

La Pena y su forma carcelaria (El problema de la reincidencia en Costa Rica)

Sergio A. Navarro Cerdas

Dedicatoria.

Dedico este trabajo de investigación a mi madre, Lucrecia, y a mi abuela, Celia, por criarme de la mejor manera. ¡Salud!

Agradecimientos

Agradezco a mis padres y a mis hermanos por estar aquí y ser lo que son.
Agradezco a los miembros del tribunal por su ayuda.
Agradezco a don Henry Issa El Khoury, *“in memoriam”*, por querer ayudarme desde un principio.

¡Gracias!

Índice

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS.....	i
ÍNDICE.....	ii
RESUMEN.....	vi
PREFACIO.....	vii
CAPÍTULO PRIMERO.....	1
El poder de castigar con la cárcel.	
SECCIÓN 0.....	2
Prolegómenos a la cárcel.	
APARTADO A.....	2
Base Epistemológica.	
APARTADO B.....	6
Estado de la cuestión.	
SECCIÓN 1.....	10
Discusión actual acerca de la pena privativa de la libertad de movimiento.	
APARTADO A.....	10
Teorías absolutas vrs. Teorías relativas.	
APARTADO B.....	12
La prevención de delitos.	
SECCIÓN 2.....	17
Metodología para entender a la cárcel.	

CAPÍTULO SEGUNDO.....	20
La teoría de la pena o de su esencia.	
SECCIÓN 0.....	22
Introducción.	
SECCIÓN 1.....	24
Acerca de algunas ambigüedades lingüísticas.	
SECCIÓN 2.....	28
La Sustancia o Esencia de la pena.	
APARTADO A.....	29
El gran Mammón.	
APARTADO B.....	34
El gran Eros.	
APARTADO C.....	36
Mammón vrs. Eros	
APARTADO CH.....	39
Castigar: “liberación” de la angustia.	
SECCIÓN 3.....	41
Las teorías de la pena.	
APARTADO A.....	42
Teorías de las penas absolutas.	
APARTADO B.....	51
Teorías de la pena relativas a un fin de prevención.	
APARTADO C.....	59
Teorías de la pena abolicionistas.	
CAPÍTULO TERCERO.....	66
La pena privativa de la libertad o la cárcel como una forma de expresarse la esencia de la pena.	

SECCIÓN 0.....	68
Introducción.	
SECCIÓN 1.....	70
La cárcel y otras formas de aparición de la pena.	
APARTADO A.....	72
La invasión y la colonización en la biografía costarricense.	
APARTADO B.....	76
Desde la independencia hasta nuestros días en la historia tica.	
SECCIÓN 2.....	77
Supuestos de la pena de cárcel y su relación con su ejecución.	
APARTADO A.....	81
“Progreso” a través del trabajo forzado.	
APARTADO B.....	82
Aislamiento como castigo.	
APARTADO C.....	83
Con el Estado asistencial una pena terapéutica.	
SECCIÓN 3.....	84
Los fines de la pena de cárcel.	
APARTADO A.....	87
Preámbulo o de la convergencia de opiniones sobre la necesidad de mantener el Orden Social -fin mediato-	
APARTADO B.....	88
La mirada que ve Bello el Orden o fin preventivo-integrador -fines inmediatos-	
SUB-APARTADO I.....	89
El fin preventivo especial y el general. El ideal de la rehabilitación.	

SUB-APARTADO II.....	92
El “delincuente” es el enemigo.	
APARTADO C.....	97
La mirada que quiere ver Monstruoso lo “Bello”. Lo irracional de la racionalidad. La no dominación -los fines ocultos-	
SECCIÓN 4.....	100
Ejecución procesal de la pena privativa de la libertad de movimiento.	
CAPÍTULO CUARTO.....	107
El fenómeno de la reincidencia como síntoma de una realidad.	
SECCIÓN 0.....	108
Introducción.	
SECCIÓN 1.....	111
El fenómeno de la reincidencia.	
SECCIÓN 2.....	112
Situación criminológica y la reincidencia.	
SECCIÓN 3.....	116
Conclusiones acerca del fenómeno de la reincidencia.	
CONCLUSIONES.....	118
BIBLIOGRAFÍA.....	123

Resumen

NAVARRO CERDAS, Sergio A.: La pena y su forma carcelaria. (El problema de la reincidencia en Costa Rica), tesis para optar el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, 2007.

DIRECTOR: Licenciado Miguel Zamora Acevedo.

PALABRAS CLAVES: Pena, Pena de cárcel, Reincidencia, Ejecución de la pena, Teorías de la Pena, Resocialización, Materialismo, Dialéctica, Prisionalización, Criminalización, Eros, Explotación, Capitalismo, Síntoma, Sociedad, Costa Rica, Historia, Abolicionismo.

¿Qué es la pena? Esta es la pregunta que, a pesar de ser esencialista, se han hecho a sí mismos los penalistas por muchos siglos. Y yo no soy la excepción. Luego de dedicarme, extensamente, a aprehender sobre el tema de la pena he podido *confrontar* lo que se dice de ella, en textos y en lecciones orales (la teoría de las penas), *con la realidad* viviente de nuestra sociedad por lo que he llegado a la conclusión de que se ha *refutado* la hipótesis generalizada por aquellos penalistas, que según creo es: “La sanción o castigo es necesaria porque retribuye a la víctima, evita delitos (intimidando y educando) y provoca respeto al Derecho para que el delincuente se redima, integre a la sociedad y se mantenga en el orden jurídico”. Refutación que se realizó utilizando el método analítico de la dialéctica basada en la materia concreta (dialéctica materialista). La pena es necesaria porque el Capital (matriz y generador de nuestras sociedades actuales), para su perpetuación, limita la plena satisfacción de los dos instintos primarios del ser humano, el vivir y el amor. La explotación-pauperización de grandes grupos sociales y la represión del orgasmo como base del amor hacen que el ser humano, en su soledad existencial, descargue con la agresión (violencia) la angustia provocada por aquellas fuerzas materiales. La pena (una forma de expresarse aquella insatisfacción) es el síntoma que hace evidente esa insatisfacción. He aquí la refutación: eliminando los límites a la descarga instintual desaparece la angustia y por tanto la violencia, resultando innecesaria la pena. La cárcel es el mejor ejemplo de cómo se ha perpetuado el Capital a través del terror y el disciplinamiento de ciertos grupos sociales para ejemplo de todos los demás. Por mientras esto sucede, es menester seguir luchando por mantener el derecho penal clásico creado por los burgueses pero hoy el arma principal de las clases oprimidas por ellos.

Prefacio

“...Sabríamos mucho más de las complejidades de la vida si nos aplicásemos a estudiar con ahínco sus contradicciones en vez de perder tanto tiempo con las identidades y las coherencias, qué estas tienen la obligación de explicarse por sí mismas.”

Saramago¹

Esta tesis está influenciada por el pensamiento y la acción de grandes seres humanos, *humanistas*, comprometidos por construir un mundo en el que quepamos todos. Un mundo libre y con seres humanos dignos. En general, apuesto por la posibilidad humana de una sociedad no opresora ni violenta, libre de lógicas de dominación e imperio. Apuesto por ello y me comprometo a luchar por lo mismo, desde mi lugar social, desde mi perspectiva de mundo.

Como esta es una tesis de Derecho creo que será leída (sé que no por muchos pero quien se atreva a leerla y, mucho más remoto, quien quisiera compartir algunos de los planteamientos, de seguro debe ser un “lobo estepario”, un Harry Haller²) por estudiantes de derecho y algunos abogados (tal vez sólo por el comité asesor). Suponiendo que sea leída, usted debe erradicar de su mente que va a encontrar un trabajo “científico”, por el contrario, usted va a leer una tesis *comprometida* con todas aquellas personas que de una u otra manera sufren de exclusión, marginación, discriminación y empobrecimiento, sobre todo en

¹ SARAMAGO, José. (2000): La Caverna, p. 32.

² Harry Haller es el personaje principal de la obra de HESSE, Hermann. (1991): El lobo estepario, pp. 238.

Latinoamérica, que es donde yo vivo. Por esta misma razón es que esta tesis es *latinoamericanista*. La pretensión ingenua de que las tesis deben ser trabajos científicos (entendidos como avalorativos, neutros, objetivos, o que deben tender a ello como cualquier otro trabajo “científico”) la rechazo enérgicamente. Esta es una tesis que *toma posición*, es decir, que **yo** elijo una actitud que me impulsa una conducta, o sea, una ética personal, respecto de lo que “veo” y “siento” en las sociedades capitalistas actuales; no es meramente descriptiva. Desde *mi perspectiva* elaboro hipótesis o posibles explicaciones de aquella realidad -para nuestro momento histórico la realidad capitalista³- y desde esas explicaciones puedo comenzar a construir una realidad diferente, ya sea positiva o negativa para la convivencia humana que, por demás, es un riesgo que debemos asumir. El hecho de que esta tesis tome posición no es una deficiencia sino que más bien

³ El concepto *realidad* me refleja un modo de producción de vida determinado. La realidad es el sistema socioeconómico en el cual vivimos, por eso es histórico, es decir, es cambiante, no inmutable. Así, no es sólo un nombre sino que debe llevar un apellido: realidad capitalista, realidad feudal, realidad colonial y más recientemente realidad global o globalización. No debe ser un mero concepto abstracto o genérico sino que debe concretizarse más, historizarse, por medio de una cotidianidad específica, y qué más cotidiano que el **modo de producir vida nuestro**, que nos satura sin darnos cuenta, es decir, lo cotidiano transcurre sin percibirse. Lo cotidiano se vuelve normal y lo normal no se cuestiona: como el capitalismo que nos hace creer que la muerte es un valor, que debe ser normal. Además, mi concepto de realidad distingue entre realidad real y realidad imaginaria. La primera hace referencia a los hechos materiales y espirituales, ambos empíricos, tal y como suceden, es decir, como saltan a los ojos; la segunda se refiere a posibilidades de hechos, a potenciales hechos que aún no están pero pueden aparecerse como realidad real, es decir, que son su negación y su afirmación a la vez. Pero a pesar de esta distinción, una realidad no puede existir sin la otra, y viceversa, porque para que una cosa tenga existencia, esto requiere que por lo menos le llame la atención al ser humano porque sino tendría mera existencia biológica pero no social (ambas son naturales), necesita que el ser humano conozca, también, su negación o futuro nuevo hecho - esto se logra con el uso de la facultad mental de la imaginación -; y en el mismo acto de negación, se afirma el hecho real, como algo objetivo. Imaginemos esta dialéctica como ocurre con las mariposas que eclipsan las bellezas de sus formas con la oscuridad larvaria o como las prostitutas que con el acto sexual meramente genitalizado reprimen su hermosa sexualidad. En el mismo sentido **REICH**, Wilhelm. (1979): Materialismo dialéctico y psicoanálisis, p. 25: “Pero la definición de que el principio de realidad es un requisito de la sociedad se vuelve formalista cuando no toma en consideración el hecho concreto de que el principio de realidad, tal y como existe actualmente, es el principio de realidad de la sociedad capitalista, es decir, de la empresa privada”. En cuanto al concepto de cotidianidad: “Lo cotidiano es convertido en norma y las infracciones a ésta son consecuentemente proscritas y castigadas.”. **GARCÍA QUESADA**, George I. (2001): Las sombras de la modernidad. La crítica de Henri Lefebvre a la cotidianidad moderna, p. 121. En este libro se discute el concepto de modernidad en Lefebvre y en otros autores que lo han analizado.

debe ser la regla en todo trabajo humano, esto porque estoy reconociendo que no existe una realidad “única”, inmutable (tanto real como imaginaria), que espera que la capte en toda su esencia, sino que la realidad misma es una construcción, un producto y proceso humano (que claramente es una ética, y por tanto política); es por ello que cuando aprehendemos la realidad nos aprehendemos a nosotros mismos, que formamos parte de esa realidad, en proceso y construcción humanas. Es esta característica la que hace que ninguna tesis o trabajo de investigación sea neutral o imparcial. Tampoco pretendo restarle la gran importancia que tiene el buscar la objetividad científica a fin de evitar un escepticismo acerca del conocimiento de la verdad y de evitar un subjetivismo irracional en el análisis social.

El hecho de que esta tesis tome posición quiere decir que frente a un fenómeno social, la pena o el mercado “libre”, como ejemplos, yo hago un juicio acerca de su utilidad, o no, para la supervivencia de la especie o acerca de los individuos participantes en él. Es decir, una vez descrito el fenómeno, según sea observado por mí (esto es lo que la cultura occidental ha llamado ciencia -hija pródiga de la Ilustración- por cuyo medio, se dice, se ha superado la especulación mística-teológica, y su instrumento, la escolástica); decido o elijo una de entre las dos partes con intereses contrarios que protagonizan la lucha, que es en realidad aquel fenómeno social. En efecto, todo fenómeno social es un intercambio de energía entre dos partícipes con intereses contrarios, tal y como sucede con la

materia cósmica, porque existe materia y antimateria en el mismo espacio-tiempo⁴. Después de la Ilustración se creyó estar avanzando hacia el Humano Pleno (racional-opulento), se está “progresando”, dicen⁵. El comercio y su racionalización-eficacia llevan a entender los fenómenos por medio, únicamente, de la observación, despreciando los demás sentidos como medios de conocimiento, y aún los sentimientos, las intuiciones y la imaginación como otros tantos instrumentos. El autocontrol - represión de instintos - es el medio para el “progreso”, el placer el del “vicio”, del salvajismo. Ellos concluyen que la Civilización es producto de un proceso que avanza mejorando al ser humano porque estamos progresando desde la especulación-sentimental hasta la observación-mental⁶. Pero todo esto no es más que *su* visión de la historia humana. Como ya indiqué, todo fenómeno humano tiene dos caras (como el Yin-Yang chino) y yo puedo elegir una u otra porque yo estoy, también, en alguna de ellas; y, por ende, en lucha contra la otra. Entonces, la ciencia “civilizada” burguesa, enajenada de la unidad en la diversidad, propone cero sentimientos; sólo observación. Esta actitud logra reforzar la dominación de unos seres sobre otros porque la observación por sí misma no soluciona ningún problema humano, se necesitan los sentimientos para ello. Y por ello la ciencia no debe apartarse de

⁴ Consúltese **HAWKING**, Stephen W. (1988): Historia del Tiempo. Del big bang a los agujeros negros, p. 99 y ss.

⁵ “Ideas como las de igualdad y libertad raramente han sido traducidas en la realidad para beneficio de todos los miembros de la sociedad...(L)a agresión, la violencia, la crueldad y la miseria...(no se han)...reducido realmente con el desarrollo de la civilización. La cultura es el proceso de sublimación, y hoy la violencia y la agresión parecen estar menos sublimadas que en anteriores períodos de la historia; su predominio a escala tan amplia invalida la idea de un progreso en la humanización.”. **MARCUSE**, Herberth. (1972): Ensayos sobre política y cultura, p. 91. Lo entreparentizado es mío.

⁶ “Lo percibido, lo contemplado, así como el hombre individual, la sociedad, los diversos aspectos de la existencia, y las funciones humanas aparecen aisladas, desligadas entre sí, sobre un fondo de neutralidad. Las relaciones tan complicadas entre el hombre y sus circunstancias, entre el hombre y su prójimo cayeron bajo el prisma intelectual. En cuanto afecto a la exactitud de la observación, los sentimientos quedaron rezagados con respecto a la aprehensión intelectual.”. **USSEL**, Jos van. (1974): La Represión Sexual, p. 56.

la moral. Hay que elegir, y yo elegí a favor de los perdedores. No acepto la Filosofía de la Historia ilustrada, promoviendo una ciencia diferente. Eliminar sentimientos es imposible, lo que hacemos es reprimirlos y enviarlos al inconsciente, pero siempre ejercen fuerza. De esta lucha surgen los conflictos psicosomáticos característicos de la modernidad.

Sigo a Marx cuando nos insta a los que nos gusta esta materia (el Derecho Penal) a "...reflexionar profundamente sobre una modificación del sistema que produce estos crímenes, en vez de glorificar al verdugo, que ejecuta multitud de criminales sólo para hacer sitio a otros nuevos..."⁷.

Mi sueño de una sociedad libre con seres humanos dignos lo puedo gestar desde el Derecho Penal, que es en donde me dedico a laborar, y por ello apuesto por un Derecho Penal liberador.

Por último, recojo con este trabajo de investigación la invitación que hiciera, hace más de veinte años, el Episcopado Latinoamericano en la Conferencia de Puebla, en su Mensaje a los pueblos de América Latina: "...(I)nvitamos a todos, sin distinción de clases, a aceptar la causa de los pobres, como si estuviesen aceptando y asumiendo su propia causa, la causa misma de Cristo."⁸

⁷ Citado por **TORÍO LÓPEZ**, Ángel. (1996): *El sustrato antropológico de las teorías penales*, p. 678.

⁸ **III CONFERENCIA GENERAL DEL EPISCOPADO LATINOAMERICANO**. (1996): *La Evangelización en el presente y en el futuro de América Latina, Documento Aprobado, Puebla, México*, p. 55.

En cuanto a la forma: las referencias bibliográficas en las notas al pie de página indican el nombre del autor, el nombre de su obra, el año de publicación de la misma y por último la página de donde se extrajo la cita; las demás señas se pueden consultar en la bibliografía final. Se utilizará el número cero (0) en las secciones de este trabajo de investigación en honor a la cultura “salvaje” maya.

El Autor.
Guadalupe de Cartago.
2007.

“Caminante, son tus huellas
el camino, y nada más;
caminante no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sino estelas en la mar”

Machado⁹

⁹ MACHADO, Antonio. (s/f): Poesías, p. 210.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PODER DE CASTIGAR CON LA
CÁRCEL

Sección 0.

Prolegómenos a la cárcel.

Apartado A. Base Epistemológica.

Crimen es un concepto que denota algo negativo, algo malo, una conducta que no debe ser. Es decir, se le ha juzgado negativamente: Alguna persona lo hizo así hasta llegar a ser juzgada por la mayoría de las personas (por costumbre o por hábito) como negativa y convertida en prohibición. Sabemos, por experiencia o por lecturas, que una conducta que ayer fue juzgada como delito (es decir, llamada crimen) ya hoy no lo es, o viceversa (por ejemplo, la guerra para algunos pueblos no hay que justificarla pero para otros sí; o las relaciones homosexuales). Es decir, esta etiqueta¹ colocada a la conducta es cambiante según los espacios geográficos y los tiempos: Es históricoespacial, relativa. Por ejemplo YAHVÉ prohibió, por medio de Moisés, trabajar el día séptimo (Éxodo 23: 10 y ss.) y, sin embargo, luego lo relativizó, por medio de Jesús el Cristo (Lucas 6: 1 y ss.). Ese alguien que inicia un cambio tal, generalmente, es un importante representante de

¹ NEUMAN describe así el para qué del etiquetamiento: “Se crean y robustecen mecanismos de etiquetamiento. Rótulos que -entre otras cosas- sirven para descargar, como antaño, el oprobio y los temores de los sanos, de los no viciosos, de los blancos, de los juiciosos, de muchos seres que nada hicieron para ser de tal o cual manera y que hallan mérito en ello. De los que creen que el equilibrio está siempre en el centro y que, por ello, han sido declarados por derecho natural aptos para la vida. Los que, en fin, no podrán comprender que el fracaso y tal vez el dolor no siempre son un polo negativo. No cabe duda que las leyes las crean y las dictan las clases dominantes. Leyes para enmendar y corregir en provecho propio las condiciones y circunstancias de la sociedad, o para captar la realidad...El delincuente aparece acuñado como un estereotipo de la sociedad que habita...”. NEUMAN, Elías (1986): El sistema penal y sus víctimas, p. 484.

un grupo social (la mayoría de las veces, económicamente poderosos) que se va solidificando hasta que se transforma en ley.

Siempre que se menciona el concepto “crimen” se nos viene por reflejo condicionado, al estilo pavloviano, el de “castigo”, porque “...(e)l arma empleada para la lucha contra el delito ha sido el castigo.”². Inclusive se ha usado la fórmula watsoniana Estímulo-Respuesta³: “Todo delito constituye un peligro. La pena es la reacción.”⁴.

Sin embargo, debemos preguntarnos: 1- ¿Es verdad que siempre ha existido el crimen ya que “homo homini lupus”?, 2- ¿Es verdad que la reacción ante el crimen ha sido el castigo?, y 3- ¿Para quién constituye un peligro el delito?

A la primera pregunta se debe contestar que *no*. Nadie ha podido determinar si la violencia entre los seres humanos ha sido una constante histórica. Recordemos que para Hobbes en un principio era el caos, lucha de todos contra todos: lo llamaba Estado de Naturaleza.

² **ALTMANN SMYTHE**, Julio (1973): ¿Deban suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión?, p. 211. Sin embargo: “La historia de las penas precede a la historia de los delitos...(E)l concepto de criminalidad puede aparecer como un invento asociado al surgimiento de los instancias centrales del poder en la sociedad moderna.” **BARATTA**, Alessandro (1986): Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal, p. 75.

³ **WATSON**, John Broadus. (1961): El Conductismo, p.290.

⁴ **HENTIG**, Hans von (1967): La Pena, p. 23.

“El fin del estado de naturaleza y el principio de vida civilizada surgen de un contrato mediante el cual cesan las hostilidades y se delegan los derechos de los individuos en una persona soberana.”⁵.

Por el contrario, se nos ha informado de una etapa de la Historia de la Humanidad en la que ha existido total paz (Génesis 2: 8 y ss.): “Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes: a nadie le era necesario para alcanzar su ordinario sustento tomar otro trabajo que alzar su mano y alcanzarle de las robustas encinas, que literalmente les estaban convidando con su dulce y sazonado fruto.”⁶. Por tanto, así como las conductas criminalizadas son relativas, y así como sus castigos (su reacción) también lo han sido, cabe la posibilidad de que la Humanidad no haya conocido crímenes.

A la segunda pregunta se debe contestar que *no*. Dado que nuestro carácter es ambivalente, ya que estamos en lucha constante entre el amor y el odio (al menos en la actual sociedad capitalista), o como diría alguien: “¿Quizá el hombre es a la vez lobo y cordero, o ni lobo ni cordero?”⁷; las personas hemos reaccionado ante la violencia castigando o perdonando (Génesis 45: 1-15 y Mateo 5:43-48)⁸. Yo diría que en muchos de los casos de “delitos” que no se denuncian a las autoridades (la llamada cifra negra) la razón suele ser que la víctima perdona a

⁵ GINER, Santiago (1967): Historia del pensamiento social, p. 243. “Es sabido que esta “guerra” no ha existido...”. CLEMENTE, Martín. (1992): Criminología de la misericordia, p.18. Consúltese al respecto, también, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: El Leviathan y el Derecho Penal.

⁶ CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de (2002): El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha, p. 86.

⁷ FROMM, Erich (1983): El corazón del hombre, p. 13.

⁸ Y entre estos dos extremos muchas otras formas no autoritarias: “La mayoría de las civilizaciones no se preocupan por el acto o por el agente que ha introducido el desorden, sino solamente por el desorden en sí mismo, que exige una purificación, (pero no forzosamente de aquel que ha causado el desorden); y el orden no queda restablecido por la simple eliminación del factor de perturbación; hay que encontrar en cada caso concreto, una solución apropiada, con el concurso de todos.”. ALLIOT, Michel (1983-1984): Exposición en el Seminario de Creta, p. 119.

su victimario, incluso los institutos procesales penales, como la conversión de la acción pública en privada para revocar la instancia, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba o la reparación integral del daño (artículos 20, 25, 30 inciso j y 36 respectivamente del Código Procesal Penal, ley 7594⁹) son normativizados por respuesta a ese sentimiento.

A la tercera pregunta hay que contestar con un *depende*. Depende de la persona a quién va dirigida la acción dañina. Para muchas personas el crimen constituye una molestia pero no un peligro porque no le importa, para otras un peligro porque se puede ver afectado pero no una molestia porque no ha sido afectado, para otras ni es molestia ni es peligro (como para un ermitaño), etc. En la llamada fase vindicativa de la sanción penal el castigo lo imponía el ofendido o su grupo sin que a los demás miembros de la sociedad les importara; hasta que el soberano se arrogó para sí, en exclusiva, el derecho de imponer la sanción penal (*ius puniendi*) como representante del grupo social dominante, aunque lo haya hecho a nombre de todos los miembros del contrato social, que sería la sociedad. Entonces, ahora, el delito es un peligro para la sociedad y no sólo para la víctima¹⁰.

