profesional. Por no estarse ante el caso previsto en el párrafo tercero del artículo 75 de esta jurisdicción, en que es la Procuraduría quien interpone la acción y siendo que una eventual declaratoria de inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 321 del Código Penal, en nada afecta o beneficia al accionante Jarquín Rodríguez por no considerar la Sala que haya conexidad entre ambos cuestionamientos, no existe razón para que esta Sala examine el asunto. Todo esto sin perjuicio de que la Procuraduría, si es su interés, plantee la respectiva acción.

II.- Procede ahora analizar cada una de las violaciones constitucionales alegadas por el accionante. En primer término, dice que el párrafo primero del artículo 321, al establecer que se aplica pena de prisión y de multa por el delito de receptación, viola el principio del debido proceso contemplado en el artículo 39 de la Constitución. Esta Sala ha definido en reiterada jurisprudencia, los elementos fundamentales del debido proceso, que son, en breve, la notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento, el derecho de ser oído y la oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes, la oportunidad de preparar su alegato de defensa, lo que implica necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate, el derecho de hacerse representar por un abogado, la notificación adecuada de las resoluciones que afecten sus derechos y el derecho de recurrir la decisión dictada. Esta norma en nada se relaciona con la clase de pena a imponer y por ello no se considera que el artículo que se cuestiona resulte violatorio del debido proceso, debiendo rechazarse la acción en cuanto a este argumento.

III.- Un segundo argumento del accionante dice que al condenarse a una persona por el delito de receptación y aplicarle las penas que contempla el artículo 321 del Código Penal, se viola el artículo 41 de la Constitución por estar denegando el adecuado acceso a la justicia, al permitir la aplicación de una disposición que riñe con la Constitución. Tampoco este argumento es de recibo. El que el legislador haya optado por imponer, de manera conjunta, pena de prisión y pena de multa como sanción a quien haya sido encontrado culpable de cometer el delito de receptación en nada violenta el acceso a la justicia ni violenta los demás principios contemplados en la citada norma constitucional.

IV.- También alega el accionante que la doble imposición de pena que cuestiona es contraria a lo que dispone el artículo 8 incisos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque éstos no autorizan la doble pena para un mismo hecho. Tampoco se comparte este criterio, porque el Estado no debe estar expresamente autorizado por el Derecho Internacional para determinar la forma en que ejercerá el ius puniendi. Su obligación es, únicamente, respetar lo que el ordenamiento internacional expresamente prohíbe y en este caso, no existe la prohibición alegada por el accionante; por lo dicho también debe rechazarse este argumento.

V.- Por último, y aún cuando no señale de manera expresa la norma constitucional, el principal alegato del accionante consiste en que el párrafo primero del artículo 321 del Código Penal violenta el principio de "non bis in ídem", contemplado en el artículo 42 de la Constitución, que establece:

"Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible ..."

En virtud del principio de non bis in ídem, se prohíbe el juzgar y sancionar dos veces a una persona, por una misma falta. Al establecer el artículo 321 cuestionado la imposición conjunta de pena de prisión y pena de multa por la comisión de un mismo delito, no está violentando el principio de prohibición del doble juzgamiento. El legislador está facultado para regular la potestad sancionatoria del Estado, disponiendo, dentro del marco de la legalidad, racionalidad y el respeto a los derechos fundamentales, la clase y gravedad de las penas que se impondrán por la comisión de un determinado delito. La doctrina penal ha aceptado como válido la imposición, para un mismo hecho, de dos o más sanciones de manera conjunta y ambas como penas principales. Esto no implica, ni un doble juzgamiento por un mismo hecho ni una doble sanción, sino que es una regulación legislativa que determina la gravedad de la pena a imponer. El deliberar sobre la conveniencia o inconveniencia de sancionar con prisión y multa el delito de receptación, no es un problema de constitucionalidad sino de política criminal que debe ser definido por el legislador. De conformidad con todo lo expuesto, se debe declarar sin lugar esta acción.

Por tanto

Se rechaza la gestión de la Procuraduría General de la República para que se examine la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 321 del Código Penal. Se declara sin lugar la acción.