⁹ **REPÚBLICA DE COSTA RICA**. Código Procesal Penal. Ley 7594 del diez de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

¹⁰ “Los abolicionistas rompen el paradigma. Ya no se cuestionan sobre los fines y cuestiones de la pena. Simplemente demuestran que el sistema penal es un problema social en sí mismo porque causan sufrimiento innecesario, que está desigualmente repartido, que se roba el conflicto...”. **BELOFF**, Mary Ana. (1993): No habrá más penas...ni teorías que las justifiquen, p. 58.

Como el Estado es el portador de los intereses de los burgueses, y éstos sólo tienen como sentimiento catalizador la avaricia y la codicia¹¹, es decir, el odio a su prójimo; el Estado sólo puede castigar (como lo hace en la fábrica el patrón a sus empleados) no perdonar. En la sociedad, como en la fábrica, se debe observar, supervisar a sus miembros para que ninguna conducta criminal (que no sea productiva de capital) se quede sin castigo. El panoptismo de Bentham es su tecnología¹². De allí que se alarmen por la cifra negra¹³.

Así pues, la sanción penal (la pena) no es necesaria, ni lo ha sido, ni lo será, salvo que se siga justificando el poder de castigar que se ha entronizado en nuestras sociedades clasistas, o de dominación.

Apartado B. Estado actual de la cuestión.

Cuando se lee acerca de la pena privativa de la libertad, de lo que primero se da cuenta uno, o sea, la primera aprehensión que se tiene, es que se escribe sobre la pena en forma abstracta, es decir, no se escribe sobre las distintas formas de aparición de ella a lo largo de la historia y geografía humana (por

¹¹ “Las únicas fuerzas operantes que reconoce la economía política son la avaricia y la guerra entre los avaros, es decir, la competencia.”. **MARX**, Karl (1962): Manuscritos económico-filosóficos, p. 104.

¹² “Los prisioneros perderían la mirada y la voz para conservar la voz del súper-yo, La cárcel es luterana.”. **FRAGOMENO**, Roberto (2003): Las tribulaciones de la mirada. La lógica del castigo de los mercaderes, los financistas y los inspectores, p. 19.

¹³ Respecto a las fases de la sanción y sobre la cifra negra ver **NEUMAN**, Elías (1992): Victimología, p. 46 y ss, y 253 y ss.

ejemplo, la pena de muerte, la pena de azote, la pena de cárcel, la pena pecuniaria), sino sobre su esencia: Algo así como ¿qué es la pena?; y tratando de contestar esta pregunta los escritores se cuestionan por su fundamento (un ¿por qué se castiga?), por su justificación (un ¿por qué se debe castigar?), por su uso o función (un ¿para qué se castiga?) y por su forma o modo (un ¿cómo se castiga?).

La primera dificultad con la cual se topa uno es que para los distintos autores que se dedican a estos menesteres, los fines de la pena son la mismo que su función, el fundamento de la misma es otro tanto que su justificación, es decir, para alguno lo que se señala es el fundamento y para otro lo es el fin, y así otros enredos; en otras palabras, existe mucha ambigüedad en los términos que provoca confusión en sus lectores.

Una vez superado este problema, el de la esencia o sustancia de la pena y su enmaraña lingüística, y siempre dentro de la teoría de la pena, surge otro: ¿Cuál es la justificación que se da a sí misma *la sociedad* para castigar? O, lo que es lo mismo, ¿por qué *debo* castigar? Los autores, en su mayoría, encasillan esta discusión en dos respuestas: porque castigando a una persona se realiza la justicia tanto para ella como para la víctima y, por último, para la comunidad (esta es la teoría absoluta de la pena sostenida por Kant, Hegel y sus respectivos continuadores); o, porque castigando se evita la realización de otros hechos castigables y se evita la guerra social (esta es la llamada teoría relativa de la pena o predeterminada a un fin de prevención, sostenida por Hobbes, Spencer y sus

continuadores)¹⁴. La lucha entre los partidarios de cada una de estas respuestas ha puesto en duda el fundamento de la pena, lo cual ha generado una crítica que hace tambalear el axioma de la teoría de la pena dominante: *La pena es un mal necesario*. Surgen así los llamados abolicionistas que iniciaron su lucha con la eliminación de la pena de muerte ejecutada por el Estado y la han ido extendiendo a las otras formas de la pena, incluso muchos pretenden abolir la pena en sí y todo el Sistema Penal¹⁵. Sus críticas van desde que la pena no es una reacción necesaria al delito porque se puede reaccionar de otro modo, que la pena ni ha redimido ni ha integrado al agresor, que la pena no ha logrado un orden jurídico comunitario, que no se ha probado que con su ejecución se realice Justicia o se evite la comisión de más delitos; hasta que la pena no logra crear ninguna fidelidad al Derecho.

Una vez concluida esta discusión filosófica¹⁶ surge una discusión histórica donde se nos hace ver las distintas formas en que se ha hecho *ejecutar* la pena a lo largo del tiempo humano. Se escribe acerca de una supuesta evolución de la sanción penal, es decir, del paso de un estado a otro estado de ella y es por ello que se menciona una fase vindicativa, de una fase correccional y de la actual fase rehabilitadora, e incluso también de una evolución progresista porque se ha

¹⁴ Una explicación didáctica de estas teorías en **BUITRAGO RUÍZ**, Ángela María (2003): Fundamento y fin de la pena, p. 365 y ss.

¹⁵ Una excelente síntesis la realiza Bovino: “El buen abolicionista construye...una propuesta alternativa a la política criminal, y no una política criminal alternativa. El buen abolicionista...es aquel que tiene como objeto de estudio el sistema penal, y como objetivo, la destrucción de su objeto de estudio”. **BOVINO**, Alberto (1999): Manual del buen abolicionista, p. 47.

¹⁶ Discusión que por ser tal algunos la menosprecian por considerarla inútil pero que, a contrario sensu, quién no se cuestiona sus raíces -creo yo- no le será posible aliviar sus dolores. Como decía en el umbral del Oráculo de Delfos: “¡Conócete a ti mismo!”. “Yo me escudriñe a mí mismo.”. **HERÁCLITO**. (1983): Fragmentos, p. 240.

humanizado la pena al perderse la costumbre de hacer dolor en el cuerpo del acusado¹⁷. Para llegar a esta conclusión se analizan los distintos códigos penales y los informes sobre el estado de la ejecución penal.

A las discusiones sobre la teoría de la pena y a las de la historia jurídica de la ejecución de la pena se les llama la parte general de la Penología, es decir, el estudio de los problemas de la esencia de la pena.

Una vez concluidos estas discusiones los autores se acercan a los de la parte especial de la Penología que se limita al estudio de las distintas formas o modos de aparición o expresión de la pena y, más específicamente, a la pena que más se utiliza en el estado actual de nuestra historia: La cárcel o, para utilizar una frase tan bonita como mentirosa, pena privativa de la libertad. Una lectura de los principales autores nos informa que la mayoría de ellos se inclinan por el axioma de que la pena es un mal necesario, que la pena debe evitar delitos (teoría relativa) y no realizar justicia (teoría absoluta o retribucionista), y que la pena de cárcel es más humana -progresista- que las penas corporales. Es esta, pues, la teoría dominante y el presupuesto de sus exposiciones, cuyo objeto es la cárcel.

¹⁷ Consúltese a SANDOVAL HUERTAS, Emiro. (1984): Penología. Parte Especial, pp. 344.

Sección 1.

Discusión actual acerca de la Pena de cárcel (pena privativa de la libertad de movimiento)

Apartado A.

Teorías absolutas contra Teorías relativas.

Al abandonarse la teoría retribucionista de la pena por no probarse que la imposición de una pena (un mal para el agresor) retribuya y redima por el hecho realizado (un mal para la víctima y para la sociedad: esta es la famosa ecuación hegeliana de mal contra mal igual bien), ya que es un supuesto metafísico, por lo que no puede comprobarse empíricamente; se yergue la teoría relativa de la pena que hace depender su fundamento del éxito en la eliminación o prevención de los delitos, es decir, de lograr ese fin. Logrando ese fin, que será probado por medios empíricos (estadísticas policiales, judiciales y administrativas, la no reincidencia, etc.), se puede justificar la pena como útil socialmente porque evita la anarquía y por ende su fundamento (su necesidad) quedaría en pie. Aquí surge una nueva lucha a lo interno de esta teoría: Los distintos autores tratan de responder a esta pregunta ¿cuál es el fin de la pena? o ¿para qué se castiga? Y la respuesta es, casi por unanimidad, para mantener el orden social vigente, o lo que es lo mismo,

su fin es producir fidelidad al Derecho¹⁸. Sin embargo, mientras a algunos les parece feliz el orden social a otros les parece triste o, usando conceptos kantianos, Monstruoso o Bello¹⁹. Para mantener el Orden Social vigente (por orden social algunos penalistas entienden el orden jurídico como un subsistema autorregulado -autopoiesis-, esto es sin relación a otros oficios o funciones de las personas en la sociedad; o al orden de la Sociedad como un todo, esto es a las relaciones entre la economía, la psicología, la cultura, el arte, la tecnología, etc.; o al orden económico, esto es a las relaciones entre las personas según su función en la producción de mercancías) la pena tiene otros fines más específicos o inmediatos que se dirigen a individuos porque su fin es el delincuente, o al conglomerado social porque su fin son las demás personas. El delito, que no es más que una conducta humana que ha sido descrita en una ley y que por ello es sancionada por el Estado, es la amenaza al orden social, procurándose evitarlo o prevenirlo. El delincuente debería ser quien realiza una acción descrita en la ley penal y es encontrado culpable por un órgano jurisdiccional.

Apartado B.

¹⁸ Consúltese **MIR PUIG**, Santiago. (1986): Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, p. 49 y ss.

¹⁹ **KANT**, Inmanuel. (2004a): Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime, p.14 y ss.

La Prevención de los delitos.

La pena se realiza sobre el delincuente (según los que consideran el Orden como Bello) para castigarlo dolorosamente con la esperanza de que:

- a- al recordar ese castigo (limitarle su capacidad de movimiento para hacer uso de su libertad de movimiento) se inhiba o contenga de realizar conductas tenidas como delitos (a este fin se le ha dado el nombre de prevención especial negativa), y
- b- para ayudarlo a que se integre al orden mediante el castigo de recibir educación u otros tipos de terapias psicosociales (a este fin se le ha dado el nombre de prevención especial positiva).

También, la pena se trata de realizar sobre el delincuente para advertir a las demás personas, mediante la ejemplarización o demostración (hoy algunos autores hablan de expresión simbólica o mensaje contra-comunicativo) que quién delinca será castigado, o sea, con la ayuda de una amenaza que pretende

- a- disuadir a quien pretende delinquir para que no lo haga (a este fin se le conoce como prevención general negativa) e

- b- inducir o motivar a no delinquir por ser un error o tontería (a este fin se le conoce como prevención general positiva).

Siguiendo con las exposiciones de estos autores nace un nuevo conflicto: ¿A cuál de estos fines específicos se le debe dar prioridad para poder justificar la utilidad de la pena? Al llegar a dominar la teoría utilitarista (funcional o relativa a un fin) se hace depender su justificación del alcance del fin predeterminado²⁰, a saber, la prevención de delitos. Se mantiene, como resabio, la teoría retribucionista como fin de prevención especial negativa²¹. Por mucho tiempo prevaleció, casi como único fin oficial, la prevención especial positiva: El fin resocializador, reeducador, rehabilitador. Ambos fines (especial negativo y positivo) han perdido credibilidad por su incapacidad de reducir, y mucho menos prevenir, los delitos. Todavía se defiende el fin preventivo especial positivo alegando que se trata de imponerle un criterio racional a la sanción²². Al renunciarse a este último fin surge como principio prioritario el preventivo general o de amenaza, o sea, producir miedo a la sociedad a fin de disuadir a la violación de normas, o sea, inducir al respeto y a la fidelidad al Derecho: “La paz y la seguridad jurídica en una sociedad resulta de la expectativa de que los hombres puedan ser inducidos por regla general, a través de prohibiciones y mandamientos, a un comportamiento fiel al derecho.”²³, cuestión que también se

²⁰ Para Ferrajoli esta es una ideología normativista sin sentido. **FERRAJOLI**, Luigi. (1986): Derecho Penal mínimo, p. 25 y ss.

²¹ Consúltase **GIL GIL**, Alicia. (2002): Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal, p. 9 y ss.

²² Así indica **CRUZ CASTRO**, Fernando. (2004): La pena privativa de la libertad: poder, represión y constitución, p. 26.

²³ **ROXIN**, Claus. (1992): Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política

ha puesto en duda como algo que pueda probarse. A partir de la década de los setenta se comienza a abandonar la teoría relativa, es decir, la justificación de la pena ya no requiere prevenir o eliminar los delitos. Se cae nuevamente en postulados retribucionistas pero ya no con los individuos sino con la sociedad: El delito es una ofensa al Orden Social y no a la víctima personal; entonces, cuando se aplica la pena se lanza un mensaje a la sociedad para que no ponga en peligro al Orden (amenaza contra amenaza²⁴), y *no se espera* ningún resultado en el delincuente, es decir, los efectos de la ejecución de la pena en el delincuente no interesan mientras se envíe esa amenaza. A esto se le llama Derecho penal del enemigo²⁵. Los autores que ven Monstruoso al Orden social vigente utilizan distinto lenguaje, así: El fin preventivo especial negativo no pretende inhibir sino discriminar al “delincuente”, el fin preventivo especial positivo en vez de integrar lo que pretende es controlar a las personas; el fin preventivo general tanto positivo como negativo pretende mantener a la sociedad capitalista, al modo de producción capitalista en términos político-económicos y no pretende mantener el orden jurídico comunitario como si existiese comunidad; en otras palabras, la pena no es inevitable, su función no es liberar ni integrar al delincuente a la sociedad, ni mantener el orden jurídico, sino que es evitable, su función es discriminar y controlar al “delincuente” y mantener su modo de producción cuyo origen es la

criminal, p. 138. También: “...(L)a misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales...revela...la vigencia inquebrantable de estos valores...junto con dar forma de juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica.”. **WELZEL**, Hans. (1997): Derecho Penal alemán. Parte General, p. 3.

²⁴ “En el centro de la teoría de la pena ha de situarse la prevención general de amenaza...”. **SCHÜNEMANN**, Berd. (1997): Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva, p. 99

²⁵ Muy ilustrativo **DEMETRIO CRESPO**, Eduardo. (2001): Del “Derecho Penal Liberal” al “Derecho Penal del Enemigo”, p. 165 y ss.

dominación de clase, no se justifica porque redime-retribuya o evita nuevos delitos sino porque golpea y educa en los valores dominantes y no produce respeto o fidelidad al Derecho, sino miedo. A esto algunos autores le llaman fines ocultos de la pena que se pueden resumir en disciplinar para la producción de mercancías aceptando la explotación, torturar para causar dolor, autoreproducir la cárcel y autoconstatación del poder del Estado.

“(L)a teoría ha de tener en cuenta, desde una distancia crítica-teleológica, que según la perspectiva pragmática de la praxis del derecho penal, éste no es más que un derecho instrumental aniquilatorio de enemigos sociales (*feindstrafreich*); que además la lejana ciencia y filosofía del derecho penal sirve exclusivamente para el uso legitimatorio, que además las cárceles son en realidad funcionalizadas no como instituciones de resocialización, sino como lugares de destrucción psico-física y de internamiento.”²⁶.

Por último, bajo el supuesto de que el Poder está dividido en tres partes (ejecutivo, legislativo y judicial) y tomando en cuenta que la pena tiene fines que justificar, se ha pretendido que el poder se autolimite en la ejecución de la pena, naciendo así un llamado Derecho Penitenciario donde el juez vele o trate de someter a la Administración carcelaria al Derecho²⁷. Mas, aunque exista un Sistema Penitenciario, los efectos reales de las cárceles han sido enumerados por algunos autores sobre el reo y de allí que su existencia se cuestione para asumir la realidad, la cual es golpear cuando yo me siento agredido²⁸.

²⁶ WOLF, Paul. (1986): *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*, p. 69.

²⁷ Al respecto, críticamente: CHAN MORA, Gustavo y GARCÍA AGUILAR, Rosaura. (2003): *Los Derechos Fundamentales tras los muros de la prisión*, pp. 222.

²⁸ Para una descripción de estos efectos consúltase KALINSKY, Beatriz y VALERO, Miguel. (2000):

En conclusión, al no poder sostenerse que la pena alcance fines algunos, por lo que resulta inútil socialmente y, en última instancia, un mal innecesario, ya no se sostiene tampoco ninguna garantía legal del ciudadano frente al Poder que se manifiesta en el Estado (es por ello que la gente deja de creer en la institucionalidad clásica burguesa -limitar al Poder para que no limite el mío-) y por ello asume su nueva estrategia: Lucha o competencia de todos contra todos²⁹. El Estado burgués solamente debe cumplir una función, la de proteger la propiedad de los medios de producción, y como sólo los burgueses tienen esos medios protegen su propiedad privada, incluyendo, claro está, su fuerza de trabajo (a los trabajadores). Además, debe proteger sus medios de subsistencia promedio como el dinero transformado en joyas, monedas, billetes, celulares, carros, etc.

Democratizar la cárcel. ¿Una contradicción de términos?

²⁹ “La competencia del hombre con el hombre reacciona directamente, como no lo hicieron jamás con anterioridad a ella ningún otro factor biológico, contra “la fuerza eternamente estimulante, curativa”, y destruye todos los valores creados más o menos por éste con un paso tan diabólico e impávido que su tarea se atiende exclusivamente a las consideraciones comerciales, ciego ante los verdaderos valores. Todo cuanto es bueno y provechoso para la Humanidad en su conjunto e incluso para el individuo, se está olvidando ya bajo la presión de la competencia entre humanos. Una mayoría abrumadora de los hombres contemporáneos valoran solamente los que son apropiados y eficientes en la despiadada competencia para aventajar al prójimo.” LORENZ, (Konrad). (1975): Los 8 pecados mortales de la humanidad civilizada, p. 31.

Sección 2.

Metodología para entender la cárcel

Objetivos

Me propongo como objetivo principal:

- Saber si la pena es un mal necesario para la existencia social.

Como objetivos específicos o secundarios:

- Conocer si la ejecución de la pena de cárcel evita la realización de los delitos.
- Conocer si la ejecución de la pena de cárcel redime al autor y retribuye a la víctima, y
- Saber si la ejecución de la pena de cárcel provoca respeto al Derecho.

Hipótesis y método.

La hipótesis que quiero verificar³⁰ como cierta es: La sanción o castigo es necesaria porque retribuye a la víctima, evita delitos (intimidando y educando) y provoca respeto al Derecho para que el delincuente se redima, se integre a la sociedad y se mantenga en el orden jurídico.

Mi método a seguir es analítico, porque pretende comenzar a leer desde lo abstracto, o sea, desde la pena sin relación al momento sociohistórico, para terminar en lo concreto, es decir, con la cárcel como una forma de aparición de dicha pena (y su forma de ejecución específicamente); es dialéctico, porque pretende poner en contradicción las distintas opiniones sobre el tema que estudio, y es, por último, materialista, porque estudia las necesidades económicas de las formaciones sociales para saber porqué existen las penas y sus expresiones.

³⁰ Algunas palabras acerca de la investigación científica. Para Popper, las hipótesis hay que falsearlas y no verificarlas: “De la hipótesis que se ha de experimentar, por ejemplo, una ley universal...deducimos un pronóstico. Confrontamos entonces este pronóstico, cuando sea posible, con los resultados de observaciones experimentales u otras. El acuerdo con éstas se toma como corroboración de la hipótesis, aunque no como prueba final de ella; el claro desacuerdo se considera una refutación o falsación...El resultado de la experimentación es la selección de las hipótesis que han superado bien los experimentos, o la eliminación de aquellas hipótesis que han superado mal, y que, por tanto, quedan rechazadas...Sólo si no podemos refutarlas a pesar de nuestros mejores esfuerzos, podemos decir que han superado bien severos experimentos. Esta es la razón por la cual el descubrimiento de los casos que confirman una teoría significa muy poco si no hemos intentado encontrar refutaciones y fracasos en el intento. Porque si no mantenemos una actitud crítica, siempre encontraremos lo que buscamos: buscaremos, y encontraremos, confirmaciones, y apartaremos la vista de cualquier cosa que pudiese ser peligrosa para nuestras teorías favoritas, y conseguiremos no verla. De esta forma es demasiado fácil conseguir lo que parecen pruebas aplastantes a favor de una teoría que, si se hubiese mirado críticamente, hubiese sido refutada.”. **POPPER**, Karl Raimund. (1973): La miseria del historicismo, p. 148 y 149. Sin embargo, este autor cree que solamente con hechos se aprehenden las hipótesis pero la vida no es así: “...(A)unque creo que la experiencia empírica es todo lo que pueden expresar las palabras - que no hay otra realidad - pienso, sin embargo, que la verificabilidad no es el único criterio, ni siquiera el más plausible, para el conocimiento de las creencias o de hipótesis.”. **BERLÍN**, Isaiah. (2001): Dos conceptos de libertad y otros ensayos, p. 15.

Aunque este pensar que voy hacer será con un método, trataré que éste no sea rígido porque el conocimiento se aprehende, por supuesto, siguiendo reglas para evitar el error pero también quebrantándolas: “Al elegir una determinada vía, el estudiante o el “científico maduro” crea una situación desconocida hasta entonces para él de la cual debe aprender cómo aproximarse lo mejor posible a situaciones de este tipo. Lo cual no vendrá a ser tan paradójico como parece siempre que mantengamos abiertas nuestras opciones y siempre que rehusemos sentirnos cómodos con un método particular, que incluya un conjunto de particular de reglas, sin haber examinado las alternativas. “Que la gente se emancipe por sí misma”, dice Bakunin...”³¹. La verdad existe pero es relativa, o como diría Üxküll:

“...Poco a poco las opiniones de los científicos precedentes se olvidan, se modifican o son sumariamente descartadas. De modo que sin exageración alguna, a la pregunta “¿Qué es la verdad científica?” se puede responder: “Es el error de hoy”...”³².

³¹ FEYERABEND, Paul K. (2002): Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento, p. 13.

³² ÜXKÜLL. (1974): El organismo animal y su ambiente, p. 356.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TEORÍA DE LA PENA
o de su Esencia

"Al niño se le pega con especial facilidad. Con él se ejercita el adulto que no sabe arreglárselas de otro modo. El trato con lo menores es difícil, y el golpe abrevia el camino. Cuando más incapaz es un educador, tanto más fácilmente echa mano del palo, y tanto menos logra con ello. El dolor de la paliza se tiene ya como pena. De un lado apacigua al que castiga, de otro lado, pone en conexión para más adelante el hecho prohibido con la pena, y actúa así contra la reincidencia. Es posible que en todo ello no esté presente la venganza, pero sí la severidad, y una severidad que no se preocupa si el niño es responsable. La vara debe mejorar, en tanto que amedrenta...Si el padre es el primer juez, el juez es el padre más severo para aquellos adultos que se hallan ante él como menores"

Bloch³³

³³ BLOCH, Ernst. (1980): Derecho Natural y Dignidad Humana, p. 248.

Sección 0.

Introducción

“Los que se entrometen a dar preceptos
deben estimarse más hábiles
que aquellos a quienes los dan: y
si faltan en la menor cosa, en ello
son censurables.”
Descartes³⁴

Desde los años setentas hasta la actualidad los profesores de Derecho Penal, de Alemania y España principalmente, han estado en lucha por medio de opiniones ofrecidas en libros, revistas y conferencias, para explicar o decir, el por qué y el para qué los policías y los jueces meten a la cárcel (o sancionan de otras formas) a las personas que no se someten a los mandatos (ya sea de hacer o no hacer ciertas conductas u actos) del Estado a través de las leyes llamadas penales.

El siguiente enunciado sintetiza la principal función:

“...(L)a pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al Derecho.”³⁵.

³⁴ **DESCARTES**, Renato. (1976): Discurso del Método, p. 15.

³⁵ **JAKOBS**, Günter. (1997): Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, p. 18.

En los últimos cinco años algunos profesores de Derecho Penal costarricenses, la mayoría con estudios de postgrado en Alemania y España, han empezado a discutir seriamente ese por qué y ese para qué del que he hablado. Lo han hecho, no directamente, por medio de la discusión de la teoría de la imputación al tipo objetivo³⁶. Sin embargo, en Costa Rica no se han discutido esos discursos a nivel de concepciones de mundo y, específicamente, de formas de entender y sentir las relaciones interhumanas históricamente determinadas. Yo pretendo aportar a la discusión.

La mayoría de las discusiones tienen como objetivo justificar la agresión (violencia) del Estado sobre las personas que delinquen contra su naturaleza.

Cuando se despliega una conducta para algo existe un motivo que la impulsa. Para muchos penalistas la sanción penal es una venganza, o una defensa, o un acto de amor a través del Estado. Así han tratado de responder a la pregunta: ¿qué es la pena, o, mejor dicho, el acto de causar dolor? Más que buscar la respuesta a esta interrogante en el aparato de Derecho de Estado se debe buscar en el sistema psicosocial de las personas de carne y hueso. Este es mi esfuerzo.

Antes de ir al análisis de la esencia de la pena se debe tratar de analizar algunos problemas lingüísticos que ningún autor ha tratado de aclarar.

³⁶ Una síntesis la ofrece **LLOBET RODRÍGUEZ**, Javier. (2002): La teoría del delito en la dogmática penal costarricense, pp. 256.

Sección 1.

Acercas de algunas ambigüedades lingüísticas.

“Ven a mi escuela, y aprenderás
el arte de los engaños.”
Ovidio³⁷.

Para algunos autores de obras penales la justificación “...de la pena se halla en su necesidad...”³⁸, porque si se renuncia a ella la sociedad “...se abandonaría a sí misma.”³⁹. Cosa que sería bastante interesante, es decir, si esta sociedad capitalista renuncia al castigo resultarían cosas inimaginables, para bien o para mal. Para otros la justificación de la pena se halla “...sólo y en cuanto medio útil a un fin.”⁴⁰. Aquí conocemos que se justifica la pena (sea como amenazas en la ley escrita, sea como imposición en un juicio o sea como ejecución por el Estado⁴¹) por la necesidad de ella o por ser un medio para algo.

Algunos autores escriben que el fundamento de la pena se encuentra en que ella es relativa a un fin: “La fundamentación de la pena vuelve a ser lo que al

³⁷ **OVIDIO NASÓN**, Publio. (2003): El arte de amar, p. 78.

³⁸ **MAURACH**, Reinhart. (1994): Derecho Penal. Parte General. Teoría General del Derecho Penal y estructura del Hecho Punible. Actualizada por Heinz Zipf, p. 85 &1. También “La pena es, pues un mal necesario para el delincuente.”. **ANTÓN ONECA**, José. (1929): Derecho Penal, p. 89.

³⁹ **MAURACH**, Reinhart, ídem.

⁴⁰ **PAVARINI**, Massimo. (1993): La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad, p. 31.

⁴¹ Resulta que para algunos autores (Roxin, Bottke, González Álvarez) la pena cumple una función diferente ya sea cuando entra en vigencia una ley penal, ya sea cuando se declara la sanción en una sentencia firme, o ya sea cuando se ejecuta en una prisión. A mi parecer nadie tendría miedo a realizar un delito si no supiera que si lo hace podría caer en la cárcel como a otras personas les ha sucedido.

principio: una teoría relativa de la pena...⁴² o “(p)odemos reunir las concepciones de estos autores bajo el rótulo de “teoría de la prevención-integración”...y ver en ella una manera de fundamentar el sistema penal...⁴³; mientras que para otros la función de la pena es “...esencialmente, prevención...⁴⁴. Sabemos pues que el querer obtener un fin de prevención de delitos (teoría relativa de la pena) es para unos el fundamento y para otros su función, lo mismo que la justificación para otros.

Cada vez que leamos acerca de la teoría de la pena debemos fijarnos que varias palabras se refieren a un mismo hecho o su interpretación o viceversa, varios hechos o sus interpretaciones se expresan con una misma palabra, para evitarnos ser engañados.

El fundamento, según el diccionario, es el cimiento sobre el que se edifica algo⁴⁵, es la “...base de una cosa”⁴⁶, por lo que el fundamento de la teoría de la pena es creer en la necesidad o no necesidad material de la pena porque de esa creencia se edifican o se crean conocimientos como, por ejemplo si es un mal o un bien, si se justifica o no, si es útil o no, cómo se debe castigar, etc. (A la vez se crean instituciones como el Poder Judicial, las Universidades, las Comisarías, y, a la vez, personas que necesitan de leyes, manuales de estudio, de pistolas de electroschock, etc.). Por ello es certera la afirmación siguiente:

⁴² CUELLO, Joaquín. (1978): La “ideología” de los fines de la pena, p. 428.

⁴³ BARATTA, Alessandro. (1986): Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal, p. 80.

⁴⁴ PÉREZ PINZÓN, Orlando. (2003): El funcionalismo en la sociología actual, p. 126.

⁴⁵ OCÉANO. (1991): Océano Uno. Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Utilizaré el diccionario de la lengua española ya que es el único baremo confiable para determinar el sentido de las palabras.

⁴⁶ LAROUSSE. (1976): Diccionario Larousse ilustrado.

“...(N)o es posible eliminar todo tipo de sanción...Sin embargo, el fundamento de la sanción, ha entrado en crisis...”⁴⁷.

En efecto, si una persona no cree en aquella necesidad no le es imperioso crear conocimientos por carecer de base, o crearía otros distintos pero sin la pena como la conocemos. Como el Sistema Penal (incluyendo a la ejecución de la pena) de nuestras sociedades capitalistas se ha erigido en un monopolio en la resolución de estos conflictos al expropiar a las personas en conflicto su pacificación, Hulsmann propone abolir aquel sistema devolviendo su resolución a los interesados, por lo tanto “...todos los problemas volverían a surgir; pero reaparecerían en una situación real. Es entonces...cuando podríamos interrogarnos sobre el derecho de castigar.”⁴⁸.

Es por ello que quienes creen en la necesidad de la pena, “per saecula saecularum”, no necesitan fundamentar y hablan de justificar.

Según el diccionario la función es la “(c)apacidad de acción de un ser apropiada a su condición natural o al destino dado por el hombre...”⁴⁹. Así, la pena se ejercita para lograr un fin o destino pero, ese ejercicio o acción, debe ser apropiado, es decir, cuando se habla de función de la pena se dice que la pena debe lograr un fin establecido con acciones empíricas adecuadas o apropiadas, por eso se escribe:

⁴⁷ SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. (2000): Derecho Penal. Parte General: doctrina y jurisprudencia, p. 372. Certera en cuanto cree que el fundamento de la pena es su eliminación o no, pero no es certera en cuanto cree que no es posible su eliminación.

⁴⁸ HULSMANN, Louk (1983-1984): Exposición en el Seminario de Creta, p. 109.

⁴⁹ OCÉANO. (1991), op. cit.

“Toda pena tiene como objetivo principal y necesario el de apartar a todos del crimen mediante la amenaza.”⁵⁰.

Quien crea que la pena tiene un fin o destino a alcanzar por medios idóneos se refiere a su función o utilidad (estos términos son sinónimos⁵¹) y da por innecesario cuestionarse el fundamento de la misma.

En cuanto a la justificación, nos dice el diccionario que justificar a alguien es hacerlo justo⁵². “Rectificar o hacer justa una cosa”⁵³. Para muchos autores la necesidad de la pena es su justificación, para otros alcanzar el fin lo es, también, ya que “...la coacción represiva del Estado no es fácil de explicar como la defensa ante perturbaciones del orden público o la protección militar de un estado.”⁵⁴. A pesar de estos enredos (esta palabra es sinónima de engaño⁵⁵) surgen verdaderas apologías como las siguientes: La pena dignifica al ser humano, lo honra⁵⁶, o bien, la pena es un mal para disciplinar para la obediencia⁵⁷.

En conclusión, para mí tantas confusiones sólo llevan a engaños ya que, en realidad, la pena existe porque es necesaria (fundamento) para intentar mantener el sistema u orden capitalista a través de la amenaza del dolor o del sufrimiento

⁵⁰ **FEUERBACH**, Paul Johan Anselm Ritter von. (1989): Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, p. 125. & 133.

⁵¹ **OCÉANO**. (MCMXCII): Diccionario Océano de Sinónimos y Antónimos, p. 260,

⁵² **LAROUSSE**. (1976): op. cit.

⁵³ **OCÉANO**. (1991): op. cit.

⁵⁴ **NOYA NOVAIS**, Josefa. (2003): Origen, justificación y naturaleza de la pena, p. 23.

⁵⁵ **OCÉANO**. (MCMXCII): op. cit., p. 212 y 215.

⁵⁶ **HEGEL**, Georg Wilhelm Friedrick. (1955): Filosofía del Derecho, p. 108. & 100.

⁵⁷ **HOBBS**, Thomas. (1994): Leviatán. Tomo I, p. 316.

efectivo (función o fin), porque se hace justicia al delincuente o porque se crea fidelidad en el delincuente causándole aflicción (justificación). Por eso la pena:

“(C)omo elemento de coacción tiende a afirmar el orden instituido, y a convertirse en elemento de garantía para la clase dirigente; como elemento ideológico legitima esa coacción.”⁵⁸.

Sección 2.

La Sustancia o Esencia de la Pena.

“La represión del instinto procreador hace al hombre timorato, mal humorado e incluso enfermizo...casi siempre determina una especie de sequedad de carácter y de falta de misericordia por bloquear la corriente de los sentimientos amables; muy a menudo, el carácter adquiere rasgos retraídos, antisociales y egoístas.”
Owen⁵⁹

Primero diré qué es, para mí, la esencia de la pena, luego expondré cuáles son las teorías sobre la misma.

⁵⁸ VALBUENA OQUENDO, Hugo Luis. (s/f): Los fines imaginarios del Derecho Penal y su función política, p. 2.

⁵⁹ OWEN, Roberth Dale citado en USSEL, Jos von. (1974): Fisiología Moral, p. 230.

La esencia de la pena o del castigo es el miedo. El miedo a ser libres de las ataduras impuestas por la sociedad: La sociedad exige actuar o no actuar de determinadas formas que son conductas impulsadas por nuestro sistema o aparato nervioso.

“...(E)s forzoso reconocer la medida en que la cultura reposa sobre la renuncia a las satisfacciones intuituales.”⁶⁰.

Apartado A. El gran Mammón

El cuerpo busca satisfacer necesidades, en primer lugar biológicas, luego, psíquicas. Así lo primero que debe satisfacer el ser humano es el hambre porque si no se muere y muerto no tiene más necesidades, incluyendo las espirituales. Por eso es que se dice que el cuerpo es el templo del alma. Para satisfacer el hambre debemos ejercer acciones para ese fin, es decir, debemos trabajar⁶¹. Trabajo que implica desgaste psico-físico: a más intenso trabajo, más desgaste metabólico, menor esperanza de vida prolongada⁶². Por esta razón es que la

⁶⁰ **FREUD**, Sigmund. (1999): El malestar en la cultura y otros ensayos, p. 43. Igualmente: “La fuerza de la moral civilizada fue enfrentada al uso del cuerpo como un mero objeto, medio e instrumento de placer, este uso fue convertido en tabú...”. **MARCUSE**, Herbert. (1976): Eros reprimido, p. 102.

⁶¹ “Pero el trabajo es algo más que la fuente de los bienes materiales para satisfacer las diversas necesidades humanas. Es un proceso en el que se expresa la esencia de la actividad humana.”. **SUVAROVA**, M. y **ROMANOV**, B. (1989): ¿Qué es la propiedad?, p. 12.

⁶² De allí la frase de Lafargue: “Mientras más sacrificado es el trabajo, mientras más fuerza vital consume en un espacio dado, mejor retribuido debe ser.”. **LAFARGUE**, Paul. (2004): El derecho a la pereza. Versión completa, p. 53.

economía (mayor satisfacción por el menor esfuerzo) es la base de toda vida humana, es decir, es social.

Para satisfacer esa economía los seres humanos han constituido formas distintas para ello. La actual ha sido denominada como modo de producción capitalista, capitalista porque su fin es crear y acumular capital (riqueza o acumulación de mercancías); a diferencia de otros como el de subsistencia donde se crean bienes para intercambiar satisfaciendo únicamente las necesidades básicas, sin acumulación. Lo que caracteriza a toda mercancía (la mercancía es cualquier cosa trabajada por el hombre para cambiarla con otro apaciguando necesidades) es que ella es trabajo solidificado, materializado:

“El cuerpo de la mercancía...cuenta siempre como encarnación del trabajo abstractamente humano y en todos los casos es el producto de un trabajo determinado útil, concreto.”⁶³.

Sin embargo, el Capital y el Trabajo son asimétricos porque para que aumente el capital (ya sea los medios de producción: herramientas, agua, tierra, etc.; ya sea el dinero que se invierte en ellos) debe, necesariamente, disminuir la vida de los trabajadores al aumentar su fuerza vital, es decir, las cosas absorben la vida humana.

“*El capital* se convierte, así mismo, en una *relación coactiva* que impone a la clase obrera la ejecución de más trabajo del que prescribe el estrecho ámbito de sus propias necesidades vitales.”⁶⁴.

⁶³ MARX, Karl. (1980a): El Capital. Crítica de la economía política, p. 71.

En efecto, la lógica del capitalista es ésta: Más ganancia reduciendo gastos⁶⁵, es decir, vender más mercancías y más baratas que su competidor⁶⁶ disminuyendo los gastos a través de mejor tecnología maquinaria (que sustituye obreros⁶⁷) y a través de la intensificación del desgaste de la fuerza vital del trabajador⁶⁸. Así, se obtiene ganancia gastando menos en la compra de la mercancía-trabajo (capital variable), sustituyéndola por maquinaria cada vez más eficiente que su modelo anterior y que el trabajador que la utiliza (capital constante), alargando la jornada laboral más de lo que la persona necesita trabajar para volver a ir a trabajar los siguientes días⁶⁹, e intensificando su fuerza laboral produciendo más valores de uso (bienes materiales) en la misma jornada laboral⁷⁰ (reduciendo así su valor de cambio)⁷¹.

⁶⁴ Ídem, p. 376.

⁶⁵ “El motivo es simplemente que con la productividad creciente del trabajo no sólo aumenta el volumen de los medios de producción consumidos por el mismo, sino que el valor de éstos, en proporción a su volumen, disminuye.”. **MARX**, Karl. (1980c): El Capital. Crítica de la economía política, p.775. o “El motivo impulsor y el objetivo determinante del proceso capitalista, ante todo, consiste...en la mayor producción posible de plusvalor y por consiguiente la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo por el capitalista.”. **MARX**, Karl. (1980b): El Capital. Crítica de la economía política, p. 402.

⁶⁶ **MARX**, Karl. (1980c): El Capital. Crítica de la economía política, p.778.

⁶⁷ “...(E)l número de obreros decrece en proporción a la masa de medios de producción con los que trabajan. Una parte cada vez mayor del capital se convierte en medios de producción, una cada vez menor en fuerza de trabajo.”. Ídem, p.781.

⁶⁸ Se desgasta la vida del trabajador cuando existe una “...prolongación de la jornada laboral más allá de los límites del tiempo de trabajo necesario para la subsistencia el propio obrero...” (plusvalor absoluto) y cuando existe un “...acrecentamiento del plusvalor (absoluto) por medio de la reducción del tiempo necesario (para la subsistencia del propio obrero), independiente de los límites de la jornada laboral.” (p. 617); reducción que se logra por medio del “...aumento en la velocidad de las máquinas y por medio de la ampliación en la escala de la maquinaria que debe vigilar el mismo obrero, o del campo de trabajo de este último.”. **MARX**, Karl. (1980b): El Capital. Crítica de la economía política, p. 502. (Lo que se entreparentizó yo lo hice.)

⁶⁹ Esto porque el valor de la fuerza de trabajo (salario) está dado por el valor de los medios de subsistencia que necesita para vivir el obrero.

⁷⁰ Todas las personas que han tenido que trabajar han experimentado la presión de tener que producir hoy más cosas en el mismo tiempo o jornada laboral que las que se hicieron ayer.

⁷¹ “Podemos decir entonces que la plusvalía es la diferencia entre el valor producido por el obrero y el valor de su fuerza de trabajo.”. **MANDEL**, Ernest. (1977): Introducción a la Teoría económica marxista, p. 35.

Las ganancias en capital siempre están en aumento (a esto llaman algunos “progreso”), siempre el capital se acumula en las manos del capitalista que lo vuelve a consumir comprando nuevos medios de producción, comprando nueva fuerza de trabajo (que a su vez consumirá estos medios) o comprando sus medios de subsistencia.

Sin embargo

“La población obrera, pues, con la acumulación del capital producida por ella misma, produce en volumen creciente *los medios que permiten convertirla en relativamente supernumeraria*...Constituye un ejército industrial de reserva a disposición del capital...”⁷².

Esto quiere decir que a mayor plusvalor (y por ende de pluscapital: de mercancías) mayor desocupación⁷³.

A todo esto el trabajador es ajeno porque no sabe que trabaja mucho más creando mercancías de lo que realmente necesita, recibiendo menos precio por su fuerza de trabajo, es decir, se encuentra enajenado de la riqueza que creó (falsa conciencia).

⁷² **MARX**, Karl. (1980c): *El Capital. Crítica de la economía política*, p. 785 y 786.

⁷³ Según las Tasas de desempleo abierto, subempleo y subutilización total de la Fuerza de Trabajo que aparece en la página <http://indicadoreseconomicos.bccr/indicadoreseconomicos/cuadros> del Banco Central de Costa Rica, para el 2006 (a julio) el desempleo fue del 6,00% y el subempleo fue de 9,00%. La tasa de subutilización total pasó de 13,90% en 1996 a 15,0% en 2005; a pesar de que el Producto Interno Bruto a precios del mercado (en millones de colones) ha aumentado de 876.910,6, en 1991, a 12.963.365,6, en 2006; es decir, inversamente proporcional: aumenta la producción de bienes pero disminuye el empleo. Hay superabundancia de bienes (pluscapital) y superabundancia de personas sin ellos (ejército de reserva).

Así es, pues, como se esclaviza⁷⁴ a una gran parte de los miembros de esta sociedad, a pesar de que se diga que no existe, y de esta forma miles de humanos no satisfacen (o lo hacen paupérrimamente) su instinto de supervivencia (comida, techo y vestuario).

Se podría criticar a esta concepción de ser economicista porque reduce las relaciones sociales no económicas a relaciones económicas pero, por el contrario, se economizan las demás relaciones sociales dándoles su verdadera forma de ser ya que todas esas relaciones son de intercambio explotador, es decir, existe, en las sociedades capitalistas, un deseo de explotar al prójimo, de usarlo para mi propio beneficio.

Tampoco me atañe esta crítica de Bourdieu:

“Este concepto de científico-económico de capital reduce el universo de las relaciones sociales de intercambio al simple intercambio de mercancías, el cual está objetiva y subjetivamente orientado hacia la maximización del beneficio, así como dirigido por el interés personal o propio. De esta manera, la teoría económica define implícitamente todas las demás formas de intercambio social como relaciones no económicas y desinteresadas.”⁷⁵.

Como se verá, no considero que las relaciones sociales diferentes al intercambio de mercancías sean no económicas ni dirigidas a la explotación, todo lo contrario, todas y cada una de las relaciones sociales en nuestras sociedades

⁷⁴ Nuestra sociedad se basa en lógicas de dominación, o sea, “...que descansa en la dominación, es decir en la constitución de diversos a los que se discrimina...”. **GALLARDO MARTÍNEZ**, Helio (1993): 500 años: Fenomenología del mestizo (violencia y resistencia), p. 117.

⁷⁵ **BOURDIEU**, Pierre: Las formas del capital. Capital económico, capital cultural y capital social, p. 133.

son económicas e interesadas puesto que se basan en una moral de explotación o utilización de los otros para nuestras necesidades.

Apartado B. El gran Eros

El otro gran instinto es el sexual, que no es tan rígido como el anterior sino que es flexible⁷⁶ (puede ser desviado). Muchos han dicho que este instinto va dirigido sólo a la procreación pero creer esto es una forma de discriminación porque se puede tener sexo (y sexualidad) satisfaciéndose, sin tener que engendrar hijos. Esto lleva a que no se coloquen etiquetas estereotipadas o excluyentes, como por ejemplo “perversos”⁷⁷, a quienes practican actos sexuales fuera del matrimonio y de la procreación (usando profilácticos, métodos de anticoncepción, masturbaciones, sexo anal o bucal, etc.). Desde que Jesús el Cristo aconsejó no juzgar al prójimo (así escrito en Mateo 7:1-5, Marcos 4:24-25 y Lucas 6:37-42.) a los hombres solamente Dios los puede juzgar en el Juicio Final, y allí les serán perdonados sus pecados a los que aquí perdonen porque Él es misericordioso (así escrito en Mateo 6:14-15, Marcos 3:28 y Lucas 6:35-36.).

⁷⁶ Se puede pasar años sin tener sexo, no poniendo en peligro la vida, pero no se puede pasar más de 40 días sin comer porque moriríamos.

⁷⁷ “Las perversiones sexuales no existen porque nada que conduzca a la confianza y al orgasmo puede ser perverso.”. COOPER, David. (1979): El lenguaje de la locura, p. 81. También: “Quizás debemos cambiar por completo nuestra actitud hacia el mismo acto sexual. Ya no debemos insistir en que sólo es pleno y “natural” cuando tiene mayores probabilidades de llevar a la concepción. ¿Porqué no estimular, por más chocante que sea, aquellas prácticas que no producen daño fisiológico, aliviando la tensión sexual y no suponen riesgo alguno de llevar a la concepción?”. ASIMOV, Isaac. (1976): Diez a la Quinta milla cuadrada, p. 268.

“Pues, ¿acaso la puesta en discurso del sexo no está dirigido a la tarea de expulsar de la realidad las formas de sexualidad no sometidos a la economía estricta de la reproducción: decir no a las actividades infecundas, proscribir los placeres vecinos, reducir o excluir las prácticas que no tienen la generación como fin? A través de tantos discursos se multiplican las condenas judiciales por pequeñas perversiones, se anexó la irregularidad sexual a la enfermedad mental, ¿no constituye otros tantos medios puestos en acción para reabsorber un proyecto de una sexualidad genitalmente cerrada, tantos placeres sin fruto?”⁷⁸.

Este instinto, a diferencia del otro estudiado, puede ser reprimido en su fin⁷⁹ y sublimado a otro fin⁸⁰ por la sociedad. Según se ha dicho por algunos, el orgasmo sexual produce un sentimiento de alegría, de placer y de relajación: “...(E)l orgasmo es el movimiento renovador que sale de una vieja mente y regresa a una nueva en presencia de otra persona con la que uno crea confianza sin necesidad de falsas promesas para el “futuro”...”⁸¹. En última instancia produce Felicidad⁸². Así, el orgasmo es el fin del instinto sexual porque se aliviana o satisface la tensión que él ejerce en nuestro cuerpo, sin embargo, este fin ha sido reprimido (enviado al inconsciente) y sustituido por el *deber* de tener hijos, sin placer alguno⁸³. Esta es la **Moral del Asco**: Tener asco o repugnancia a los

⁷⁸ **FOUCAULT**, Michel. (2000): Historia de la sexualidad. 1. La voluntad del saber, p. 48.

⁷⁹ “La ley moral no es otra cosa sino una manifestación exterior del afán congénito del hombre de oprimirse y dominarse así mismo.” **JUNG**, Carl Gustav. (1969): Teoría del psicoanálisis, p. 187.

⁸⁰ “El placer constructor de cultura de Eros es la sublimación no represiva: la sexualidad no es ni desviada ni apartada de su objetivo trasciende hasta otro, buscando una gratificación más completa.” **MARCUSE**, Herbert. (1976): Eros reprimido, p. 110.

⁸¹ **COOPER**. David. (1979): El lenguaje de la locura, p. 77. De una forma menos poética: “La potencia orgásmica es la capacidad de abandonarse al fluir de la energía biológica sin ninguna inhibición, la capacidad para descargar completamente toda excitación sexual contenida, mediante contracciones placenteras involuntarias del cuerpo.” **REICH**, Wilhelm. (1976): La potencia orgásmica, p. 47.

⁸² “La Naturaleza nos ha credo a todos únicamente para ser felices.” **DE LA METTRIE**, Julien Offray. (1962): El hombre máquina, p. 69.

⁸³ “De la degradación de la codicia carnal y de la efervescencia de la pubertad se exhalaba un vaho que cubría de nubes y ofuscaba mi corazón hasta el grado de que no se distinguía la serenidad del afecto, de la niebla de la sensualidad...No cuidaban los míos de detenerme con el matrimonio de esta caída en las pasiones...”.