**c) Sobre el Objetivo rehabilitador del sistema penitenciario.**

[SALA CONSTITUCIONAL]<sup>13</sup>

Exp. 0296-V-97 N 0672-97

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas con cuarenta y ocho minutos del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y siete.-

Recurso de hábeas corpus interpuesto por ALEXANDER CASTRO CAMPOS, contra JEFE DE SEGURIDAD DEL CENTRO DE ATENCION INSTITUCIONAL LA REFORMA.

Resultando:

Alega el recurrente (folio 1) que se encuentra en la etapa de máxima seguridad, en el pabellón b-2, celda 2; que fue agredido brutalmente por agentes de seguridad el martes 7 de enero de este año, entre las 6 y 7 p.m., específicamente, que ese día lo llevaron donde el doctor en el Centro La Reforma, y que después el vigilante empezó violentamente a golpear la vara policial contra un muro, manifestando que él estaba durando mucho, que el terminó la conversación con el doctor, salió y se montó al "cajón", sin antes haberle dicho al oficial que lo dejara en paz, ante lo cual, los agentes de seguridad le pegaron una golpiza que fue acerca de la cual se pronunció la sentencia número 6344-96 recaída en otro hábeas corpus conocido por esta Sala, pero que después vuelven las mismas personas a cometer esos hechos. Señala que le abrieron la puerta y le dijeron "ahora sí cobarde salga para ver cual es la matonada suya" (sic), pero que él por el temor no quería salir, motivo por el cual usaron un gas y le cerraron las puertas, siendo el mencionado gas muy fuerte, por lo que no es ningún tranquilizante, lo que le provocó tanta desesperación que pateó las puertas y lo llevaron en el cajón a Máxima Seguridad, y estando allí lo bajaron esposado, se pusieron mascarillas al abrir

el cajón y lo golpearon fuertemente con los "palos policiales sin piedad" (sic). Agrega que al día siguiente lo llevaron al doctor del centro penal. Pide por favor que investiguen bien el caso, pues es muy pobre y no puede pagar abogado, y que al sancionar la Sala con que se paguen daños y perjuicios no se sanciona al agresor. Dice que no es la primera vez y hasta esta hora no hay sancionados, y agrega que lleva tres días en huelga de hambre.

Informa el Manuel Artavia Marín, en su condición de Jefe de Seguridad del Centro de Atención Institucional La Reforma (folio 9), que según informe que se extrae del expediente administrativo del amparado, el mismo presenta problemas de violencia agudizado, por lo que es de difícil manejo; no obstante, el área de atención a la violencia le ha brindado el acompañamiento en períodos de crisis (folio 176). Que conocedores de la problemática de convivencia del amparado, se toman las medidas de seguridad pertinentes, con el objeto de procurar el respeto de sus derechos; pero que en la práctica se presentan situaciones imprevisibles e inevitables, como son los hechos acaecidos el 7 de enero de este año, respecto de los cuales él no tiene participación directa, donde el amparado no sólo lanza improperios y amenazas reiteradamente contra funcionarios públicos, sino que se abalanzó sobre uno de ellos con la intención de agredirlo, situación que ocasionó la atención médica del agente de seguridad Pérez Villalobos en el área médica. Que según corre a folio 233 del expediente administrativo, fue necesaria la utilización de la fuerza racional a efecto de lograr doblegarlo, situación que ocasionó que se viera afectado tanto el personal de custodia como el recurrente, debido a sus características personales que dificultan su manejo. Afirma asimismo el recurrido que la actuación del personal del área de seguridad no fue premeditada ni excesiva, sino la necesaria en aras de salvaguardar los intereses institucionales, y que los hechos sucedieron al sacar al amparado de la móvil y no en su cela, "...como quiere hacerlo ver el privado de libertad, resultando falto (sic) en todos sus extremos el uso de gas en su contra, situación que carece de marco probatorio, resultando improcedente referirnos a ése (sic) extremo". Solicita se declare sin lugar el presente recurso y se le exima de todo tipo de responsabilidad.

Por resolución de la Presidencia (folio 2), se ordenó al Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial que valorara al amparado, a efecto de determinar la existencia de secuelas física o psíquicas producto de los golpes

que acusa haber recibido.