órganos más erógenos porque, además, nos sirven para evacuar sustancias desechadas por el cuerpo, a saber, pene, ano, vagina, piel, etc. (ya Freud advirtió sobre la belleza, el orden y la higiene, como prescripciones importantes de la cultura⁸⁴), por lo que se puede tener sexo pero orgasmos pocas personas. Desde niños se nos ha educado para tenerle asco a fluidos, gases y materia expulsada de nuestro organismo fisiológico; de jóvenes y adultos nuestro instinto sexual exige satisfacerlo pero aquella Moral reprime su plena descarga. Moral que al crecer se vuelve inconsciente pero que actúa en el Yo con gran fuerza⁸⁵. La energía sexual es poderosa y al quedar cortada en su fin tiene que dirigirse a otro fin: ¿A dónde va?

Apartado C. Mammón contra Eros.

Pues sí, ni más ni menos, va a reforzar la energía vital del instinto de supervivencia, va al modo de producción de mercancías, va a la competencia para producir riquezas. Para mí es una forma de acrecentar la fuerza vital del trabajador para producir mercancías y así ser explotado (plusvalor):

AGUSTÍN DE HIPONA. (2000): Confesiones, p. 27 y 28.

⁸⁴ FREUD, Sigmund. (1999): El malestar en la cultura y otros ensayos, p. 39.

⁸⁵ FREUD, Sigmund. (1998): Esquema del psicoanálisis, pp. 211. Para un ejemplo de la dinámica de la represión e imposición de esta moral se puede consultar a SCHATZMAN, Morton. (1979): El asesino del alma. La persecución del niño en la familia autoritaria, pp. 195.

“Señalaremos, empero, que todos los métodos para acrecentar la fuerza productiva social del trabajo...son al mismo tiempo métodos para acrecentar la producción de plusvalor o plusproducto, que a su vez constituye el elemento constitutivo de la acumulación.”⁸⁶.

Pero se dirigen de distinta forma para los personajes del proceso productivo. Al trabajador le ayuda a aumentar su fuerza productiva para crear más bienes en el mismo tiempo, disminuyendo su vida; con esto hay ganancia para el capitalista porque se aumenta la cantidad de mercancías y se paga el mismo valor o menos por el trabajo realizado ahora como el de antes⁸⁷. Al capitalista esta fuerza le ayuda a dirigir el proceso productivo, a mandar despóticamente⁸⁸ porque desde luego si se quiere dinero no se puede ser democrático en la toma de decisiones para el negocio, ello para poder competir con el resto de capitalistas.

Esto es un proceso objetivo porque se transmite por la educación: el placer es vicio, el autodomínio es trabajo, ¡claro!, porque la fuerza para crear riqueza para los capitalistas podría irse a hacer felices a todos los humanos. Como dice Ussel:

⁸⁶ **MARX**, Karl. (1980c): El Capital. Crítica de la economía política, p. 776.

⁸⁷ “El mismo tiempo de trabajo agrega al producto global el mismo valor que siempre, a pesar de que este valor de cambio inalterado se representa ahora en más valores de uso, y por lo tanto se abate el valor de cada mercancía singular.” **MARX**, Karl. (1980b): El Capital. Crítica de la economía política, p. 499.

⁸⁸ Ídem, p. 403. “...(E)ntonces, de hecho, se presenta como cuestión de vida o muerte para el capital su autoridad en el proceso de producción, su autoridad en la fábrica, que se identifica con el poder que tiene el capitalista para disponer, como cualquier comprador, de la mercancía (fuerza de trabajo) que ha comprado.” **MELOSSI**, Darío y **PAVARINI**, Massimo. (1985): Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX), p. 69.

“El tipo burgués se caracteriza por un gran autodomínio...Saber dominarse es la condición para una mayor eficiencia en el trabajo...El cuerpo dejó de ser un instrumento de placer, pasando a ser un instrumento de trabajo.”⁸⁹.

El autocontrol, que no es más que la castración o supresión de la sexualidad infantil y juvenil, se enseña a través del poder de los padres (y demás figuras de autoridad) que luego se hace olvido pero que siempre sigue ejerciendo fuerza (Súper-yo)⁹⁰, esto crea angustia sexual y sentimientos de culpabilidad⁹¹, y por ello sumisión o sometimiento a la autoridad:

“La represión sexual sirve a la función de mantener más fácilmente a los seres humanos en un estado de sometimiento, al igual que la castración de potros y toros sirve para asegurar bestias de carga.”⁹².

Foucault hace una crítica de que a pesar de lo dicho no existe censura o represión sexual y que, más hoy en día, hay mayor cantidad de discursos sobre sexo que antes⁹³. Ciertamente los discursos sexuales están en todas partes pero la censura no está en el deseo del sexo sino en la liberación de la tensión sexual

⁸⁹ USSEL, Jos von. (1974): La Represión Sexual, p. 45.

⁹⁰ Ya Descartes lo había dicho antes que los psicoanalistas: “...(A) causa de que todos hemos sido niños antes de ser hombres y que hemos debido ser gobernados largo tiempo por nuestros apetitos y nuestros preceptores, los que a menudo eran contrarios unos a otros, y que ni unos ni otros aconsejaban acaso siempre lo mejor, es casi imposible que nuestros juicios sean ni tan sólidos como lo hubiesen sido si hubiéramos tenido desde el momento de nuestro nacimiento el uso completo de nuestra razón.” DESCARTES, Renato. (1976): op. cit., p. 24 y 25.

⁹¹ “Uno debe asimilar la regla de que los malos comportamientos serán castigados y autoimponerse la culpa en caso de cometer una infracción, La compañera de la culpa es la vergüenza.” ROWEN, Edward L. (2001): Los placeres del autoerotismo, p. 39.

⁹² REICH, Wilhelm. (s/f): La función del orgasmo. El descubrimiento del orgón. Problemas económico-sexuales de la energía biológica, p. 177. Al respecto es bueno recordar aquel consejo de Heráclito: “Si la felicidad consistiera en los placeres del cuerpo, llamaríamos felices a los bueyes cuando encuentran algarrobas para comer.” HERÁCLITO. (1983): Fragmentos, p. 196.

⁹³ FOUCAULT, Michel. (2000): Historia de la sexualidad. 1. La voluntad del saber, p. 32. Hasta para recordarle a la gente que deben pagar la luz se utiliza el sexo, por cierto, como si la falta de pago fuese un problema de descuido y no un serio problema de falta de dinero.

por medio del orgasmo y, por consiguiente, el surgimiento de la angustia⁹⁴. La gran cantidad de discursos sobre el sexo tienen que ver con la necesidad del orden capitalista de intensificar aquella tensión para que sea descargada en el proceso productivo (hasta el deporte, donde se puede descargar, es hoy un gran negocio).

Ahora bien, la tensión sexual no se descarga plenamente en el proceso productivo de mercancías porque su fin es el orgasmo (existe angustia), tanto para el obrero como para el burgués; para este segundo se maximiza la tensión porque debe evitar la quiebra por la competencia con sus pares⁹⁵; y para aquél no solamente la competencia con sus pares sino también la angustia de que el salario no alcanza para cubrir sus medios de subsistencia o, simplemente, no hay⁹⁶.

Apartado Ch. Castigar: "liberación" de la angustia

En síntesis, conforme se fue consolidando el modo de producción capitalista (con la fábrica como su modelo más acabado) así se fue reprimiendo la

⁹⁴ "La sexualidad y la angustia son un solo y único proceso de excitación, aunque en direcciones opuestas.". **REICH**, Wilhelm. (s/f): La función del orgasmo. El descubrimiento del orgón. Problemas económico-sexuales de la energía biológica, p. 209.

⁹⁵ "Así pues los seres humanos padecen de tensiones nerviosas y espirituales a que les somete la competencia con sus semejantes. Aunque se les haya adiestrado desde la primera infancia para ver progreso en las desatinadas aberraciones de la competencia, se percibe el miedo con mayor claridad justamente en los ojos de los más progresistas, mientras que los más competentes, es decir, "quienes marchan con los tiempos", mueren prematuramente de infarto de miocardio.". **LORENZ**, Konrad. (1985): Los 8 pecados mortales de la humanidad civilizada, p. 38.

⁹⁶ "El Capital, al vivir de esta manera, de la vida de los obreros, los amenaza con la muerte.". **HINKELAMMERT**, Franz J. (1981): Las Armas Ideológicas de la Muerte, p. 36.

sexualidad hasta que en el siglo de las luces (siglo XVIII) se logró imponer una oposición entre Trabajo-Placer, se impuso la Moral del Asco o de la Impureza. Se castró, primero física y luego psicológicamente, para hacerlo más fuerte a pesar de la explotación en el trabajo, o, al revés, cuanto mayor placer exista menos fuerza para trabajar existe y, por ende, menor autoperpetuación del Capital. El ser humano viviría para sí y no para las Cosas. Sin ídolos.

“(E)l modo de producción capitalista requería, a fin de poder establecerse socialmente, de un principio de rendimiento tan arraigado en la estructura psíquica de los individuos, que hiciese innecesaria la imposición...desde afuera, para que esta pudiese funcionar como una coerción interna...Los constituyentes esenciales del placer sexual tenían que hacerse tabú y los elementos restantes del placer sexual “legítimo” tenían que debilitarse y disociarse, se orientaba al ideal de las relaciones heterosexuales y monogámicas. Pero los componentes sexuales reprimidos se utilizaban en el proceso de integración social y en el proceso de trabajo.”⁹⁷.

El ser humano no nace o bueno o malo, o bueno y malo, o ni bueno ni malo; sino que nacemos para el bien⁹⁸. Es la sociedad, basada en la dominación, quien se encarga de hacerlo violento al hombre: “...(H)oy la violencia y la agresión parecen estar menos sublimizados que en anteriores períodos de la historia, su predominio, la escala tan ampliada invalida la idea de un progreso en la humanización.”⁹⁹.

⁹⁷ REICHE, Reimut. (1976): La represión sexual, p. 77.

⁹⁸ “...(E)n resumen, el amor consiste en el deseo de poseer el bien para siempre.”. PLATÓN. (1999): El Banquete, p. 113. Para una discusión acerca de los conceptos Bien y Mal consúltese RUSSELL, Bertrand. (1998): Sociedad humana: ética y política, p. 53 y ss.

⁹⁹ MARCUSE, Herberth. (1972): Ensayos sobre política y cultura, p. 91.

Como el ser humano vive en extrema tensión, como he manifestado, debe liberarla y una forma de ello es a través de la agresión así mismo (autoflagelarse) o hacerse agredir por otro (masoquismo) o agredir a otro (sadismo)¹⁰⁰: He aquí la causa del *deseo* de castigar. Por otro lado, tiene *poder* de castigar quien tenga poder de dominar, de allí que exista una microfísica del Poder, como manifiesta Foucault.

En fin, ¿por qué la esencia de la pena es el miedo? Porque sin miedo a la satisfacción plena de los instintos mencionados arriba podríamos liberarnos de la angustia y la tensión y, por ello, no tendríamos necesidad de “liberarnos” por medio de la agresión con el castigo o la pena.

Sección 3.

Las Teorías de la Pena.

“Pero, la violencia legitimada
queda como violencia.”
Basaglia y Basaglia¹⁰¹

Como la mayoría de los escritores de derecho penal no están dispuestos a aceptar la innecesariedad de la pena (con ello no se cuestiona el *statu quo* que

¹⁰⁰ COOPER, David. (1979): El lenguaje de la locura, p. 81.

¹⁰¹ BASAGLIA, F. y BASAGLIA, F. (2000): Violencia en la marginalidad. El hombre en la picota.

impone el sistema capitalista), se limitan a complacerse creyendo que el Sistema Penal formaliza (da cierta previsibilidad) tal agresión¹⁰², y que esto es preferible a la violencia ejercida fuera de este Sistema (mutatis mutandi toda violencia, aunque formalizada, es violencia).

Por ello hablan de teorías de la pena creyendo responder a la pregunta ¿qué es la pena?, pero como creen necesarias las penas, en realidad lo que hacen es justificarlas¹⁰³.

Apartado A. Teorías absolutas de la pena.

Quise estudiar a las dos personas que mejor expresaron las posteriormente a su muerte llamadas teorías absolutas de las penas (Kant y Hegel) porque, a pesar de que fueron filósofos y no penalistas, muchos escritores sobre Derecho Penal justificaron el uso de la pena en estas teorías, y porque, a pesar de que fueron rechazadas y sustituidas por las llamadas teorías relativas a un fin, hoy en

¹⁰² Por ejemplo: “El Derecho penal, tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es, pues, violencia; pero no toda la violencia es Derecho penal. La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. La violencia es, por tanto, consustancial a todo *sistema de control social*. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la *formalización* del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social.” **MUÑOZ CONDE**, Francisco y **GARCÍA ARÁN**, Mercedes. (1986): Derecho Penal. Parte General. p. 27.

¹⁰³ Como diría Bacigalupo, más bien responden a la pregunta: “... ¿(B)ajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena? **BACIGALUPO**, Enrique. (1994): Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 72.

día algunos conocidos penalistas dicen seguir dándoles vida (Así por ejemplo Roxin y Jakobs¹⁰⁴).

La ética del asco determina a que todos separemos lo Puro de lo Impuro: Del lado de lo Impuro colocamos todos los sentimientos, las pasiones, el instinto, todo lo que tenga que ver con el cuerpo material; y del lado de lo Puro colocamos los conocimientos, la lógica, las ideas, la razón, todo lo que tenga que ver con la mente. Así creamos una contradicción entre Razón e Instintos.

Inmanuel Kant no pudo aislarse de esa ética ya que era burgués, pietista (vivió en la época de la consolidación del modo de producción capitalista y del ascenso de los comerciantes al poder con la Revolución francesa como referente). Para él, de la ética (o de las costumbres) pueden separarse dos fundamentos, el uno empírico (relaciones entre humanos) que será antropología práctica y el otro racional (que tendrá al entendimiento como base) que será la metafísica de las costumbres. No sólo ambos fundamentos deben separarse (no contactar para no ensuciarse) sino que, además, la filosofía pura (la metafísica) debe enseñar (obligar) a la filosofía práctica (la antropología) a seguir los conceptos de la razón pura, o leyes de obligatoriedad a priori. Desde un principio Kant se impone un objetivo claro, deberá contestar a esta pregunta: "...¿(N)o se cree que es de la más urgente necesidad elaborar de una vez por todas una filosofía moral pura que

¹⁰⁴ "EL avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena." **ROXIN**, Claus. (1992): Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal, p. 203. "En Hegel la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general aquí representada." **JAKOBS**, Günter. (1997): Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, p. 23.

esté completamente *limpia* de todo cuento puede ser empírico y pertenezca a la antropología?”¹⁰⁵. Su respuesta es afirmativa y se avoca a ello. Para él existen leyes morales anteriores (a priori) a toda praxis humana que deben conducirla por la senda del bien y no por la de las corrupciones. Pero esas costumbres buenas deben realizarse *por* la ley y no solamente *conforme* a la ley, debido a que una voluntad se puede dirigir a un fin bueno, *siguiendo* una ley a priori, pero por esa conformidad esa voluntad no es buena en sí ya que se puede lograr aquel fin para beneficio propio; logra ser una voluntad buena *por* la ley, únicamente, es decir, por quererla, esto porque “...considerada por sí misma es, sin comparación, muchísimo más valiosa que todo lo que por medio de ella pudiéramos realizar en provecho de alguna inclinación...”¹⁰⁶. Es por esto que la razón debe producir una voluntad buena.

“(E)l deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley.”¹⁰⁷.

Existe una ley de causa-efecto ya que cuando mi razón reconoce la ley, la reconoce con respeto, que es subordinación, y esto crea ejemplos en otros. En síntesis, en el hombre común surge una dialéctica entre razón e inclinación sensual.

¹⁰⁵ KANT, Inmanuel. (2004b): Fundamentación de la Metafísica de las Costumbre, p. 57. Lo resaltado lo realicé yo.

¹⁰⁶ Ídem, p. 63.

¹⁰⁷ Ídem, p. 69.

Aquí nace la primera duda ¿de dónde surge la ley moral como para tener un deber de seguirla? Kant contesta que de ejemplos de conductas empíricas no por ser corruptibles sino porque tienen como trasfondo la “Idea de Voluntad Buena”¹⁰⁸, que reside en la razón (ver página 78 del libro citado de Kant).

Como no toda voluntad elige lo bueno la ley resulta ser un Mandato (porque no necesariamente se obedece) que se presenta a través de un Imperativo, o deber ser. Por eso el Imperativo Categórico es: Obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal. Como los seres humanos son racionales, son fines en sí mismos, o sea, el hombre “...no puede ser usado meramente como medio y por tanto, limita todo capricho en este sentido...”¹⁰⁹.

En un país como Costa Rica, donde según el Proyecto Estado de la Nación:

“...desde 1994 no se ha avanzado en la reducción de la pobreza, de modo tal que los niveles de incidencia se mantienen en valores cercanos 20% de los hogares (23% de la población...), indicio suficiente para afirmar que el tipo de crecimiento económico prevaleciente no es el más adecuado para lograr reducciones significativas de la pobreza.”¹¹⁰;

¹⁰⁸ Una posición contraria así: “Es imposible hablarle del jugo de manzana a alguien que no lo ha probado. Poco importa lo que le digamos, la otra persona no logrará sentir la verdadera experiencia del jugo de manzana. La única manera es beberlo.”. **THICH NHAT HANH**. (1998): Detente y sabrás, p. 55.

¹⁰⁹ **KANT**, Inmanuel. (2004b): Fundamentación de la Metafísica de las Costumbre, p. 97.

¹¹⁰ **PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN**. (2002): Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible: Séptimo Informe 2000, p. 90. Lo que significaba que hasta el año 2000 existían 795 633 seres humanos costarricenses pobres. Sin embargo, se llega a afirmar: “En el período de estudio (2000, 2001 y 2002), un 37% del total de hogares experimentó pobreza en algún momento de estos, un 18% fue pobre ocasional (pobre en un año), un 10 % pobre recurrente (pobre en dos años) y un 9% pobre crónico (pobre en los tres años) Esto podría explicar la percepción de la población costarricense, en el sentido de que la pobreza es

Con tanta pobreza material, y por tanto espiritual, mucha gente violenta a su prójimo robándole, entre otras cosas. Para Kant esta voluntad irrespetada al mandato de no utilizar al otro como medio, lo cual como imperativo de la razón es cierto pero si lo pensamos como una inclinación movida por las necesidades que surgen de las relaciones intrahumanas (y aquí de dominación), a pesar de lo “impuro”, se justifica. Es por esto que él, en contra de su intención, tiene que llenar sus fórmulas con ejemplos empíricos y por ende según *sus propias* inclinaciones e intereses de clase. Por eso aunque muchas personas quieran, no pueden. Por lo tanto es Kant, en realidad, quien se convierte en legislador universal, según sus inclinaciones, es decir, tratando de imponer sus inclinaciones: “La verdad es que la conciencia, o el sentido del deber es una inclinación de especie muy compleja...”¹¹¹. Este problema llevó a Nietzsche, por ejemplo, a afirmar que “...cada uno invente su virtud, su imperativo categórico.”¹¹².

Para Kant la pena o castigo no puede ser aplicada para beneficiar a alguien o a la sociedad, sino que se aplica por la sola razón de que alguien delinquirió porque la ley penal es un imperativo categórico. Por eso:

mayor que el 20% captado de manera anual.”. **PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN** (2004): Décimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible, p. 102, recuadro 2.8. Para años anteriores se dice, según el periódico **La Nación**: “En 1997 -señala el documento- el 10 por ciento de los hogares más ricos recibieron, en promedio, 15,5 veces más ingresos que el 10 por ciento más pobre; en el 2001 la cifra subió a 23 veces.”. La Nación se refiere al octavo informe del Estado de la Nación. Y para más datos: “...(P)ara 1977 el 20% más pobre de la población recibía apenas un 3,9% del ingreso total, en tanto el 20% más rico recibía un 53% del mismo.”. **GARNIER**, Leonardo. (1989): Crisis, desarrollo y democracia en Costa Rica, p. 32.

¹¹¹ **SPENCER**, Herberth. (s/f-b): La Ética de Kant, p. 79 y 80.

¹¹² **NIETZSCHE**, Friedrich. (1997): El anticristo, p. 32. También: “Yo construyo mis propios valores, quizás de forma no consciente y además; ¿Quién es “Yo”?”. **BERLÍN**, Isaiah. (2001): Dos conceptos de libertad y otros ensayos, p. 136.

“...la coacción se justifica porque es condición necesaria para el desarrollo de la libertad racional...”¹¹³.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel tampoco se libra de la moral burguesa del asco porque separa lo Puro de lo Impuro, o en sus conceptos Cuerpo y Espíritu.

“Que el derecho, la ética, el mundo real del Derecho y del Ethos se aprenden con el pensar, que con los conceptos se da la forma de la racionalidad, esto es, la universalidad y determinabilidad; este hecho, es decir, la ley, es lo que aquel sentimiento -que reserva para sí el capricho- y aquella conciencia -que basa el derecho en la convicción subjetiva- consideran fundamentalmente como lo más *hostil* así mismos.”¹¹⁴.

Hegel hace esta distinción porque para él los sentimientos y la conciencia son temporales, pasajeros, corruptibles, inseguros, pero que, en ellos, hay un trasfondo, una sustancia, algo eterno que será lo racional o la Idea; tal y como para Kant existen leyes a priori que son anteriores y que determinan la razón pura práctica: “Porque lo racional que es sinónimo de la Idea, entrando en su realidad justamente con el existir exterior, se manifiesta en una infinita riqueza de formas, fenómenos y modos, y rodea su núcleo de una apariencia múltiple, en la cual la conciencia se detiene primeramente y que el concepto traspasa para encontrar el pulso interno y sentirlo palpar aún en las formas exteriores.”¹¹⁵.

Para este autor el Espíritu, o la Voluntad Libre, se manifiesta en el Sistema de Derecho. Esta voluntad es libre porque el Yo se abstrae o se libra de lo

¹¹³ BETEGÓN, Jerónimo. (1992): La justificación del castigo, p. 36.

¹¹⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. (1955): Filosofía del Derecho, p. 30. Lo resaltado lo hice yo.

¹¹⁵ Ídem, p. 34.

empírico, pero a la vez, se determina o limita o distingue por lo empírico, o lo que Hegel llama entrar en la existencia de la finitud o de la individualización del Yo (p. 48). Es decir, la Voluntad se abstrae de toda determinación pero, negativamente, también se pone a sí misma como determinada. Cuando se abstrae niega la determinación, pero al determinarse niega a la anterior negación. Sin embargo, como ese Yo se abstrae, esta misma abstracción constituye su determinación, imperfección o finitud, por lo que por ello no es la Sustancia, El Uno. El cuerpo es la individualidad, o sea la unidad de aquellos opuestos o mejor, la Voluntad, pero, aún así, todavía no es la Esencia.

La finitud de una cosa consiste en que no es igual su en sí y su por sí -por eso es apariencia-. La voluntad sólo *en sí* es finita porque se determina por estímulos, deseos, inclinaciones, o son por la naturaleza (p. 51.), por ello es formal, es decir, no penetrada aún por su universalidad. Pero como la voluntad piensa y da a sus fines universalidad¹¹⁶ (tal como Kant), o sea, trasciende la naturaleza, "...anula la diferencia de la forma y del contenido y se vuelve voluntad objetiva infinita.". (p. 53). El contenido de la voluntad tal puede ser mío, o no, para el Yo, es decir, el contenido de la voluntad es el Yo que elige. Para Hegel, la autoconciencia de ser esencia es el principio del Derecho y su método es la dialéctica porque anula y produce lo universal. Cuando Yo, infinito, me reconozco universal tengo personalidad, no soy esclavo. Al reconocermelo universal, como Yo abstracto -no natural- nace la conciencia del Espíritu, en sí y por sí; libre: Persona. Pero, para Hegel ¿cómo se reconoce que se tiene personalidad? A través o por

¹¹⁶ La voluntad busca lo universal como fin, como algo mío.

medio de la propiedad e intercambio de mercancías: “Este Derecho de las cosas es el Derecho de la personalidad como tal”¹¹⁷. Incluso mi cuerpo es posesión del Espíritu. El delito surge de las relaciones de la voluntad en sí con otras personas por lo que es en sí y por sí, porque así es posible negar esa vulneración, como mal o perjuicio, al vulnerador, constituyéndose un resarcimiento (p. 106.). Por tanto:

“La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es vulneración de la vulneración...”¹¹⁸.

En realidad esta idea es antigua. Cuando Hegel dice que la Idea al existir se manifiesta en muchas formas variables, también lo dice un Upanisad hindú así: “El Uno parece los muchos, sin dejar de ser Uno.”¹¹⁹. Cuando él explica que nuestra conciencia primero conoce lo finito, la apariencia, los sentidos pero que puede trascender y conocer la Esencia, la Idea, el Uno en la apariencia, también es explicado por místicos del hinduismo: “Se considera que la vida engañosa basada en el goce de los sentidos es una ilusión, porque la entidad viviente no puede disfrutar de la vida de los sentidos sino está acoplada en la totalidad completa.”¹²⁰.

Pero el problema de este autor es que hace posible la trascendencia al Uno solamente a través de las relaciones entre seres humanos propietarios privados, mas como diría Spinoza: “En la naturaleza no hay forma de determinar que algo

¹¹⁷ Ídem, p. 70.

¹¹⁸ Ídem, p. 108.

¹¹⁹ (2001): Upanisad...Versión y comentarios de Raphael, p. 124. También lo ha dicho Lao Tsé: “Del Tao se puede hablar pero no del Tao eterno / Pueden nombrarse los nombres, pero no el Nombre eterno /...Así pues, oculto desde siempre, hemos de contemplar su esencia interna / Pero manifestándose continuamente, hemos de contemplar sus aspectos externos...”. **LAO TSÉ.** (1998): Tao Te King. Versión de John C.H. Wu, p. 17.

¹²⁰ **PRABHUPADA**, B.S. (1982): El Sri Isoparisad. Secretos de otros tiempos, p. 3.

pertenece a alguien, todo es de todos. No puede concebirse que por medio de la voluntad se asigne ni se arrebate.”¹²¹. Consolidándose el modo de producción capitalista los propietarios privados eran sólo los burgueses, es decir, únicamente ellos podían conocer la “Idea”¹²², según se deduce del pensamiento hegeliano, que sería la Ética en sí, “...la rica estructura de la Ética en sí -que es el Estado-...”¹²³. ¡Claro! La Idea burguesa es el Estado burgués. Así, pues, el delito es la violencia contra el Estado y el castigo es la violencia contra la violencia, lográndose “...el restablecimiento del Derecho.”¹²⁴.

Se ha indicado que estas teorías de la pena son absolutas porque no tienen relación con ningún fin alguno¹²⁵, lo cual -a mi parecer- es falso porque tanto para Kant como para Hegel la pena sí tiene un fin: retribuir el mal y restablecer el Derecho (hacer justicia). La principal objeción a esta concepción es que no puede ser comprobada por medios empíricos, es decir, que no se puede observar si realmente se retribuyó a la víctima y si se restableció el Derecho, por lo que esto “...sólo es susceptible de una creencia o fe...”¹²⁶.

¹²¹ **SPINOZA**, Baruch de. (2003): Ética, p. 61. Por esa razón se le puede aplicar a Hegel aquella observación heraclitana: “Muchos no lo comprenden, aunque se encuentren con ello, ni lo entienden, cuando lo aprenden; pero se imaginan comprenderlo.” **HERÁCLITO**. (1983): Fragmentos, p. 199.

¹²² “...(E)sa razón eterna no era más que el sentido común idealizado del hombre del estado llano que precisamente por aquel entonces, se estaba convirtiendo en burgués.” **ENGELS**, Federico. (1977): Del socialismo utópico al socialismo científico, p. 72.

¹²³ **HEGEL**. (1955): Filosofía del Derecho, p. 28.

¹²⁴ Ídem, p. 106.

¹²⁵ Consúltese **RUÍZ**, Carmen Eloísa. (2002): Lección 2: Teorías de los fines de la pena, p. 30.

¹²⁶ **ROXIN**, Claus. (1997): Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 84.

En mi opinión, el hecho de que estas teorías se les impute ser metafísicas no es suficiente objeción puesto que porque algo no pueda ser observado -por ende no medible- no quiere decir que no tenga existencia ya que puede ser conocido por medio de los otros órganos y funciones del cuerpo humano (occidente redujo la percepción a la mera observación desligando una parte del todo y rezagando a los demás como resultado de una división social del trabajo estrangulante). La refutación que yo les hago es que la Certidumbre que ellos buscan la encuentran en el sistema capitalista al justificar las relaciones de producción asimétricas como, precisamente, eternas, y por eso la pena también es eterna, aunque no importe si logra los fines (cualesquiera que fuesen).

Apartado B.

Teorías de la pena relativas a un fin de prevención.

Las teorías de la pena relativas a un fin preventivo lo que pretenden -o eso dicen sus autores- no es ya retribuir sino prevenir delitos, evitarlos (su fin es distinto a la anterior teoría). Cuando se lee lo escrito por distintos autores sobre estos fines pareciera que las teorías absolutas son anteriores a las relativas pero esto no es así, por ejemplo, Pavarini dice que con la crisis actual de la pena se debe "...reproponer a la misma un fundamento ontológico..."¹²⁷, y sin embargo

¹²⁷ PAVARINI, Massimo. (1993): La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y

recordemos que existían teorías preventivas antes que las absolutas y viceversa. Kant proponía, ante los abusos de las políticas-criminales monárquicas, que el ser humano no puede ser un medio sino un fin en sí mismo, y Hegel, igual, proponía que la pena no es honrosa si no se impone como consecuencia de un acto o acción humana o si se impone para fines de intimidación o de corrección. Las teorías relativas se diferencian de las absolutas en que aquéllas se autoimponen el ser útiles como medio para alcanzar un fin, al decir de Pavarini tendrán "...que demostrar que sirve(n) para algo."¹²⁸, lo cual es propio del pensamiento pragmático (limitado) anglosajón.

Ya en la primera mitad del siglo XVII Hobbes indicaba:

“Una PENA es un daño infligido...con el fin de que la voluntad de los hombres pueda quedar de este modo, mejor disciplinado para la obediencia.”¹²⁹.

Y Spencer, posterior a Kant y Hegel (a finales del siglo XIX) se manifestaba en que la prisión tenía como fin disciplinar en la industrialidad (al estilo burgués):

“Reclutándose de esta manera la clase criminal en gran parte de los vagos y holgazanes, y siendo la ociosidad la fuente de la criminalidad, se sigue que una disciplina eficaz tiene que ser la que cure la ociosidad.”¹³⁰.

Pero a través de los años la pena ni disciplinó a la obediencia a la ley ni curó de la criminalidad-ociosidad, es decir, la pena fracasó con todo el peso

utilidad, p. 31.

¹²⁸ Ídem. Lo entreparentizado es mío.

¹²⁹ HOBBS, Thomas. (1994): Leviatán. Tomo I, p. 316.

¹³⁰ SPENCER, Herberth. (s/f-a): La Ética de las prisiones, p. 39 y 40.

psicológico que significa esa palabra para la mentalidad competitiva capitalista. A la prevención a través de una pena curativa o disciplinaria se le llama prevención especial negativa o positiva.

Ahora bien, hasta finales del siglo XIX la pena no se logra justificar ya que es metafísica, por lo que no se pueden observar sus consecuencias, y porque fracasó en alcanzar sus fines de prevenir y evitar delitos; pero sí logró el objetivo querido por algunos pero callado por todos: Disciplinar para las exigencias del modo de producción capitalista.

“Los “desvíos” de estas muchedumbres (proletarios)...pueden hacer peligrar el sistema en ciernes; el capitalismo. Era menester controlarles. ¿Cómo? Mediante el hallazgo de una pena “propia de un país civilizado”; según se afirmaba: la prisión...”¹³¹.

Ante esta situación no queda de otra que hacer un viraje a lo social, por lo que ya no importa la expiación-retribución (teoría absoluta) ni la rehabilitación-prevenición (teoría relativa general negativa), sino la intimidación-prevenición, o sea, la pena tiene la función de intimidar al resto de la comunidad que aún no ha delinquido (teoría de la prevención general positiva).

¹³¹ **BARBERO SANTOS**, Marino. (1980): Marginación Social y Derecho represivo, p. 122. Lo entreparentizado es mío. “De esta suerte la población rural expropiada por la violencia, expulsada de sus tierras y reducida al vagabundaje fue obligada a someterse mediante una legislación terrorista y grotesca a fuerza de látigo, hierros candentes y tormentos, a la disciplina que requería el sistema de trabajo asalariado.”. **MARX**, Karl. (1980c): El Capital. Crítica de la economía política, p. 922.

Iba a ser un penalista y no un filósofo quién justificaría la pena desde el Poder disolviendo al delincuente y su *culpabilidad*¹³²; él es Feuerbach:

“Toda pena tiene como objetivo principal y necesario el de apartar a todos del crimen mediante su amenaza.”¹³³.

Sin embargo volvemos a la misma crítica. Al no poder ser demostrado empíricamente el apartar a todos del crimen por la amenaza y la ejecución de la pena esta teoría, también, fracasa: “...(E)n cuanto al pensamiento de utilidad en el sentido de eliminar hechos futuros -respecto de los ya realizados no hay nada que hacer- aun sus defensores tienen que reconocer que ciertas penas como tales (la pena de muerte) o respecto de ciertos delitos (delitos desde posiciones de poder) no tiene efecto preventivo alguno.”¹³⁴. Entonces, ¿Qué hacer?, como decía Lenin, pues recurrir al viejo autoengaño, enconcharse aún más. Maximizando al Derecho, a la norma; minimizando más al ser humano de carne y hueso, ocultando el dolor que se sufre.

Por ejemplo:

¹³² Dicho sea de paso, frente a la crisis de la pena (su inutilidad para alcanzar los fines propuestos y su utilidad para disciplinar violentamente en los valores dominantes) los penalistas se enclaustran discutiendo sobre sus propios dogmas (creo que por eso sus conocimientos reciben el nombre de dogmática), cerrando los ojos a otros conocimientos, creando su propio mundo esquizofrénico o de autopoiesis, es por eso que a todo le ponen el adjetivo *jurídico-penal* para no contaminarse. Al decir de Portilla Contreras: “Con esta desvinculación del Derecho de fuentes externas...el discurso funcionalista permanecería prisionero de su propia autoreproducción y sólo construiría sus propias imágenes internas del mundo externo, pero, por otro lado, haría uso de la comunicación social general para poder ejercer influencia sobre las construcciones sociales generales sobre la realidad.”. **PORTILLA CONTRERAS**, Guillermo. (2002): Relaciones entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho penal: La influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales, p. 138.

¹³³ **FEUERBACH**, Paul Johan Anselm Ritter von. (1989): Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, p. 125. parágrafo 133.

¹³⁴ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan J. y **HORMÁZABAL MALARÉE**, Hernán (1997): Lecciones de Derecho Penal, p. 49.

“Cuando alguien contraviene las leyes, ello provoca una conmoción en la conciencia jurídica general (y con ello insatisfacción e inseguridad) que nuevamente es suprimida cuando las normas se afirman en su validez mediante un castigo, si los delitos permanecieran siempre sin castigo entonces las normas perderán su capacidad de motivación y la sociedad caería más y más en la anarquía.”¹³⁵.

Se critica esta concepción porque, nuevamente, no se puede demostrar que las normas motiven a las personas a la fidelidad al derecho, es decir, a no contrariarlo; y más bien se critica “...la posibilidad de motivar con un medio tan violento como lo es la pena.”¹³⁶.

Todas aquellas personas que exigen fidelidad al derecho son autoritarias porque pretenden crear -algunos creen cuidar y proteger- una sociedad orgánica, con vida, a través de reglas o normas inflexibles, inalterables, rígidas; y esto es imposible: lo que se crea es una sociedad con instituciones severas, sin afectos, ni cooperación. Al decir de Keleman, que se refiere a la familia, *mutatis mutandi*:

“En la familia rígida, sin embargo, se piensa que el amor no es cosa de sentimientos. Se trata de ser Leal, no afectivo...Las reglas rígidas alteran la etapa de la cooperación...No hay una forma de ser libres, sino reglas para mantener el contacto y la distancia.”¹³⁷.

¹³⁵ **ROXIN**, Claus. (1992): Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal), p. 138. Igualmente: “Podría formularse la siguiente tesis: la finalidad de la pena...es la conservación de la disposición de la comunidad a la observancia de la norma...”. **BOTTKE**, Wilfried. (1997): La actual discusión sobre las finalidades de la pena, p. 57.

¹³⁶ **BUSTOS RAMÍREZ**, Juan J. (1992): Perspectivas y desafíos en la política criminal en Latinoamérica, p. 126.

¹³⁷ **KELEMAN**, Stanley. (2002): El amor. Una visión somática, p. 40 y 41.

Contactos superficiales, limitados, no amorosos (como las teorías de los contactos sociales de Jakobs y Lesch¹³⁸): “Cuando cada uno desempeña un determinado papel, la relación de hombre a hombre...es reemplazada por relaciones instrumentales, funcionales, contractuales y demás interrelaciones parciales...Así es como una “comunidad” pasa a convertirse e una “sociedad”.”¹³⁹.

A estas alturas el Derecho Penal (cuya concepción depende de la que se tenga de la pena) no puede justificarse sin tener que admitir su verdadera función, y aún así da su último aliento¹⁴⁰. En efecto, surge una concepción de la pena que, definitivamente, prescinde del hombre y de la mujer, diluyéndolos en conceptos abstractos (metafísicos) de comunidad, y tratándolos de reducir a un puro proceso comunicativo que es simbólico, sin ningún contacto comunal ni personalizado. Algo así como ver semáforos cediéndose el paso o deteniéndose mutuamente (muy de moda entre los penalistas post-modernos). Leemos:

“...(L)a pena como tal mal, en el plano lingüístico se imponía a un culpable a causa de las necesidades preventivas, para protección de bienes jurídicos y frente al mismo resultaría justificada la imposición en virtud de culpabilidad; y en el plano meta-lingüístico se concebía como reproche. El resultado comunicativo en este

¹³⁸ **JAKOBS**, Günter. (1997): Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, p. 10. y **LESCH**, Heiko H. (1995): Intervención delictiva e imputación objetiva, p. 35.

¹³⁹ **USSEL**, (Jos von). (1974): La Represión Sexual, p. 41 y 42. **SALAS PORRAS** afirma: “En fin, al corresponder al clamor de la solidaridad “mecánica”, la sanción penal cumple la función de reconstituir la identidad de grupo y hacerla creíble...Por eso es que la oposición entre una actitud compensatoria o retribucionista de la pena y la argüida defensa social, desaparece.”. **SALAS PORRAS**, Ricardo. (2006): La Sanción Penal. Síntoma de un Orden Social, p. 158,

¹⁴⁰ Es un intento “...de realizar un esfuerzo desesperado para relegitimar al derecho penal precisamente en el ámbito donde más trágicamente ha fracasado: en el ámbito de los fines de la pena.”. **CHIRINO SÁNCHEZ**, Alfredo. (2004): Perspectivas para una teoría del Bien Jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica, p. 62.

meta-nivel es entonces provocar consecuencias simbólicas como consecuencia de la condena y con ello efectos prevención general positiva.”¹⁴¹.

Lo único que se puede saber aquí es que se condena a alguien y se le impone una pena (e incluso que ha sido perseguido desde que se sospecha de haber cometido un delito¹⁴²) pero saber si esto provoca, no ya físicamente sino simbólicamente, consecuencias de prevención es, al decir de Roxin, criticando a Hegel, un acto de fe. Así llegamos nuevamente a postulados retribucionistas de “Restablecimiento del Derecho”. Por eso la siguiente frase de Landrove calza tanto a la teoría absoluta como a la relativa: “...(L)os posibles efectos alcanzados por la pena (el logro de un bien para el sujeto que la sufre o para la sociedad) no tiene trascendencia alguna; lo realmente decisivo es la afirmación del Derecho mediante la retribución de la pena por el mal del delito.”¹⁴³.

Pavarini, dije, echa de menos una nueva fundamentación ontológica, pues ya la tiene en Jakobs, a pesar de que dice éste que su teoría es de prevención:

“La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable.”¹⁴⁴.

Ferrajoli¹⁴⁵ trató de salvar este círculo vicioso en el que se encuentran los penalistas al distinguir entre Ser y Deber Ser, entre los medios y los objetivos, y creyó evitar la falacia de Hume. Pero su intento tampoco resultó al ir en contra de

¹⁴¹ SCHÜNEMANN, Berd. (1997): Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva, p. 93.

¹⁴² Así quiere BOTTKE, Wilfried. (1997): La actual discusión sobre las finalidades de la pena.

¹⁴³ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. (1983): Las consecuencias jurídicas del delito, p. 20 y 21.

¹⁴⁴ JAKOBS, Günter. (1997) Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, p. 9.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. (1986): Derecho Penal mínimo, p. 32 y ss.

toda la práctica y la filosofía utilitarista del pensamiento occidental de origen anglosajón: El éxito o el fracaso de la prevención radica en la no separación o continuidad entre fines y medios (y en su confusión)¹⁴⁶.

Es por esto que Larrauri confiesa ante este tipo de pensamiento:

“Para exponer de forma explícita mi confusión acerca de la “falacia naturalista”: entiendo que de acuerdo con la “ley de Hume”, no sería correcto derivar del hecho de que la pena de prisión no previene la incorrección de la doctrina de justificación utilitarista. Me cuesta más entender por qué infringe la ley de Hume derivar del hecho de que la prisión no previene que esta pena no está justificada.”¹⁴⁷.

¿Por qué estos autores desean prevenir los delitos, o al menos eso dicen? Al decir de Rivera Beiras¹⁴⁸, la tesis de Durkheim de que los delitos no pueden prevenirse y que por el contrario son útiles para crear cohesión social, es una crítica importante a las pretensiones de las teorías de la pena relativas al fin de prevención. El miedo a las decepciones y al dolor que produce vivir en sociedad con otros individuos provoca el ideal de querer crear una sociedad de pleno conocimiento de las reglas y de querer corregir a quienes se desvíen de ellas -a quienes defraudan expectativas-. Este deseo de certidumbre es el mismo del de

¹⁴⁶ “La decisión sobre un fin determinado de actuación sólo puede obtenerse desde criterios valorativos... (U)na pena que no satisface los fines previstos quedaría, por ilegítima, vedada.”. **ALCÁCER GUIRAO**, Rafael. (2001): Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal, p. 223. “La validez de las teorías científicas tenían que ser demostradas por medio de su capacidad para lograr el éxito en las reformas (sociales).”. **ÁLVARO**, José Luis y **GARRIDO**, Alicia. (2003): Psicología Social. Perspectivas psicológicas y sociológicas, p.57. Comentando estos autores el pensamiento pragmático y utilitarista de Dewey, y la tradición angloparlante. Lo que se entparentizó es suplido por mí.

¹⁴⁷ **LARRAURI**, Elena. (2000): Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo, p. 23 en nota de pie de página 50.

¹⁴⁸ **RIVERA BEIRAS**, Iñaki. (2003): Historia y legitimación del castigo. ¿Hacia dónde vamos?

Pureza, es decir, no crean vínculos estrechos -que provocan decepciones- sino contactos fríos, sin relación cercana. De nuevo la Moral del Asco surge en estos autores...

Apartado C. Teorías abolicionistas de la pena.

La moral del asco de la que vengo hablando exige que la sociedad se rija por normas generales de conocimiento de todas las personas para evitar defraudaciones, cuando esto sucede la pena vendría a reafirmar aquellas normas que no fueron seguidas y por tanto crearon estas defraudaciones. Se basa en la ideología del Contrato Social¹⁴⁹.

“Generalmente es hasta el momento en el que se reacciona en contra de su incumplimiento, cuando nos damos cuenta de que existen determinadas normas que utilizamos como modelos a seguir para nuestro comportamiento...Simplemente son válidas. Esto último nos ahorra el laborioso proceso de justificarlas y además nos proporciona la expectativa de que regirán tanto al prójimo como a nosotros mismos. Esta expectativa es recíproca y en los casos más comunes se puede confiar en ellas. Se trata de

¹⁴⁹ “La relación de la teoría del contrato con las teorías relativas de la pena consiste en que el delito es visto como infracción del principio “pacta sunt servanda” y la pena debería impedir toda violación futura del contrato...La imposición de la pena se justifica por parte de las teorías relativas con base en la negación del contrato. Se trata de teorías de la conservación.” **HARZER**, Regina. (2000): La independencia y su significación para la teoría de la pena, p. 36. Igual sentido en **DONNA**, Edgardo A. (1983): La pena privativa de libertad. Algunas reflexiones sobre su contenido.

normas que son válidas para todos aquellos que viven en comunidad y vinculan a las personas.”¹⁵⁰.

Sin embargo, en sociedades capitalistas donde los “contactos” son estrictamente mecánicos para producir eficientemente, ya sea en las fábricas, en las oficinas, en los grupos sociales o en la familia (y no para crear afectos amorosos) donde la comunidad se convirtió en sociedad, existen expectativas pero no entre personas en igualdad de condiciones sino de desigualdad, de dominación¹⁵¹; entonces, estas normas creadoras de expectativas reproducen la dominación. Son normas rígidas y no flexibles.

Algunos escritores y estudiosos de los temas que nos atañen han hecho el esfuerzo de estudiar a otros autores que no pertenecen a su claustro, y por eso han podido “mirar desde afuera” sus propios dogmas. Así pasó cuando yo leí a Malinowski, un clásico de la antropología cultural y étnica, que realizaba trabajo de campo con culturas diferentes a las occidentales (a las cuales en su ideología europacentrista, llamaban salvajes) y podía afirmar lo siguiente después de múltiples observaciones y participaciones de las prácticas de las personas de esas culturas:

¹⁵⁰ **HASSEMER**, Winfried. (2003): Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal, p. 34.

¹⁵¹ “...(L)a individualidad de la persona es dada por lo biológico, pero la personalidad misma, la realidad humana como tal es formada históricamente como encarnación de los influjos sociales que de modo específico influyen en la individualidad...son los vínculos del individuo con su circunstancias y su medio social los que van estructurando la concreción de su persona...Así, en el individuo se descubre una forma de cómo la realidad del grupo social se hace persona, cómo los intereses y exigencias del grupo toman carne y voz, consciente o inconscientemente, en la persona. La persona es portadora de la contradicción social fundamentalmente que separa a la población en clases o grupos contrapuestos, ya que en cuanto persona es miembro de una clase y, por consiguiente, negación y afirmación de la clase antagónica.”. **MARTÍN-BARÓ**, Ignacio. (1999): Acción e ideología. Psicología social desde Centroamérica, p. 65 y 66.

“El verdadero problema no es estudiar la manera como la vida humana se somete a las reglas -pues no se someten-; el verdadero problema es cómo las reglas se adaptan a la vida.”¹⁵².

Es decir, en muchas sociedades, incluso las nuestras, las normas son violentadas sin que por ello el Estado, o cualquier ente que tenga poder, reaccione tratando de castigar o penar a todos los participantes o queriendo eliminar esas violaciones; existen muchas formas no penales de solventar los daños mutuos, entre ellos la venganza, pero ésta no ocupa el lugar que los penalistas le han colocado, o sea, su omnipresencia antes de la llegada del capitalismo¹⁵³. Estas afirmaciones desde la antropología, otras desde la historia, otras desde la psicología, etc. han motivado a no pocas personas a ver innecesario el Sistema Penal y con mayor razón a la pena (ya he citado a Belloff, a Bovino, a Alliot, a Hulsmann, a Neumann y la lista puede continuar).

De esta forma la acción humana está inmersa en las redes sociales de acción y reacción, de influencia mutua de los distintos seres humanos que participan en dichas redes. De esto deducimos que **una acción humana puede tener significados distintos para una o más personas que interactúan**, esto quiere decir que para una persona la categorización, o mejor dicho el significado, de una acción puede ser *radicalmente distinta* de la que haga otra persona,

¹⁵² MALINOWSKI, Bronislaw. (1982): Crimen y costumbres en la sociedad salvaje, p. 151. También dice “...(H)emos visto que las prohibiciones más definitivas son elásticas, ya que existen metódicos sistemas de eludirlas.” p. 119.

¹⁵³ Al decir de Larrauri: “Por los textos que he podido consultar, la víctima dispone, además de la posibilidad de matar a su ofensor (desde luego no en todos los delitos, e incluso en estos no a toda persona que los realizara), de la posibilidad de encerrar en una cárcel, de la posibilidad de perdonar con o sin precio, o de la posibilidad de recurrir a terceros, como un notario, o el líder de la comunidad, para evitar el proceso.”. LARRAURI, Elena. (2000): Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo, p. 13. Critica la concepción de venganza que sostiene Ferrajoli y muchos otros penalistas con muchos, otros, argumentos.

aunque es la misma acción natural. De allí que las normas no deben ser inflexibles.