Por resolución del Magistrado Instructor de las 11:38 horas del 28 de enero de este año, como prueba para mejor resolver se solicitó al Director de la Clínica Médica del Centro de Atención Institucional La Reforma, que certificara el dictamen realizado por médico de esa Clínica al amparado, el día 8 de enero de los corrientes.

En los procedimientos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado Vargas Benavides; y

Considerando:

Hechos probados. Con fundamento en el informe que bajo juramento rinde la autoridad recurrida, en el expediente administrativo que se ha tenido a la vista, el dictamen médico legal extendido por la Sección de Clínica Médico Forense del Organismo de Investigación Judicial, y el Certificado Médico extendido por la doctora María del Carmen Saballos C., Médica General de la Clínica La Reforma, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos de importancia para la resolución de este asunto: a) A la fecha de presentación de este recurso, el amparado se encontraba privado de libertad en el Ambito E, del Centro de Atención Institucional (folio 1 y 233 del expediente administrativo); b) El 7 de enero de 1997, al ser aproximadamente las 18:30 horas, el amparado fue trasladado hacia la Clínica del Centro de Atención Institucional La Reforma, por parte de funcionarios de seguridad del misma (folio 233 expediente administrativo); c) El 8 de enero de 1997, la doctora María del Carmen Saballos C., Médica General del Centro de Atención Institucional La Reforma, emite certificado médico, indicando "Se valora el privado de libertad ALEXANDER CASTRO CAMPOS en consulta de Emergencias, resultando lo siguiente: Paciente de 24 años de edad, que refiere haber sido agredido anoche. Presenta trauma contuso en cara, espalda y Ms. Is. Equimosis en mejilla izquierda, equimosis en espalda por objeto contuso, múltiples escoriaciones en espalda, al igual que equimosis en ambos muslos. Diagnóstico: Traumas contusos por agresión" (folio 17); d) El 21 de enero de 1997, la doctora Humbelina Cordero Ramírez, Médico Forense de la Sección de Clínica Médico Forense del Organismo de Investigación Judicial emite Dictamen Médico Legal con base en la valoración realizada al amparado ese día, con el siguiente resultado: "1- Presenta cicatriz semicircular de 26 x 0,3 cm en ligero relieve, rosada, en el lado derecho de la espalda, que por sus características no



concuera con los hechos narrados por el paciente. 2- Cicatriz hiperocrómica dispuesta en dos bandas de 0,5 cm de ancho con centro normocrómico que mide 6 x 1,5 cm en costado izquierdo dorso lumbar, cuya edad no se puede precisar. 3- Presenta seis cicatrices con evidencia de suturas en abdomen normocrómicas de variada morfología que refiere fueron autoinflingidas y por otros traumas. 4- Cicatriz lineal axilar posterior izquierda de 1.5 x 0,5 cm rosada con descamación, que si es relacionable con los hechos narrados por el paciente. Paciente no permite que se le examinen sus extremidades inferiores ya que no desea quitarse el pantalón. Ojos: Pupilas isocóricas normoreactivas, movimientos oculares externos normales, fondos de ojo normales". En la parte de "Comentario", la doctora Cordero Ramírez indica, en lo que interesa: "De las lesiones descritas, solo la del costado izquierdo es relacionable con los hechos narrados. Las demás debido a sus características, no permiten determinar la edad y tampoco concuerdan con la forma como dijo haber sido agredido. En cuanto a los ojos, al momento de la valoración no se encuentran lesiones, pero se considera prudente un examen oftalmológico, debido a que la queja del paciente podría obedecer a patologías ajenas a los hechos" (folio 6 de este expediente).

II. En efecto, consta en autos que el día 7 de enero de este año, al ser aproximadamente las 18:30 horas, el amparado fue trasladado de su celda en el Ambito E (antes Máxima Seguridad) hacia la Clínica Médica del centro penal, por motivos que esta Sala desconoce. Al día siguiente, una médica del penal emite un certificado médico al amparado, de conformidad con el cual el mismo presentaba traumas contusos por agresión, los cuales el amparado atribuye a una golpiza que recibió de parte de funcionarios de seguridad, mientras que el Jefe de Seguridad de ese Centro indica -bajo juramento- que el día de los hechos el privado de libertad se abalanzó contra un funcionario con la intención de agredirlo, lo que provocó la necesidad de utilizar la fuerza racional a efecto de lograr doblegarlo.