Como escribe Salas se trata de una asimetría o fractura:

“...(C)uando se hable de “fractura social” se pretende hacer alusión a...la estratificación social de las valoraciones o, lo que es lo mismo, la discontinuidad del universo simbólico de los distintos espacios sociales. De forma que no se está sólo ante diferencias e incompatibilidades de intereses y circunstancias fenoménicas, sino principalmente frente a diferentes visiones de mundo...”¹⁵⁴.

Ciertamente junto a nuestra civilización conviven otras; además, tenemos vestigios de culturas pasadas. Con su estudio se nos abre el camino para liberarnos cuestionando lo nuestro a partir de lo de otros y luchando para alcanzar aquella esperanza. Pero el camino se abre en medio del aquí y el ahora, de los valores y las practicas de nuestra civilización. Podemos ir haciendo camino pero solamente quitando los obstáculos de esta nuestra realidad.

Así que el delito causa dolor es cierto; que en nada se aliviana o elimina éste por el hecho de que sea una construcción desde el poder también es cierto: la víctima no deja de sufrir aunque sepa que la conducta que se lo causa sea rotulada como delito por la clase dominante¹⁵⁵, o sepa usted por quien. El delito no

¹⁵⁴ SALAS PORRAS, Ricardo. (2006): La Sanción Penal. Síntoma de un Orden Social, p. 242.

¹⁵⁵ La teoría del etiquetamiento o “labelling approach” postula que “...cada uno de nosotros va haciéndose del modo como los demás nos van viendo y, conforme a esta mecánica, la prisión cumple su función reproductora y la persona a la cual se etiqueta como delincuente asume finalmente el rol que se le asigna y se comporta conforme al mismo.”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (s/f): En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal), p. 65.

tiene realidad ontológica pero la conducta desplegada sí¹⁵⁶, de allí que tenga ésta causas, sean sociales o biológicas.

Frente a aquel dolor infligido cabe, ¡como no!, la legítima defensa, o sea, una reacción de protección violenta, lógica y necesaria, aunque, también, podemos reaccionar de otras formas, pero de forma inmediata siempre el sistema nervioso nos lleva a defendernos, salvo que apliquemos aquella máxima “ante un golpe en una mejilla poned la otra”, poco práctica pero posible. Como dice Lüderssen:

“...(A) los hombres, en efecto, puede pedírseles que renuncien a la pena lo que no puede negárseles es el derecho a la legítima defensa.”¹⁵⁷.

Creo que el abolicionismo es factible, en el tanto, a largo plazo, pueda ser sustituida la pena, y, aún más largo, el Sistema Penal, sabiendo, como ya lo sabemos, que la Pena se encuentra en una situación insostenible por el círculo vicioso producido por lo mismos penalistas justificadores y por la deslegitimación que han producido algunos de su fundamento. A largo plazo porque mientras las condiciones económico-sociales no cambien la pena, y todo el sistema penal, deberá seguir existiendo, ya sea eliminando la pena de cárcel o ya sea sustituyéndola por otras penas alternativas. La pena es necesaria, *por ahora*, porque soluciona, temporalmente, una situación intolerable para alguna de las

¹⁵⁶ Lo que sí existe es una conducta u acción óntico-ontológica, es decir, no es la razón humana quién determina qué es una conducta sino que ésta tiene existencia independiente de la clasificación que de ella haga nuestra mente. Lo que sí realiza la razón humana es darle una categoría normativa a esa conducta, por ello la etiqueta.

¹⁵⁷ **LÜDERSEN**, Klaus. (2000): Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena en la legítima defensa ¿Círculo vicioso o fuente de nuevos enfoques en torno a la cuestión del anacronismo de la pena?, p. 167.

partes en conflicto y porque, al decir de Ferrajoli, "...el derecho penal, con su complejo sistema de garantías, debería siempre permanecer para aquél único caso que pudiera producirse de reacción institucional frente a un hecho delictivo."¹⁵⁸.

La abolición del Sistema Penal solamente es posible con la Revolución del modo de producir vida capitalista, pero mientras tanto se debe buscar una reducción de la reacción penal del Estado a través de la descriminalización, de la instauración de las penas alternativas a la cárcel, la desinstitucionalización carcelaria, la desprisionización, la reparación a la víctima, resoluciones alternativas al conflicto, y seguir defendiendo los principios liberales del derecho penal como la legalidad penal, procesal y penitenciaria, el principio de lesividad a bienes jurídicos, el principio de culpabilidad personal, el principio de defensa de calidad, etc.

Conciente que hasta cuando alcancemos aquella utopía (en el sentido de que no se encuentra aquí pero no en el de que es imposible) la pena, que se encuentre funcionando para el momento histórico determinado, seguirá causando dolor en las personas por ser medidas coactivas o provocadoras de sufrimiento¹⁵⁹.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. (1986): Derecho Penal mínimo, p. 45.

¹⁵⁹ Tampoco se trata de un simple cambio de mi actitud hacia la pena sin dejar de pensar que no soy yo quien la padece efectivamente, como lo escribe Larrauri: "Los abolicionistas no sugieren que desaparezca la policía; el centro de su ataque se dirige a medidas coactivas orientadas a castigar en vez de reparar." LARRAURI, Elena. (2000): Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo, p. 21.

Entonces, pareciera que mi discusión es paradójica: por un lado señalo la deslegitimación del Sistema Penal y su abolición por innecesario, y, por el otro, indico que la abolición del mismo Sistema no es factible porque se eliminarían garantías frente al poder del Estado, o porque se dejaría indefensa a personas víctimas de un daño grave. Esta paradoja es falsa porque hoy podemos ir reduciendo para que mañana desaparezca: es una cuestión de proceso. Por supuesto que el sistema penal resultaría obsoleto si ponemos a la Sociedad, y a nosotros mismos, en otras condiciones; pero como las condiciones actuales son objetivas resulta necesario. Esto es un proceso liberador y por ende ocupamos un Derecho Penal liberador: “...(T)oda política criminal que busque limitar la intervención penal...debe ir acompañada de una política social de transformación de las estructuras socioeconómicas tendente a la eliminación de la marginalidad y de la desigualdad...”¹⁶⁰.

¹⁶⁰ **DEMETRIO CRESPO**, Eduardo. (2001): Del “Derecho Penal Liberal” al “Derecho Penal del Enemigo”, p. 176.

CAPÍTULO TERCERO

LA PENA PRIVATIVA DE LA
LIBERTAD O LA CÁRCEL
como una forma de expresarse
la Esencia de la Pena.

“Fue en el jardín de un manicomio que conocí a un joven de rostro pálido y hermoso y lleno de encanto. Y sentándome a su lado sobre el banco le pregunté: “¿Por qué estás aquí?”. Me miró asombrado y respondió: “Es una pregunta inadecuada, sin embargo, contestaré. Mi padre quiso hacer de mí una reproducción de sí mismo; también mi tío. Mi madre deseaba que fuera la imagen de su ilustre padre. Mi hermana mostraba a su esposo navegante como el ejemplo perfecto a seguir. Mi hermano pensaba que debía ser como él, un excelente atleta. “Y mis profesores, como el doctor de filosofía, el de música y el de lógica, ellos también fueron terminantes, y cada uno quiso que fuera el reflejo de sus propios rostros en un espejo.” “Por eso vine a este lugar. Lo encontré más sano. Al menos puedo ser yo mismo”. Enseguida se volvió hacia mí y dijo: “Pero dime, ¿te condujeron a este lugar la educación y el buen consejo?”. Yo respondí: “No, soy un visitante”. Y él añadió: “Oh, tú eres uno de los que vive en el manicomio del otro lado de la pared”.

EL LOCO
Khalil Gibrán¹⁶¹

¹⁶¹ GIBRÁN, Khalil. (1977): El precursor, p. 88.

“...La pena privativa de libertad fue el nuevo gran invento social, intimidando siempre, corrigiendo a menudo, que debía hacer retroceder al delito, a caso derrotarlo, en todo caso encerrarlo entre muros.”
von Hentig¹⁶².

Sección 0.

Introducción

Dije que la pena es consecuencia del deseo de liberarse de la tensión ante la falta de satisfacción de los instintos básicos del ser humano, esta es la esencia de la pena. Sin embargo, a lo largo de la historia la humanidad ha conocido distintas formas o modos de aplicarla sobre el ser humano, por ejemplo, matando al delincuente, torturándole, confiscando sus bienes, limitando su libertad de movimiento, etc. Hoy en día el Estado pena mayoritariamente con la cárcel, es decir, privando de la libertad de tránsito al delincuente. Como aparentemente se dejó de penar causándole dolor excesivo al sujeto y se pasó a penas que son menos crueles, se ha pensado que existe una evolución progresista¹⁶³ en la forma de la pena, así de la mera venganza se evolucionó al deseo de resocializar¹⁶⁴. Pero contrario a lo que algunos creen la forma de la pena no depende del carácter

¹⁶² HENTIG, (Hans von). (1967): La Pena, p. 186.

¹⁶³ “Aunque la prisión fue un avance ante sistemas mucho más crueles e inhumanos...hoy pocas personas ilustradas defenderían sus virtudes.” ANIYAR DE CASTRO, Lolita. (2004): La reforma penal y las medidas alternativas a la prisión de libertad, p. 240.

¹⁶⁴ Consúltese a SANDOVAL HUERTAS, Emiro. (1984): Penología. Parte Especial, quien habla de una fase vindicativa, una expiacionista, otra correccional y la actual resocializadora.

de algunos, de un supuesto ablandamiento del corazón, de un humanismo, sino que *la forma de la pena depende de la forma de explotación en las relaciones de producción en un modo de producción clasista*, y así lo demuestra la historia¹⁶⁵. Si tomamos conciencia, la pena de prisión supuestamente más benévola que otras resulta ser tan cruel o más que aquellas porque cuando una persona no posee más medios para producir sus bienes de subsistencia que su propio cuerpo, y para producirlos tiene que vender su fuerza de trabajo y para vender su fuerza de trabajo (e ir a trabajar) debe ofrecerse al empleador en el mercado, resulta evidente que una persona privada de libertad no puede ir al mercado a ofrecerse y por lo tanto no puede satisfacer sus instintos produciendo sus bienes de subsistencia, ni los de sus dependientes. Y, además, la prisionización deja irreparables secuelas físicas y psicológicas, estigmas, estereotipos, etc.; consecuencias no tan blandas como algunos dicen...¹⁶⁶

¹⁶⁵ “Ciertamente el origen de la prisión, en términos de dependencia causal, tiene poco o nada que ver con la reflexión filosófica penalista...Su origen hay que buscarlo en otra parte, en las necesidades de disciplina dramáticamente advertidas en el proceso de acumulación originario, de socialización forzada a la disciplina del salario del futuro proletario...”. PAVARINI, Massimo. (1993): La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad, p. 35.

¹⁶⁶ Al respecto consúltese la sección II del Capítulo I del libro de CERVINI SÁNCHEZ, Raúl. (1992): Los procesos de decriminalización.

Sección 1.

La Cárcel y otras formas de aparición de la Pena

En efecto, la forma de la pena depende de las relaciones de producción que son de explotación en algunos modos de producción de vida.

El actual código penal costarricense utiliza el sistema binario de penas al establecer penas y medidas de seguridad acogiendo "...una extraña convivencia entre culpabilidad y peligrosidad."¹⁶⁷. Principalmente se condena a la pena de prisión (hoy llamada pena privativa de libertad) con límites en el tiempo, por delitos cometidos por personas, generalmente, de las clases bajas o empobrecidas. Accesoriamente se condena a pagar multas pecuniarias, o a la conversión de la prisión por días multa, por delitos cometidos por personas de clase media o alta; es por esto que este sistema de penas, y el código penal en general, "...ha cumplido, entonces, su papel de instrumento de represión del movimiento popular y sindical."¹⁶⁸.

¹⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (2002): Los Mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la peligrosidad, p. 3. (Código Penal de la República de Costa Rica. Ley 4573)

¹⁶⁸ ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. (1997): La legislación penal en Costa Rica, p. 38.

Para las décadas de los sesentas y setentas (el código penal actual entró en vigencia en 1971) se sienten los embates de un nuevo ciclo de decadencia del capitalismo, con el cual el Estado Benefactor ya no financia la ayuda a las clases bajas, por lo que entra en escena una política económica salvaje (neoliberalismo), y con ello las clases bajas empiezan a reclamar. Aumenta el desempleo y la criminalidad y por ello aumenta el ejército de reserva de los trabajadores con lo que los capitalistas se aseguran la suficiente presión para que los trabajadores se esfuercen más produciendo mercancías; además, por otro lado, utilizan la prisión o cárcel como una forma de crear “terror represivo”¹⁶⁹ en la gente, es decir, amenazándolos con que serán sustraídos del mercado de la fuerza de trabajo y que por ello vivirán en peores condiciones de existencia (y a los ya condenados a que no vuelvan a delinquir por la misma razón) y, también, utilizarán a la cárcel como lugar de adiestramiento que “(t)iene que fabricar unos cuerpos dóciles y capaces a la vez...”¹⁷⁰ para el trabajo industrioso.

En cambio para los capitalistas que violen la ley su sanción será de corta duración en la cárcel o será conmutada por multas, generalmente insignificantes para ellos o por lo menos pagables.

Y estas formas de la pena han sido constantes de la historia de las sociedades bajo relaciones de dominación, según hasta donde he leído. Contra las clases bajas se crean *penas corporales* y contra las clases altas *penas*

¹⁶⁹ Al decir de Pavarini, citado en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. (1984): Para releer a Rusche y Kirchheimer en América Latina, p. 264.

¹⁷⁰ FOUCAULT, Michel. (1975): Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión, p. 301.

pecuniarias o se perdonan las penas. La diferencia consiste, y únicamente para las clases bajas, en que según el modo de producción, las penas corporales serán *sobre el cuerpo* propiamente dicho o sobre *su disponibilidad* para el trabajo¹⁷¹.

“El sistema penal en su régimen dual de penas corporales y pecuniarias permanece inalterado de no ser por el lado de que la elección de uno u otro de los regímenes se realizaba teniendo en cuenta la clase social del condenado.”¹⁷².

Apartado A.

La invasión y la colonización en la biografía costarricense.

Conozcamos el ejemplo de Costa Rica. Desde la invasión de Europa occidental (1560 en adelante) Costa Rica se ha estructurado bajo la lógica del dominador-dominado.

“La conquista española en Costa Rica se basó en la desestructuración de la organización indígena con la finalidad de satisfacer el carácter mercantil que la distinguió.”¹⁷³.

Durante la conquista los españoles repartían tierras y encomendaban a las personas autóctonas de estas tierras para su explotación al servicio de ellos, pero aún así *la economía era de subsistencia* con atisbos de esclavitud.

¹⁷¹ SALAS PORRAS, Ricardo. (2006): La Sanción Penal. Síntoma de un Orden Social, p. 173.

¹⁷² RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto. (1984): Pena y Estructura Social, p.15.

¹⁷³ PAYNE YGLESIAS, Elizabeth. (1994): El impacto de la conquista española en las sociedades indígenas (1502-1569), p. 31.

Durante la colonia empieza a realizarse cierta circulación del comercio (de cacao, de tabaco, de ganado y de productos agropecuarios) pero a pesar de ello “...(a) mediados del siglo XVIII la mayoría de la explotación producía sobre todo para el consumo familiar...Sólo cuando se tenía excedente o necesidad urgente los productos eran llevados a las villas.”¹⁷⁴.

Los ticos no hemos sido “igualíticos”¹⁷⁵, como se nos ha querido hacer creer. La estructura colonial administrativa colocaba a los pueblos naturales en el último peldaño, se les obligaba a pagar tributo por ser vasallos libres pero incapaces. También existió una división social entre las castas de españoles nacidos en el nuevo mundo y los que no (españoles puros, criollos, mestizos, segundones, etc.). Se da un proceso de ocupación de tierras que se inició con concesiones del Gobernador y por ocupaciones ilegales. También se podía distinguir tres tipos de campesinos: El pobre, el medio y el rico.

La escasez en la producción hizo que el comercio ilícito fuera el delito más perseguido. El archivo criminal de Cartago reportaba 28 causas por comercio ilícito de 1701 a 1750, frente a un total de 4 homicidios, 3 abigeatos, una estafa, 3

¹⁷⁴ FONSECA, Elizabeth y QUIRÓS, Claudia. (1994): Economía colonial y formación de las estructuras agrarias, p. 29 y 49

¹⁷⁵ Según se nos ha dicho oficialmente “...aquí todos poseían algunos bienes, no conociéndose proletarios, ni grandes capitalistas, todos estaban enlazados y “aceptaban con agrado el nombre de hermaníticos”, en absoluta ausencia de castas y clases sociales.”. REPÚBLICA DE COSTA RICA. MINISTERIO DE CULTURA JUVENTUD Y DEPORTES. (2002): El Álbum de Figueroa: viaje por las páginas del tiempo, p. 33. O “...En Costa Rica no hubo esclavos, ni sirvientes; todos fueron personas que hicieron valer su calidad de seres humanos.”. MONGE ALFARO, Carlos. (1966): Historia de Costa Rica, p. 137.

hurtos y 2 violaciones. Aún así, a Cristóbal Chavarría se le perdonó su delito de comercio ilícito en atención a los servicios prestados en diversas ocasiones¹⁷⁶.

Hasta aquí, en Costa Rica, no puede hablarse de “escasez de mano de obra” porque sería utilizar una categoría intelectual ideada para un modo de producción capitalista y no para uno de subsistencia. Granados dice que “...(l)a gran propiedad fracasa, fundamentalmente al tropezar con el obstáculo de la escasez de mano de obra...”¹⁷⁷. Simplemente todavía no se dan las condiciones para que la gran hacienda cafetalera nazca; por lo que todos trabajan para sí con algunas excepciones de uso de fuerza esclava o tributo por el uso de la tierra, y, por tanto, no existió acumulación de capital y, consecuentemente, tampoco existió ejército de reserva de trabajadores.

Así, la pena *no* toma la forma de disponibilidad del cuerpo (casa de reclusión o cárcel¹⁷⁸), como va a suceder con la llegada del capitalismo en la primera mitad del siglo XIX, sino que va directo al cuerpo (pena de muerte, de azote, etc.); no necesita intimidar con condiciones laborales inferiores o disciplinar para la industria, como posteriormente lo hará, sino que, por el contrario, sólo

¹⁷⁶ ALFARO, Anastasio. (1961): Arqueología criminal americana, p. 3 y 42.

¹⁷⁷ GRANADOS, Mónica. (s/f): Historia de los sistemas punitivos de la Costa Rica del siglo XIX: la historia como rescate de una identidad despedazada, p. 100. RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto. (1984): Penal y Estructura Social, p. 21. dicen “...(q)ue todo el sistema punitivo de la Edad Media demuestra claramente que no existió escasez de mano de obra.”

¹⁷⁸ En Costa Rica, para la primera mitad del siglo XIX, se utilizaba la casa de reclusión. Hasta 1839 “(l)o que existía era una simple casa de reclusión.” ALVARENGA ODIO, Adrián et alt. (1992): Reconstrucción normativa de los modelos penitenciarios en Costa Rica (1824-1991), p. 227. Consúltese, también, el Informe de Gobierno 1871. **REPÚBLICA DE COSTA RICA. MINISTERIO DE JUSTICIA.**

necesita intimidar con el miedo directo. Nos informa Ricardo Jinesta de la forma de disponer del cuerpo así:

““De la cárcel en que están, la iglesia de la Soledad, sean sacados en bestias menores...los pies y manos atados, con soga a la garganta, en forma de justicia y llevados por las calles acostumbradas, con voz de pregonero...serán ahorcados hasta que naturalmente mueran. En seguida se les cortará la cabeza que se enarbolará...”¹⁷⁹.

Así se nos informa que la forma de la pena *depende* de las relaciones de producción de un modo de producción específico. Durante la invasión y la colonización todos los pobladores poseían tierras que cultivar para la subsistencia (incluso los naturales aunque fuesen encomendados o pagasen un tributo), es decir, aparte de su cuerpo poseían otro medio de producción (la tierra), aunque tuvieran que pagar cierto tributo al Gobernador o algún propietario “grande”, por lo que podían sobrevivir cultivando la tierra. A este modo de producción le corresponde la pena que se dirige al cuerpo y no a su disponibilidad porque aunque se marque la piel, se amputen órganos o se encierre en una cárcel de espera, aún así él o su familia podía cultivar su propia tierra y el dolor era menos grave¹⁸⁰. Esto para el pobre, para el rico la pena era pecuniaria, o sea que podía pagar, o se le perdonaba, como vimos en el caso del señor Chavarría.

¹⁷⁹ Citado por MUÑOZ VILLALOBOS, Vernor. (1987): Costa Rica, Orígenes de la represión penal (1502-1842), p. 28. Por supuesto los condenados eran personas autóctonas.

¹⁸⁰ De allí que en la Edad Media europea, como es dicho por muchos, la cárcel se utilizaba sólo para esperar el juicio y el castigo. En Costa Rica la cárcel era un templo católico.

Apartado B.

Desde la independencia hasta nuestros días
en la historia tica.

A poco tiempo de la independencia (que nos toma por sorpresa por lo que provoca una guerra civil, disipando “los nublados del día”) se instaura el capitalismo, gracias a la producción del café¹⁸¹, donde ya no todos poseen tierras para cultivar o subsistir sino que, para la mayoría, su único medio de producción es su cuerpo y mente (trabajadores). Ahora deben ir a ofrecer sus fuerzas de trabajo al mercado propio por lo que debe laborar para un capitalista y a cambio recibir un salario para satisfacer sus necesidades y las de los demás miembros de su familia. A este tipo de modo de producción le corresponde la pena que se dirige a la disponibilidad del cuerpo porque encerrándolo en la cárcel ya no puede ser un “trabajador libre”, sino privado de libertad para ofrecerse al capitalista: Esto es más doloroso que ser azotado o asesinado porque se sufre a poquito hasta morir de hambre¹⁸².

¹⁸¹ “El café costarricense se colocó en los mercados y se convirtió, en el transcurso de unas pocas décadas, en el principal motor del desarrollo nacional. Los ingresos producidos por el café permitieron la importación de gran variedad de bienes manufacturados y el país pudo participar así, aunque en forma indirecta, en los beneficios de la revolución Industrial. Al mismo tiempo, quedó a los vaivenes del comercio mundial.”. **PÉREZ BRIGNOLI**, Héctor. (1997): Breve historia contemporánea de Costa Rica, p. 61. Los que realmente participaron fueron los oligarcas y nadie más.

¹⁸² Creo que es mejor morir de un solo momento que despacio pero seguro.

“Por lo tanto, la pena privativa de la libertad...lejos de obedecer a principios altruistas fue el resultado de una concepción utilitarista que consideraba un desperdicio matar o mutilar individuos explotables por la industria.”¹⁸³.

Es por esta causa, y no por otra, que hoy en día la pena privativa de la libertad de tránsito es la más usada en nuestros países “civilizados”.

Sección 2.

Supuestos de la Pena Privativa de la Libertad y su relación con su ejecución.

La esencia de la ejecución de la pena privativa de la libertad es la misma que de la de forma-pena privativa de la libertad, es decir, descargar o evacuar la energía biológica generada por los instintos, primarios o de vida, inhibidos socioculturalmente causándole dolor a la persona etiquetada como delincuente. Este provocar dolor con la pena de cárcel es una sustitución infeliz de la satisfacción placentera de aquéllos instintos, es una satisfacción simbólica. Como satisfacción simbólica es un síntoma de un grave problema¹⁸⁴.

¹⁸³ **BODERO**, Edmundo René. (2002): Relatividad y Delito, p. 45. Yo considero que más que un desperdicio veían un perjuicio económico el mutilar o matar.

¹⁸⁴ “...(L)os síntomas histéricos son una satisfacción simbólica, una sustitución de acciones más intencionales. Son procesos de evacuación.”. **ALEXANDER**, Franz. (1971): Correlación psicósomática, p. 373. La ejecución de la pena privativa de la libertad es una forma de este proceso de evacuación, también lo es el

Dentro del modo de producción capitalista la forma de la pena no cambia (se dirige a la disponibilidad del cuerpo) sino que lo que cambia es su forma de ejecución, por lo que será la privación de libertad de movimiento obligando a -realizar trabajos forzosos, o -separando de la comunidad en islas, o -encerrando en cárceles en el centro de las ciudades como ejemplarización, o -disciplinando y controlando a través de tratamientos terapéuticos. Todas estas formas de ejecución de la pena se establecen según las necesidades económicas de las clases dominantes.

Pero antes de dar ejemplos de lo dicho anteriormente voy a mostrar los discursos que justifican la pena de privación de libertad de forma *ahistórica*. Se dice que la pena de cárcel es necesaria porque sin ella la sociedad pasaría del orden al desorden, del contrato a la anarquía. “La pena es una amarga necesidad que hace posible la convivencia de los hombres.”¹⁸⁵. Sin embargo, las nuevas tendencias del discurso jurídico-penal, favorables a la teoría de la pena relativa a un fin de prevención-integración, resaltan que el mal producido al delincuente es un efecto “colateral” y no directo de la pena porque su cometido directo es “...la estabilización de la norma lesionada.”¹⁸⁶. Para otros la pena es necesaria “...para impedir que ningún individuo abuse de su libertad...”¹⁸⁷, esto desde un punto de vista menos social.

dolor que causa el “delincuente” a su víctima.

¹⁸⁵ **LANDROVE DÍAZ**, Gerardo. (1983): Las consecuencias jurídicas del delito, p. 17. También **MAURACH**, Reinhart. (1994): Derecho Penal. Parte General. Teoría General del Derecho Penal y estructura del Hecho Punible. Actualizada por Heinz Zipf, p. 85 y **ROXIN**, Claus. (1992): Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal, p. 138.

¹⁸⁶ **JAKOBS**, Günter. (1997): Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, p. 9.

¹⁸⁷ **JIMÉNEZ OREAMUNO**, Ricardo. (1980): Disertación para recibir el título de abogado, p. 17.

Pero para justificar ese mal que se realiza al delincuente ya no se puede sostener que el fin de la pena sea el redimir al “delincuente”, sino el de evitar delitos “...mediante una reeducación completa.”¹⁸⁸. Además para su justificación también se dice que hoy “...incuestionablemente, la prisión ha mejorado, aunque muy parcialmente y con desesperada lentitud.”¹⁸⁹.

Estos son los supuestos ideológicos para la ejecución de la pena privativa de la libertad: Que es necesaria, que evita delitos y que es mejor que las que se han aplicado anteriormente.

Aquí es donde debemos distinguir entre la forma-pena privativa de libertad y su modo de ejecutarse por parte del Estado.

A pesar de que los penalistas justificadores de la pena esgrimen aquellos hermosos argumentos para suponer la imposición de la pena y su ejecución, la verdad de esto es que *las necesidades económicas de las clases dominantes van a determinar la forma de ejecución de la pena. Voy a tratar de demostrarlo analizando la fase capitalista de nuestro país y por ende la forma-pena privativa de la libertad.*

¹⁸⁸ Ídem, p. 16.

¹⁸⁹ ALTMANN SMYTHE, Julio (1973): ¿Deban suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión?, p. 212.

Costa Rica se introduce al mercado capitalista con el monocultivo del café. Nació la gran hacienda cafetalera gracias a cierto excedente de mercancías que se originó en la última etapa de la colonia y con la cual se produce otro excedente (condición necesaria para el nacimiento del capital). Se hablaba de lograr el progreso a través del libre mercado. El Estado se centralizó y se hizo más autoritario aún. En esa época se agudizaron las contradicciones sociales, se concentró la propiedad privada, aumentando los proletarios en un claro antagonismo con la retórica del progreso desde el poder.

Aquellos costarricenses que habían obtenido algún excedente de su trabajo agrícola (campesinos ricos) lograron sembrar en sus tierras (concesionadas o arrebatadas ilegalmente) y con la ayuda del gobierno acumularon más tierras. Paralelamente aquellos costarricenses cuyas tierras no eran tan grandes para sembrar café iban perdiéndolas al no poder soportar la competencia frente a la gran hacienda (o no podían pagar empréstitos extranjeros o préstamos internos¹⁹⁰), pasando a alquilar las tierras o a convertirse en proletarios donde antes eran propietarios.

“El capitalismo, al agravar la diferenciación social, estimuló -aparte de la disputa política- la pugna por la extracción y la distribución del excedente...El sistema emergente tenía sus propias reglas, a las que no era fácil adaptarse, por lo que fue víctima con frecuencia de la indisciplina laboral, de la falta de experiencia empresarial y del ataque (creciente después de 1830) a la propiedad privada. Este agravio se evidencia en el alza del número de robos y estafas...El

¹⁹⁰ **ROJAS BOLAÑOS**, Manuel. (1982): Lucha social y guerra civil en Costa Rica. 1940-1948, p. 172.

desafío a la ética y a la lógica del capital; ¿quedaba impune? No. El deudor, incapaz de liquidar la obligación contraída, se exponía al embargo y a la subasta de sus bienes, o en su defecto, a la cárcel y a las obras públicas, o a laborar en una finca particular. El Estado vendía la fuerza de trabajo de los reos, en la que figuraba la...del criminal...y la del vago.”¹⁹¹.

Apartado A. “Progreso” a través del trabajo forzado.

Con la transición desde cierto mercantilismo en la última etapa de la colonia al incipiente capitalismo en las primeras décadas desde la independencia, se aplicaba en Costa Rica una Real Orden de Fernando VII de España que sancionaba la vagancia (luego reafirmada por la ley de vagos de 1830) cuyas sanciones eran principalmente para realizar “obras públicas” (como vemos pasamos de las penas que son corporales a las penas sobre la disponibilidad del cuerpo), es decir, se dispone del cuerpo del delincuente para realizar obras de infraestructura. La naciente “industria” del café necesitaba de suficiente mano de obra: “Acicateada por el motor cafetalero, el mayor volumen de la penalidad va a estar dirigido al trabajo forzado, cuya tarea central era la de generar la infraestructura imprescindible al desarrollo del cultivo cafetalero...”¹⁹². Carrillo Molina decreta el Código General en 1841 donde la principal pena es la privativa de libertad en una prisión pero por las necesidades económicas de los capitalistas

¹⁹¹ **MOLINA JIMÉNEZ**, Iván. (1991): Costa Rica (1800-1850). El legado colonial y la génesis del capitalismo, p. 315 y 316.

¹⁹² **GRANADOS**, Mónica. (s/f): Historia de los sistemas punitivos de la Costa Rica del siglo XIX: la historia como rescate de una identidad despedazada, p. 104.

de la época “...se generalizó la aplicación de la pena de “obras públicas” como alternativa a la de prisión...”¹⁹³. Nótese que ambas son privativas de libertad solamente que su forma de ejecutarlas es distinta, en una la fuerza de trabajo se utiliza para crear caminos, puentes, edificios, etc., en la otra se encierra nada más.

Apartado B. Aislamiento como castigo.

Ya consolidada una fuerte oligarquía no era necesario hacer trabajos forzados (y mucho menos la pena de muerte propia de un modo de producción de subsistencia¹⁹⁴) como lo establece el código penal de 1880. Para 1887 el aumento (o no reducción) del delito provoca la ira de Cleto González Víquez quien dice que esto se debe a “...la lenidad excesiva con que el código trata a los delincuentes.”¹⁹⁵.

Para este tiempo no se necesitaba mano de obra forzosa ni disciplinar para el trabajo, por eso la pena generalizada para inicios del siglo XX lo era la reclusión en la isla de San Lucas o en la del Coco ya que la mano de obra era abundante, sobre todo porque se habían traído personas de nacionalidad china e italiana para

¹⁹³ ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. (1997): La legislación penal en Costa Rica, p. 30.

¹⁹⁴ Consúltese la obra de GÓMEZ, María Lila. (1985): La pena de muerte en Costa Rica durante el siglo XIX.

¹⁹⁵ Consúltese el **PROYECTO DE CÓDIGO PENAL -1887** de este expresidente, que en ese momento era ministro, p. 3.

la construcción del ferrocarril de Keith y para trabajar en los enclaves bananeros; para entonces la necesidad era alejar a los delincuentes, desterrarlos¹⁹⁶, y así se ejecutaba la pena privativa de libertad en la primera mitad del siglo XX.

Antes, durante y después de la crisis de 1929¹⁹⁷ Costa Rica experimentó un fuerte desempleo, se amplió el ejército de reserva, por ello es por lo que la pena era la reclusión o, lo que es lo mismo, la extracción del delincuente del mercado de trabajo¹⁹⁸.

Apartado C. Con el Estado asistencial una pena terapéutica.

Para 1954, año en que surge la Ley de Defensa Social, el Estado Benefactor (cuyo principal objetivo es el pleno empleo) proclama la ideología de la rehabilitación. Al mejorarse las condiciones económicas de los costarricenses, gracias a la intervención del Estado en la economía con programas mínimos de salud y educación y con la creación de empleos a través de instituciones y

¹⁹⁶ Aunque el discurso oficial dice que lo que se pretendía era rehabilitar al reo y no sólo que fuese compensación. Consúltese **PROYECTO DE CÓDIGO PENAL -1923**, p. 4 vuelto. También **ANTILLÓN MONTEALEGRE**, Walter. (1997): La legislación penal en Costa Rica, p. 39.

¹⁹⁷ **OCÉANO**. (MCMXCV): Enciclopedia de Costa Rica. Su historia, tierra y gentes 2, p. 282. “El triple proceso de concentración de la riqueza, proletarización de la mano de obra y, finalmente, la depresión económica vinculada al agotamiento de una época histórica, trajo como consecuencia el incremento de la protesta social...”, p. 284.

¹⁹⁸ Valga hacer la acotación de que en el **PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE BEECHE**, este jurista nacional califica a las cárceles del momento (1939) como “escuelas del crimen”.

empresas estatales, se disminuyó el desempleo, se redujo el ejército de reserva de trabajadores, y por ello la pena privativa de libertad no sólo va a pretender la sustracción del mercado de trabajo sino que pretende el “tratamiento” del delincuente (tratamiento que al final de cuentas es el mismo disciplinamiento para ingresar a la fábrica). Así la política de pleno empleo, necesidad de una fracción de las clases dominantes, lleva a establecer que la ejecución de la pena privativa de libertad no sólo sea encierro sino disciplinamiento para trabajar. Hoy en día, con el advenimiento de la economía de “libre mercado” se abandona la intervención estatal y, por ende, se produce la concentración del capital con el aumento del desempleo característico de ella¹⁹⁹. Con este tipo de economía las clases dominantes no necesitan ahora disciplinar por lo que no ven necesario ningún tratamiento (que sería beneficios para los delincuentes) por ineficaz.

“No es la rehabilitación la que justifica, políticamente, la prisión. No puede asignársele lo que no puede dar. El control y el dominio es su función esencial; la rehabilitación sólo la logra, en algunos casos.”²⁰⁰.

Sección 3.

Los Fines de la Pena de cárcel y sus formas de ejecución

¹⁹⁹ Al respecto léase la nota 110 de este trabajo de investigación.

²⁰⁰ CRUZ CASTRO, Fernando. (2004): La pena privativa de la libertad: poder, represión y constitución, p. 18.

“No cabe duda que una apreciación realista al derecho y al concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas es absolutamente indispensable y previo si no se quiere caer en la opuesta y no menos difusa falacia, idealista y normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del derecho mismo.”
Ferrajoli²⁰¹.

En Costa Rica (sociedad clasista) se selecciona, por parte de las instituciones estatales del Sistema Penal, a las personas a quienes se les hará ejecutar la pena de prisión, generalmente, desde las clases bajas o empobrecidas²⁰². Entre el 85% y el 90% de los supuestos delitos denunciados corresponde a tres categorías de delitos (retención indebida, hurtos y robos, delitos contra la propiedad) frente a un sinnúmero que contempla el Código Penal y leyes conexas²⁰³. Son los no poseedores de la propiedad privada quienes realizan delitos contra los que sí la poseen. Así que el fin o función de evitar nuevas lesiones a bienes jurídicos -o a la vigencia de la norma- es un fin mediato de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Otro fin mediato de la dicha pena es la rehabilitación. Desde la llegada del Estado empresario -o asistencial o benefactor o paternalista- se ha necesitado emplear mano de obra (hay mayor demanda) por lo que el disciplinamiento -o

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. (1999): El derecho como sistema de garantías, p. 17 y 18.

²⁰² SANDOVAL HUERTAS, Emiro. (1985): Sistema Penal y Criminología Crítica. (El Sistema Penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica), p. 5 y 62 y ss,

²⁰³ CARRANZA, Elías y SOLANA, Emilio. (1997): Seguridad frente al delito en Costa Rica: estado de la Nación 1996, p. 65 y ss. A poco más de diez años la situación sigue igual o peor.

rehabilitación- es un fin a lograr, incluso es el único fin manifiesto en el Código Penal vigente (artículo 51 del Código Penal de 1970²⁰⁴).

La idea de la rehabilitación sólo surge cuando las fracciones de la burguesía ven peligrar su “status quo” con los movimientos de los grupos empobrecidos y marginalizados, por lo que emprenden políticas económicas tendientes a calmarlos y controlarlos para el mejor funcionamiento del sistema burgués. De allí que inician toda una tecnología de intervención del Estado en la economía de mercado a fin de hacer llegar la riqueza generada a todos los miembros de la sociedad que la produjo²⁰⁵. Se crean empleos por lo que la demanda de fuerza de trabajo aumenta, con lo que hay que preparar a la gente para la disciplina de las fábricas, y un medio, entre otros, lo es la cárcel, creando terapias psicosociales al efecto (esto es una consecuencia directa de la guerra del 48). Se justifica con la idea de que el delincuente es un “anormal” que debe ser “curado”²⁰⁶. Así se aboga “...por una reforma de la ejecución penal, orientándola por la asistencia socializada, mediante una ejecución de tratamiento superadora de la primitiva ejecución retributiva.”²⁰⁷.

²⁰⁴ “Prisión y medidas de seguridad. Artículo 51. La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora. Su límite máximo es de cincuenta años”.

²⁰⁵ Consúltense los trabajos de uno de los principales teóricos de la intervención del Estado en la economía en Costa Rica, el cual es **FACIO BRENES**, Rodrigo. (1990): Estudio sobre economía costarricense.

²⁰⁶ La resocialización o curación “...es, simplemente, una versión actualizada bajo la apariencia de científicidad, de la función de corrección...”. **SANDOVAL HUERTAS**, Emiro. (1984): Penología. Parte Especial, p. 71.

²⁰⁷ **ELBERT**, Carlos. (1985): Ejecución penal y terapia social en América Latina, p. 137.

Hasta hace poco no se le concibe un fin de justicia a la pena que nos ocupa (en el sentido de que la pena redime al autor del delito y retribuye a la víctima y a la sociedad del mismo) sino que su fin es el de prevenir los delitos. La pena es necesaria para evitar la realización de delitos, de esta forma se fundamenta la misma: La pena es necesaria porque evitando delitos se mantiene el orden social actual (se evita la anarquía).

Las teorías de la pena relativas a un fin de prevención de delitos han creado una contradicción, puesto que algunos representantes pretenden alcanzar fines meramente individuales y otros fines sociales o colectivos.

Apartado A.
Preámbulo o de la convergencia de las
opiniones
sobre la necesidad de mantener el Orden
Social
-el fin mediato-

Había dicho que una vez que se yerguen triunfadoras las teorías de la pena relativas a un fin preventivo de delitos surge una nueva lucha a lo interno, una discusión ya no respecto del fin mediato que debe alcanzar la pena, el cual es mantener el orden social comunitario, cosa que es pacífica, sino respecto a los fines inmediatos: Se debe dirigir la pena privativa de la libertad de movimiento al culpable haciéndole dolor para que no vuelva a delinquir (teoría preventivo-

especial) o se dirige a la comunidad en general mediante la ejemplarización del dolor infringido amenazando al resto de la colectividad con ese dolor (teoría preventivo-general).

En mi opinión, llámense teorías de las penas absolutas o relativas, lo que pretenden es justificar el orden establecido por el modo de producción capitalista de vida, o como diría Melossi:

“La prevención especial o general no son entonces realmente importantes. Lo que parece ser importante es más bien la función educativa....o quizás sea mejor decir la función teatral del derecho penal, su carácter de representación moral en la que se manifiestan los misterios del bien y del mal específicos de un cierto tejido social. Desde un punto sociológico es importante poner el acento...sobre el hecho de que el público de la representación penal no está constituido por aquellos que están realmente en riesgo de delinquir...sino que por el contrario está constituido por todos lo otros, por la enorme mayoría de los miembros de la sociedad, por mí y por ustedes. Es esa mayoría a la que es realmente importante controlar...porque podrían observar en cambio comportamientos desviados o ilícitos...que constituirían...un peligro probablemente mucho más grave para la estabilidad del orden social...”²⁰⁸.

Apartado B.

La mirada que ve Bello el Orden o el fin preventivo-integrador -los fines inmediatos-

²⁰⁸ MELOSSI, Darío. (1997): Ideología y derecho penal. Garantismo jurídico y criminología crítica: ¿nuevas ideologías de la subordinación?, p. 82.

En Costa Rica, desde la génesis del capitalismo, la pena privativa de la libertad (forma específica que le corresponde) se le ha encomendado diversos fines como la pura expiación o redimición, de prevención, hasta de rehabilitación, terminando con las actuales de la mera integración.

Sub-Apartado I.
El fin preventivo especial y el general. El ideal de
rehabilitación.

La pena privativa de la libertad provoca dolor porque extrae al delincuente del mercado del trabajo con lo que se le coarta la posibilidad de obtener un trabajo y sobrevivir; aquí se infringe un dolor porque en la prisión las condiciones de vida son menores a las que se encuentran fuera de ella.

“Una teoría de la pena...(q)uiere estar segura de que la producción de costes de producción a través de la pena, sobre el empleo y sobre las oportunidades del sometido a ella, y los demás riesgos de la pena, reporten más beneficios, como efectos secundarios, que daños.”²⁰⁹.

Sin embargo, en la realidad, sólo existen daños como efectos secundarios y como efectos primarios para el reo, no así para las clases dominantes que solamente obtienen beneficios. Puesto que el dolor provocado al reo induce miedo en los demás miembros de las clases bajas, sobre todo en las personas que

²⁰⁹ **BOTTKE**, Wilfried. (1997): La actual discusión sobre las finalidades de la pena, p. 52.

forman parte del ejército de reserva de trabajadores, miedo que *pretende* mantener a las personas en el respeto a la propiedad privada.

Además, muchas de las personas que ingresan a la prisión no han interiorizado las conductas ideales de las clases burguesas, como lo son el control de sí mismo y la industriosisidad (lo que he llamado la moral del asco), por lo que con los tratamientos psicopedagógicos se pretende tal efecto.

Pero los penalistas sicofantes blanden otras razones para seguir haciendo dolor en los “delincuentes”. Así los justificantes pretenden que el dolor:

- 1- inhiba al delincuente a realizar nuevos delitos, y
- 2- reeduce para que se reintegre productivamente a la sociedad.

La inhibición tiene un efecto muy limitado o parcial porque el dolor provoca una represión en la conducta dañosa pero ese dolor no corrige la causa que motiva a ésta, por lo que ella renace de la misma forma o de otra. Sucede lo mismo que cuando se recetan medicinas para “curar” una enfermedad cualquiera pero, al tiempo, esa enfermedad se hace más resistente o surge otra enfermedad sustituta (que en realidad son síntomas), pero la causa psicosomática aún se encuentra allí²¹⁰.

²¹⁰ “El castigo intimida a muchas personas y las inhibe de cometer delitos. Pero son innumerables las que cometen delitos no obstante el riesgo que corren de ser castigados. **ALTMANN SMYTHE**, Julio (1973): ¿Deban suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión?, p. 211.

Con la rehabilitación sucede otro tanto. Se pretende crear hábitos para la convivencia, que en sociedades capitalistas es sólo crear hábitos para el trabajo, sin embargo, ya no es posible inculcarles la moral dominante a personas adultas pues esta moral se inculca en los primeros años de la vida de una persona, así que resulta poco efectiva²¹¹.

Otros juristas pretende que el dolor:

- 1- disuada o inhiba a otros para no realizar delitos, e
- 2- inducir o motivar a ser fiel al derecho.

La disuasión no ha sucedido nunca: Por ejemplo, en el periodo 2003-2004 el número de personas condenadas pasó de 3627 a 4134 (un aumento relativo del 14%)²¹² y la motivación o inducción a no delinquir se basa en las posibilidades de que "...los mecanismos de efectos colectivos insitos a la misma (prevención), que se presentarían por un racionalismo y psicología individualista como erróneos."²¹³. Pero al igual que las inhibiciones este poder de motivar es muy limitado.

“(L)a prevención general es la más perfecta de las ideologías porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir y, en consecuencia, siempre se puede recurrir a ella para legitimar el Derecho Penal.”²¹⁴.

²¹¹ Acerca de las frustraciones en los niños puede consultarse **REICH**, Wilhelm y **SCHMIDT**, Vera. (1984): Psicoanálisis y educación.

²¹² **ANUARIO JUDICIAL-2004**. Pese a que en el año de 2005 las personas condenadas fueron únicamente 3628 (506 menos que en el año 2004) solamente se redujo relativamente en un 0, 5% más o menos.

²¹³ **SCHÜNEMANN**, Berd. (1997): Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva, p.100. Lo puesto en paréntesis es mío.

²¹⁴ **LARRAURI**, Elena. (2000): Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo, p. 10.

Sub-Apartado II.
El “delincuente” es el enemigo.

A partir de la década de los ochentas “(E)l orden internacional establecido - después de la Segunda Guerra Mundial- comenzó a estallar, debido a las claras evidencias de desequilibrio entre volúmenes de producción logrados y el consumo de recursos naturales que ello implica; entre los niveles de riqueza creados y la persistencia -e incluso extensión- de la pobreza sobre amplias zonas del planeta; entre el nivel de internacionalización alcanzados en prácticamente todas las esferas de las relaciones internacionales y los ámbitos nacionales, institucionales y teórico-conceptuales aún predominantes; y entre los niveles logrados por la movilidad del capital y las mercancías, por una parte, y las restricciones que encuentra la de la fuerza de trabajo, por la otra-.”²¹⁵. Esta es la globalización que implica la concentración y centralización del capital en manos de pocos individuos y la explotación a través de la plusvalía del resto de las personas. Desde luego surgen apologistas que justifican este estado de cosas, invocando a la ciencia como signo de su autoridad. Los discursos de los economistas que se pueden englobar en el nombre genérico de neoliberales y de los penalistas con el nombre de preventivo-integradores o los de la “Gegenaufklärung” (Contrailustración)²¹⁶.

²¹⁵ **BARÓ HERRERA**, Silvio. (1997): Globalización y desarrollo mundial, p. 30. Consúltese, también, **ROMERO PÉREZ**, Jorge Enrique. (1993): Reforma del Estado.

²¹⁶ **ALBRECHT**, Peter-Alexis. (2000): El Derecho Penal en la intervención de la política populista, p. 474.

Lucha en contra el delincuente porque es el enemigo de la “sociedad abierta”, la mejor sociedad de todas las posibles. Ya el derecho penal no protege contra el Poder del Estado (El Gran Hermano²¹⁷) sino que es el Estado quien se protege de los ciudadanos con su Poder, es decir, todos somos sospechosos por parte de ese Poder (hasta para nosotros mismos que llevamos ese poder por dentro²¹⁸) de ser “terroristas” mientras que no se compruebe lo contrario, o para siempre²¹⁹. La pena tiene la función declarada ideológicamente, por eso, de estabilizar el sistema social (capitalista) o la confirmación en la fidelidad al Derecho. Pero en realidad:

“De tal manera, la figura de quien delinque es proyectada a la comunidad como el “enemigo”, estereotipo que permite ideologizar una realidad social y justificar psicosocialmente los planteamientos violentos como solución a la delincuencia.”²²⁰

Con su deseo de estabilizar la sociedad y crear fidelidad al derecho se crea un abstracto, y por ende vacío, Bien Jurídico “Seguridad Ciudadana”. Con él todo

²¹⁷ Contra su eterna vigilancia como en la novela de **ORWELL**, George. (1995): 1984.

²¹⁸ Nosotros mismos, nos matamos como en **KAFKA**, Franz. (1999): El proceso, donde “...es el propio acusado Josef K. quien acabará conduciendo a sus verdugos al lugar donde será asesinado y quien, en los últimos instantes, cuando la sombra de la muerte ya se aproxima, todavía tendrá tiempo para pensar, como un último remordimiento, que no había sabido desempeñar su papel hasta el final, que no había conseguido ahorrar trabajo a las autoridades...Es decir, al Padre.” **SARAMAGO**, José. (1999), prólogo.