No puede esta Sala entender cómo, usando la fuerza racional se puedan causar las lesiones que presentó el amparado el día siguiente al que ocurrieron los hechos, a saber, trauma contuso en cara y espalda, equimosis en mejilla izquierda, y en espalda por objeto contuso, múltiples escoriaciones en espalda, al igual que equimosis en ambos muslos. Es claro que la conducta desplegada por funcionarios de seguridad de ese Centro no fue ni racional ni proporcional ni apegada al ordenamiento jurídico, según argumenta el recurrido, y más bien es propia de funcionarios públicos, que, abusando de su autoridad infligen tratos crueles y degradantes a quienes, estando privados de su libertad, se encuentran en una

situación de total desventaja con respecto a sus custodios, y por supuesto, reveladora de una actitud contraria a los derechos humanos protegidos no sólo por nuestra Constitución Política, sino también por convenios internacionales suscritos por nuestro país.

III. Ya esta Sala se había pronunciado acerca de los derechos de las personas privadas de libertad, en sentencia número 6829-93, que por su importancia se cita textualmente, en lo que interesa:

"La pena privativa de libertad consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal (prisión, penitenciaria, centro de adaptación social) en el que permanece, en mayor o menor grado, privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen de vida. Las penas privativas de libertad deben ser organizadas sobre una amplia base de humanidad, eliminando en su ejecución cuanto sea ofensivo para la dignidad humana, teniendo siempre muy en cuenta al hombre que hay en el delincuente. Por esta razón, en la ejecución de la pena de privación de libertad, ha de inculcarse al penado, y a los funcionarios públicos que la administran, la idea de que por el hecho de la condena, no se convierte al condenado en un ser extrasocial, sino que continúa formando parte de la comunidad, en la plena posesión de los derechos que como hombre y ciudadano le pertenecen, salvo los perdidos o disminuidos como consecuencia de la misma condena. Al mismo tiempo ha de fomentarse y fortificarse, el sentimiento de la responsabilidad y del respeto propios a la dignidad de su persona, por lo que han de ser tratados con la consideración debida a su naturaleza de hombre. Estos principios han de estar presentes en la ejecución de todas las penas y medidas, en especial las privativas de libertad.

II.- LIMITES DE LA RECLUSION EN UN CENTRO PENITENCIARIO. LA PROTECCION A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El condenado que recluido en una prisión cumple la pena impuesta, no sólo tiene deberes que cumplir, sino que es sujeto de derechos que han de ser reconocidos y amparados por el Estado. No es un alieni juris, se halla en una relación de Derecho Público con el Estado, y descontando los derechos perdidos o limitados por la condena. Su condición jurídica es igual a la de las personas no condenadas, con excepción de lo que relacione con los derechos que le han sido disminuidos o intervenidos. Los derechos que el recluso posee -entre los que se incluyen el derecho al trato digno, a la salud, al trabajo, a la preparación profesional o educación, al esparcimiento físico y cultural, a visitas de amigos y familiares, a la seguridad, a la alimentación y el vestido, etc.- deben ser respetados por las autoridades administrativas en



la ejecución de la pena, y también en los presos preventivos o indiciados, ya que los reclusos no podrán ser privados de estos derechos, sino por causa legítima prevista en la ley. Dichos derechos no se refieren en exclusiva a los relacionados con la personalidad o la libertad, sino que también incluyen los de índole patrimonial; así, los internos trabajadores tienen el derecho de percibir por su trabajo las remuneraciones establecidas en la reglamentación penitenciaria".

III.- OBJETIVO REHABILITADOR DEL SISTEMA PENITENCIARIO. Junto al principio de humanidad, que debe privar en la ejecución penal, se acentúa en nuestro medio la aspiración rehabilitadora (artículo 51 del Código Penal). Esta concepción en relación con los fines de la pena, es una doctrina preventista y antirretributista, fundamentada en el respeto de los Derechos Humanos, en la resocialización de los delincuentes, que rechaza la idea del Derecho Penal represivo, el que debe ser reemplazado por sistemas preventivos, y por intervenciones educativas y rehabilitadoras de los internos, postulando una intervención para cada persona, la pena debe ser individualizada, dentro de los extremos fijados por el legislador, tomando en consideración ciertas circunstancias personales del sujeto activo (artículo 71 del Código Penal)." (El resaltado no es del original).

IV. Del elenco de hechos que se han tenido por demostrados, observa esta Sala con preocupación que, al menos en el caso que nos ocupa, funcionarios encargados de la ejecución penal -como lo son los agentes de seguridad- no respetan los principios antes citados, los cuales, en forma reiterada este Tribunal Constitucional ha señalado como rectores en la ejecución de la pena privativa de libertad, y, por ende, tampoco respetan los derechos fundamentales de esas personas, que se encuentran consagrados en nuestra Constitución Política.

En el caso sub judice, evidentemente se irrespeta la dignidad del amparado, lo cual resulta inaceptable e injustificable para este Tribunal Constitucional, pues la superioridad del ser humano sobre los seres irracionales radica precisamente en estar dotado de lo que se denomina "dignidad de la persona", valor esencial dentro de nuestro Ordenamiento, lo cual no significa de ninguna manera superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todos los seres humanos sobre los seres que carecen de razón. Es por ello que la dignidad de la persona no admite discriminación alguna, por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias, es independiente de la edad, inteligencia y salud mental, de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento; de ahí que, por muy bajo que caiga la persona, por grande que sea la degradación, seguirá siendo

persona, con la dignidad que ello comporta.

Lo anterior implica que todos y cada uno, sin excepción, estamos obligados a respetar la dignidad de los demás, y muy especialmente el Estado se encuentra ineludiblemente obligado a respetarla y protegerla, razón por la que, al constatarse la violación alegada, es decir, la conculcación de los derechos humanos del amparado por parte de funcionarios de seguridad el Centro de Atención Institucional la Reforma, se declara con lugar el presente recurso, con las consecuencias que conlleva.

Se advierte a las autoridades recurridas, que de conformidad con el artículo 72 de la Ley de la Jurisdicción, se impondrá prisión de seis meses a tres años, o de sesenta a ciento veinte días multa, a quien diere lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo o de hábeas corpus, por repetirse en daño de las mismas personas las acciones, omisiones o amenazas que fueron base de un amparo anterior declarado procedente.

Por tanto:

Se declara CON LUGAR el recurso. Se condena al Estado al pago de los daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Testimóniense piezas al Ministerio Público y comuníquese al Ministerio de Justicia para lo de su cargo.

#### **FUENTES CITADAS**

- 1 CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. Bien jurídico y derecho de castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la sala constitucional. Artículo de revista publicado en Revista de Ciencias Penales. N° 7 Año 5, Julio 1993. p 12.
- 2 MURILLO RODRIGUEZ, Roy. Ejecución de la Pena. 1 ed. San Jose, C.R. Conamaj, 2002. pp 21-23.
- 3 CAFFARENA MAPELLI, Borja, Las Consecuencias Jurídicas del delito. 2° ed. Madrid España, Editorial Civitas. 1993 p 28
- 4 CAFFARENA, Ibidem pp 29-30.
- 5 CRUZ C, Fernando, GONZALEZ A. Daniel. La sanción penal. Aspectos Penales y Penitenciarios. San José, Costa Rica. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. 1990. pp 90-92.
- 6 CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal y civil y penal. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971. pp 9-11.
- 7 CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. En los linderos de Ius Puniendi. 1 ed. San José, C.R. Edit IJSA. 2005. pp 31-34.
- 8 BETEGON, Jeronimo. La justificación del castigo. Madrid, España, Centro de estudios constitucionales. Pp 70-72.
- 9 MOLINA BLÁZQUEZ, Ma Concepción. La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito. 2° ed. Barcelona, España. Editorial Bosch. 1998. pp 17-19.
- 10 CAFFARENA MAPELLI, Borja. Estudio jurídico-dogmatico sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Madrid, España. Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica. 1990. pp 29-31.
- 11 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 525-93. San José, a las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres.
- 12 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No.7007-94. San José, a las nueve horas veintisiete minutos del dos de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.
- 13 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 0672-97. San José, a las doce horas con cuarenta y ocho minutos del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y siete.