²¹⁹ Esta referencia al principio procesal penal del Estado de Inocencia, (artículo 9 del Código Procesal Penal: “El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme...”), no es gratuita porque cuando se cree que todos somos potenciales delincuentes (terroristas), todos somos enemigos. Por ello se crea un derecho penal del enemigo, que socava todos los principios, incluido el citado, penales y procesales penales (que también crea innumerables delitos llamados de peligro abstracto) que pretende ser “eficaz” contra la delincuencia, algo que nunca ha sucedido. Y así “El “Derecho penal del enemigo” puede caracterizarse, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales.” **DEMETRIO CRESPO**, Luis (2001): Del “Derecho Penal Liberal” al “Derecho Penal del Enemigo”, p. 167.

²²⁰ **SÁENZ ROJAS**, Mario Alberto (1995): La inseguridad ciudadana: Los aportes de Ignacio Martín-Baró y la criminología crítica, p. 35.

un arsenal jurídico-penal tendiente a eliminar la mayoría de las garantías posibles que ofrece nuestras leyes penales (tampoco se puede excluir la reciente jurisprudencia de nuestros altos tribunales en materia del derecho de defensa, cadena de custodia en narcotráfico, prescripción de la acción penal, etc.)

Por ello es importante reflexionar entorno a lo que nos dice Hassemer:

“En que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social, tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la delincuencia. Ha llegado la hora de conceptos como “lucha”, “eliminación” o “represión” en detrimento de otros como los de “elaboración” o “vivir con”...La sociedad, amenazada por el delito y la violencia, se ve entre la espada y la pared. Desde esta perspectiva, la sociedad que así piensa no puede dar un Derecho penal que realmente sea una garantía de la libertad, verdadera “Magna Charta del delincuente”; lo que ella necesita es una “Magna Charta del ciudadano”, un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y de represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el derecho penal en un “Derecho penal para enemigos”.²²¹

Este tipo de crítica surge a raíz de pensamientos como los siguientes:

“...(A)l derecho penal le corresponde la misión...de evitar el comportamiento socialmente dañoso. Su función se limita...a la defensa frente a peligros...Por un lado pretende, mediante la desaprobación de la conducta antinormativa realizada, confirmar la norma infringida y, por ello, puesta en cuestión...en cuanto a su

²²¹ HASSEMER, Winfried. (1994): El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”, p. 4.

vigencia...por el autor, estabilizando (de modo contrafáctico) la confianza general en la observancia de las normas penales de conducta.”²²².

Se trata de ocultar que el delito tiene su génesis en la estructura socioeconómica, por lo que se traslada ese origen al individuo-enemigo.

Los que entonces se defendían hoy atacan, esto porque los principios e instituciones del derecho penal clásico de la Ilustración no fueron el resultado de un imperativo categórico kantiano ni el resultado de un humanismo bienhechor sino el resultado de una estrategia de los grupos burgueses (comerciantes), que venían en ascenso, para limitar el poder del monarca y así tomar el Poder, como efectivamente ocurrió. Hoy con el poder en sus manos ya no sirven aquellas garantías y por ende surge el inflacionismo del Derecho Penal.

“Dentro de las tendencias autoritarias se desarrollan políticas de represión extensivas en materia criminal, reflejadas en el inflacionismo penal, exacerbación punitiva que evidencia no solamente ese autoritarismo restrictivo de las libertades públicas, sino también la incapacidad y la falta de voluntad política de las clases dominantes para solucionar agudos problemas sociales...Este tipo de política es la que generalmente existe en los sistemas penales de Occidente, en los que la ideología liberal ha revelado toda su naturaleza formal, cuyas pretensiones de igualdad ante la ley se pierden en las inmensas brechas de la desigualdad socioeconómica...”²²³.

Hoy sufrimos de un estado de excepción perenne. Esta política criminal es neoliberal o del capitalismo salvaje.

²²² RUDOLPHI, Hans Joachin. (1997): El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal, p. 82 y 83.

²²³ TOCORA, Fernando. (1997): Política criminal contemporánea, p. 6 y 7.

Con razón Tavares nos previene:

“Con este modelo neoliberal de política criminal, coetáneo a una ciencia jurídica orientada exclusivamente hacia los resultados y eficacia, se crea en nuestros países un sistema jurídico tecnocrático y unilateralmente concebido, que busca destruir a las propuestas de solución estructural de los problemas sociales y que considera a sus propios opositores un riesgo a la estabilidad económica y política. Éste es el sistema que un día hay que derrocar.”²²⁴.

En las épocas de la globalización bajo esquema neoliberal existe una abundante mano de obra desempleada, ya no es necesario ninguna terapia para disciplinar, así la pena de cárcel sólo tendrá un fin simbólico para amenazar, por lo que su ejecución será solamente retribucionismo y sometimiento.

Como diría Nauke: “Las leyes son sólo reglas registradas de contenido casual que vienen o pueden venir asociadas a una coacción ciertamente contundente. Falta, sin embargo, una fundamentación para esa coacción.”²²⁵. Cosa que no es suficiente con decir que estabiliza la norma creando fidelidad a la misma.

Para mi la ejecución de la pena de cárcel no debería andar buscando fidelidades a la sociedad²²⁶ (a ninguna) sino sólo contener brevemente a una

²²⁴ TAVARES, Juárez Xavier (1998): La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, p. 649.

²²⁵ NAUCKE, Wolfgang. (2000): La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, p. 547.

²²⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et alt. (2002): Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 401 y

persona mientras el conflicto social se manifiesta. Esta breve estación debe estar rodeada de todas las garantías que brindan los principios de legalidad penal elaborados desde la Ilustración.

Apartado C.

La mirada que no quiere ver “Bello” lo
Monstruoso.

Lo irracional de la racionalidad. La no
dominación.

-los fines ocultos-

A más o menos cincuenta años desde que en Costa Rica se pretendiera rehabilitar (prevención especial) al delincuente con la ejecución de la pena privativa de libertad, todavía las palabras de Altmann, escritas hace más de treinta años, resuenan, aquí y ahora: “...Hoy, como ayer, no (se) produce la aguardada prevención especial.”²²⁷.

No puede existir una rehabilitación como curación de una patología porque el delincuente no es un enfermo, salvo que aceptemos que él es el resultado de una sociedad enferma, por lo que en realidad lo que se pretende es controlar al

402.

²²⁷ ALTMANN SMYTHE, Julio (1973): ¿Deban suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión?, p. 212. Lo entreparentizado es suplido por mi.

crear “...personas totalmente sometidas acríticamente, e identificadas totalmente con las leyes que han violado o que pretenden violar.”²²⁸.

En efecto, cómo se puede rehabilitar para la vida “libre” separando al delincuente de ese espacio, a no ser que aceptemos, nuevamente, que la cárcel reproduce en un espacio pequeño -“La prisión es un microcosmos que contiene dentro las situaciones vitales más diversas desde el cocinero del director hasta la oscura celda disciplinaria.”²²⁹- la vida “de afuera”, como vida jerarquizada y orientada a la disciplina del trabajo en la fábrica, o empresa, u oficina (para que no se sientan resentidos los postmodernos postindustriales) o, simplemente, el castigo por el castigo.

Por estas razones algunos autores proponen que el fin de la cárcel no es ni resocializar ni amenazar sino que, como el capital que toma la vida de sus creadores, su objetivo “...es autoreproducirse, perpetuarse y para ello se alimenta de sus propias paradojas y autojustificaciones.”²³⁰.

Al decir de Bustos Ramírez:

“Es por eso que hemos sostenido que la única finalidad de la pena es autoconstatación del Estado, es decir, señalamiento público de los límites

²²⁸ **BASAGLIA, F. y BASAGLIA, F. (2000):** *Violencia en la marginalidad. El hombre en la picota.*

²²⁹ **HENTIG, Hans von. (1968):** *La Pena*, p. 230.

²³⁰ **MANZANO BILBAO, César. (2005):** *La cárcel: ¿para qué y para quién?*, p. 159.

máximos tolerables, de todo sistema elegido y demarcación, con ello, de la actuación de los ciudadanos.”²³¹.

Por supuesto que al ser una autoconstatación de límites, dependiendo del Estado, se puede autoeliminar sus propios límites (que es lo que pasa en un Estado policial) como los correspondientes a una economía globalizada neoliberalmente.

Frente al peligro de que todos seamos sospechosos hay que defender esa finalidad rehabilitadora que deberá estar, como ya dije, rodeada de múltiples garantías a fin de “...imponer criterios racionales a la sanción.”²³².

Sección 4.

Ejecución procesal de la pena privativa de la libertad de movimiento.

²³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. (1992): Perspectivas y desafíos en la política criminal en Latinoamérica, p. 126.

²³² CRUZ CASTRO, Fernando. (2004): La pena privativa de la libertad: poder, represión y constitución, p. 26.

A la luz de la legislación y de la jurisprudencia actual pretendo hacer ver las garantías que debe tener el condenado a fin de que no sea usado como un simple sujeto teatral para la puesta en escena de la supuesta “prevención” y que con ellas su dolor no sea llevado a vejámenes.

El Código Procesal Penal está dividido en dos partes, la primera versa sobre aspectos generales (que incluye los principios) y la segunda trata sobre los procedimientos que se deben orientar por la parte general. Así tenemos un Proceso Penal sustantivo, por un lado, y, por el otro, las distintas formas como se manifiesta ese Proceso Penal sustantivo en procedimientos específicos que deben mantenerse conforme a aquél. Esto viene a ser como un gran ferrocarril que engancha vagones sucesivamente jalados por una locomotora, al decir del profesor Tijerino Pacheco en sus lecciones sobre la materia.

Siguiendo con el ejemplo, la locomotora sería los Principios Generales Constitucionales del Proceso Penal que ilustran (dan energía) a la legalidad de las instituciones procesales como La Acción Penal, los Medios Probatorios, las Medidas Cautelares, así como a la facultad jurisdiccional, a los sujetos procesales, y a los actos procesales (Proceso Penal Sustantivo); y los vagones serían los distintos procedimientos como el ordinario, los especiales, los de impugnación de resoluciones jurisdiccionales, y por último, pero por ello no menos importante, el procedimiento de la ejecución de las penas. Todo da forma al ferrocarril que sería el Proceso Jurisdiccional (Montero Aroca).

“Podemos afirmar que la ejecución penal es una fase más del proceso penal considerado integralmente en la que se busca dar cumplimiento a las disposiciones de la sentencia que condena a pena privativa de libertad, sin olvidar el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos sentenciados.”²³³.

Las anteriores palabras las he escrito para que nos enteremos que la ejecución de la pena está regulada en el libro IV de la segunda parte (Procedimientos) del Código de rito²³⁴ y por ende su ejercicio como procedimiento debe estar conforme con todos los principios y garantías que la Constitución Política de la República de Costa Rica y las leyes ordinarias otorgan a cualquier ciudadano, y por eso tanto al imputado como al sentenciado y a la víctima frente al ius puniendi del Estado, en nuestro caso a la Administración penitenciaria²³⁵.

No sólo el principio de legalidad procesal ha de informar al procedimiento de ejecución de las penas, tal y como lo establece el artículo 1 del CPP²³⁶ (lo informa además todos los demás principios contemplados en los primeros artículos de ese cuerpo legal como el derecho de defensa, de celeridad procesal, de inmediatez de la prueba, estado de inocencia, interpretación pro homine y pro libertatis, principios de proporcionalidad y racionalidad, etc.²³⁷), sino que, en virtud

²³³ **MONTENEGRO SANABRIA**, Carlos E. (2001): Manual sobre la ejecución de la Pena, p. 21. No sólo a la pena privativa de la libertad sino también a las medidas de seguridad.

²³⁴ **REPÚBLICA DE COSTA RICA**. (Código Procesal Penal).

²³⁵ Así también **RIVERA SOLANO**, Manuel. (2006): Ejecución penal y Legislación. Análisis de una vieja contienda.

²³⁶ Ídem, “**Artículo 1- Principio de legalidad**. Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas. La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.”. Se debe interpretar que nadie será condenado ni sometido a una pena ni a una medida de seguridad.

²³⁷ Y todos los demás principios indicados en la resolución de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos de la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica**. (Voto 1739-92)

del voto 4979-00 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia²³⁸, también el principio de legalidad penal lo informa, y, por ello, el juez de la ejecución de las penas debe controlar que los sujetos de la administración penitenciaria se apeguen y que respeten a aquéllos principios en cuanto pretendan hacer cumplir el régimen penitenciario en contra del penado, según el artículo 458 párrafo primero del CPP²³⁹.

La doctrina también se ha pronunciado en este mismo sentido porque el hecho de que un juez pueda intervenir (razonablemente) en el régimen penitenciario administrativo, un modelo “ad hoc” o híbrido, garantiza “...la intervención de un órgano independiente y especializado vinculado exclusivamente al ordenamiento jurídico allí donde los derechos fundamentales de las personas pueden estar en peligro.”²⁴⁰

Por su parte el artículo 458, párrafo segundo inciso d), del CPP faculta al juez de la ejecución de la pena a “(r)esolver, por vía de recurso, las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.”²⁴¹. ¿Qué debe resolver?

²³⁸ Voto de las catorce horas cuarenta y siete minutos del veintiocho de junio de dos mil de la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica**. Conforme a este voto el principio de legalidad penal y el de tipicidad, entre otros, integran el debido proceso (que alberga al procedimiento de ejecución de las penas) y por ende es una garantía procesal, con alcances de derecho penal sustantivo, de todos los administrados o ciudadanos, sumando, claro está, al reo.

²³⁹ **REPÚBLICA DE COSTA RICA**. (Código Procesal Penal). “Artículo 458.- Atribuciones de los jueces de ejecución de la pena. Los jueces de ejecución de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. Podrán hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios el sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.”

²⁴⁰ **MAPELLI CAFFERENA**, Borja. (1999). La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso, p. 41.

²⁴¹ **REPÚBLICA DE COSTA RICA**. (Código Procesal Penal).

La legalidad y constitucionalidad de dichas sanciones, sobre todo si estas sanciones tienen que ver con el “proceso de tratamiento” técnico²⁴².

Por otro lado, de esta forma, también, el juez de la ejecución de las penas debe vigilar que el régimen penitenciario ejerza sobre el condenado una acción rehabilitadora (como lo manda el artículo 51 del Código Penal), y cuidando que no se ejerzan acciones meramente retributivas o ejemplarizantes²⁴³. El problema aquí presente es que no todos los reclusos pueden rehabilitarse ni todos quieren hacerlo. En mi opinión para no lesionar el derecho a la dignidad humana del privado de libertad²⁴⁴ no se puede obligar a nadie a ningún tratamiento psicosociopedagógico que moldee su personalidad, así que estos tratamientos solo se pueden llevar a cabo con la voluntad expresa del afectado²⁴⁵. Por esta razón es que se deben instituir en nuestras leyes positivas un sistema de penas alternativas a la pena de privación de libertad²⁴⁶, siempre y cuando se mantengan “...dentro de los límites que impone una ética humanista y una finalidad de eficacia

²⁴² Voto 1611-98 de las diecisiete horas treinta y seis minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho de la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica**. Este voto establece, al igual que otros tantos, que la Sala no puede intervenir en el criterio técnico del Instituto Nacional de Criminología en cuanto a la ubicación del reo dentro del Sistema de Tratamiento al Interno salvo que violente groseramente los derechos constitucionales, entregando esa función al Juez de la Ejecución de las penas.

²⁴³ En contra de esto se pronuncia **CRUZ CASTRO**, Fernando. (1990): Principios Fundamentales de Política Penitenciaria, p. 85 y 86.

²⁴⁴ “Ello se debe, en parte, a la circunstancia de que se considera al privado de libertad como un ser que ha perdido su dignidad y con ello, todos sus derechos.” **RIVERO SÁNCHEZ**, Juan Marcos. (2004): Episteme y Derecho. Una exploración jurídico-penal, p. 59.

²⁴⁵ Por tal motivo el artículo 51 del Código de leyes penales sustantivas debe interpretarse como que a los prisionados, en la cárcel, “...se les ofrezca (no se les imponga) la posibilidad de prepararse para egresar con los elementos que corresponden a un mayor nivel de invulnerabilidad...En síntesis: el trato penitenciario debe abarcar el ofrecimiento de un tratamiento de la vulnerabilidad.” **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl et alt. (2000): Derecho Penal. Parte General, p. 894.

²⁴⁶ Al respecto consúltese **ALVARADO**, Carlos Francisco et alt. (1992): Informe de Trabajo. Evaluación y análisis de la propuesta de Reforma al Código Penal. El Proyecto de Penas Alternativas.

preventiva: fuera de ese contexto cualquier sanción es moralmente rechazable y penológicamente difícil de justificar.”²⁴⁷.

¿Qué pasa con los restantes derechos fundamentales? En mi criterio el Juez de la ejecución de las penas se convierte en una Sala Constitucional en el ámbito penitenciario²⁴⁸ porque, si bien es cierto, al privado de la libertad de movimiento se le quita ese derecho constitucional al libre tránsito, sólo se le puede restringir otros derechos fundamentales que al hacerlo permitan realizar efectivamente la sanción que se le impuso por un órgano jurisdiccional competente. Si la administración penitenciaria les violenta algún otro derecho fundamental a estos ciudadanos deviene ese acto en mero ejercicio de poder por lo que se convierte, a su vez, en actos ilegales e inconstitucionales, y por ende, deben ser declarados nulos.

Lo anterior implica que si la autoridad penitenciaria pretende reducir un derecho fundamental al interno debe aplicar las reglas normativas del debido proceso legal (garantías normativas que ofrece el sistema constitucional costarricense). Cuando esto suceda el sentenciado tiene a su haber (si se le violentan esas garantías) todos los remedios procesales (garantías jurisdiccionales), también consagrados en nuestra Constitución Política, para

²⁴⁷ GARCÍA VALDÉS, Carlos. (1982): Estudios de Derecho Penitenciario, p. 51.

²⁴⁸ En el sentido que debe de interpretar y juzgar todos los actos administrativos del Órgano Penitenciario en relación a su conformidad con el Derecho de la Constitución Política y, además, en mi opinión debe de desaplicar actos administrativos contrarios al Derecho de la Constitución.

hacer prevalecer frente al Estado sus derechos: recurso de habeas corpus, de amparo e incluso la acción de inconstitucionalidad.

Esto es importante puesto que si es cierto que la Sala Constitucional se ha “*retirado*” de conocer los derechos fundamentales de los institucionalizados, a través de la doctrina de “la relación de sujeción al criterio técnico de la administración penitenciaria” y al criterio de la “incompetencia material de la Jurisdicción Constitucional frente a la jurisdicción penitenciaria”²⁴⁹, viene a ser el Juez de la ejecución de las penas quien asuma ese papel de garante de los derechos fundamentales de los reos.

En mi criterio el hecho de que el Juez de la ejecución de las penas se convierta en contralor constitucional se puede deducir de la jurisprudencia constitucional en cuanto según ella “...la figura del Juez de Ejecución de la Pena emerge como un *garante de que la pena de prisión o la medida de seguridad se cumpla de conformidad con las finalidades constitucional y legalmente dispuestas*. No resulta ocioso señalar que con la emergencia de este órgano de control de la ejecución penal, se cierra el círculo de protección que el ordenamiento ha otorgado al sometido a proceso penal...”²⁵⁰.

²⁴⁹ Este es el criterio de **CHAN MORA**, Gustavo y **GARCÍA AGUILAR**, Rosaura. (2003): Los Derechos Fundamentales tras los muros de la prisión, p. 69 y ss.

²⁵⁰ Voto 2066-98 de las quince horas quince minutos del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho de la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica**. Igualmente el voto 1611-98 de la misma Sala ya citado. Lo resaltado es suplido por mí. y, además, en mi opinión contraria a la de la Sala Constitucional en cuanto a que sólo ella puede hacer control de constitucionalidad de las leyes (sistema concentrado), debe de desaplicar actos administrativos contrarios al Derecho de la Constitución.

Llegados a este punto creo que el criterio de la Sala Constitucional es, en materia de derecho penitenciario, establecer un control difuso (contrario al control concentrado solamente en ella como única jurisdicción del Derecho de la Constitución) del Derecho de la Constitución, y entregárselo al Juez de la Ejecución de las penas. Así, se puede disipar los temores de Chan y Aguilar en cuanto a que se han desprotegido los derechos de los reos (cosa que es cierta) y que existe una tendencia a empeorar y, por el contrario, pensar que puede existir una doble garantía jurisdiccional para el interno porque, uno, la Sala Constitucional controlará violaciones a los derechos fundamentales (como lo ha hecho en múltiples ocasiones en cuanto a la visita conyugal, en cuanto a la discriminación xenófoba, en cuanto al derecho a la salud, en cuanto a la integridad física, en cuanto al derecho al trabajo, etc.) y también cuando el criterio técnico de la administración anormalmente reviste matices de inconstitucionalidad - excepcionales-; y, dos, el Juez de ejecución de las penas controlará los criterios técnicos del Instituto Nacional de Criminología cuando no existen anomalías constitucionales y legales, y velará, por otro lado, por la legalidad y constitucionalidad de todos los demás actos administrativos del Órgano Penitenciario.

“...(E)n lo que respecta a la función de control que desarrolla el juez de ejecución, los derechos fundamentales (aplicados directamente desde la Constitución, o desarrollados por la ley) debe de servirle para juzgar la constitucionalidad de los actos de la administración que afecten a los sujetos privados de libertad.”²⁵¹.

²⁵¹ CHAN MORA, Gustavo y GARCÍA AGUILAR, Rosaura. (2003): Los Derechos Fundamentales tras los

CAPÍTULO CUARTO

EL FENÓMENO DE LA REINCIDENCIA
como síntoma de una realidad

Sección 0.

Introducción

Para poder entender la idea de la reincidencia (que nace junto a la de resocialización) debemos entender la del fin de reeducación de la pena. Se pretende educar nuevamente porque al delinquir se supone que la persona no aprendió, en su aprendizaje social, los valores o axiomas del grupo social del que forma parte²⁵², por eso, se le debe enseñar otra vez aquellos valores. ¿Cuáles valores? Los del decálogo, más o menos, hoy traducidos a los valores burgueses de: Libertad (para explotar al prójimo) y Propiedad Privada (para acumular riqueza). Esto hace suponer que existe una sociedad armónica en cuanto a esos valores y el deseo de todos de alcanzarlos, pero siempre hay personas que no “quieren” consensuar (considerados como minusválidos sociales), a quienes, desde el Derecho Penal, se les llama “delincuentes” o “anormales”.

Esa armonía proviene:

1- De un contrato de la Sociedad desde el cual se entiende que el delito es nocivo y el delincuente minusválido²⁵³.

²⁵² VAN DIJK, Teun A. (2000): Ideologías. Un enfoque multidisciplinario, p. 165. En cuanto a los axiomas o ideologías en los que se base un grupo social.

²⁵³ La llamada escuela clásica del Derecho Penal es la expresión de esta ideología contractualista donde se tiene al delito como anormalidad frente al consenso social de los valores.

2- De un funcionamiento orgánico de la Sociedad desde el cual el delito es normal para el sano funcionamiento del Organismo-Sociedad y el delincuente es, igualmente, un minusválido²⁵⁴, y

3- De un funcionamiento sistémico de la Sociedad desde el cual el delito es normal para el exitoso funcionamiento del Sistema-Sociedad y el delincuente es hallado un minusválido²⁵⁵.

Junto a estas concepciones se cosecha el pensamiento criminológico positivista que ve al delincuente como una patología que debe ser curada buscando sus causas etiológicas (en sentido médico y no filosófico).

Se crea así un ser humano abstracto, ahistórico, con todas las características deseables, o sea, perfecto. Así:

“...(S)e instituye un sujeto que carece de circunscripción socio-cultural; es decir, impecable e impoluto; siempre libre de hacer la mejor escogencia en una situación de serena reflexión, o (como diría Kant) de equilibrio reflexivo para resolver lo que se acomodaría a una regla aplicable tanto a él cuanto a los demás.”²⁵⁶.

²⁵⁴ Se basa en esta ideología organicista la llamada escuela positivista, donde según sus representantes el delincuente es una patología a la cual hay que curar. Nótese que para ambas escuelas el delincuente construye su personalidad deficientemente y el delito es nocivo pero la primera escuela pone énfasis en el delito como hecho social y la segunda escuela pone el énfasis en la peligrosidad del delincuente.

²⁵⁵ Las recientes explicaciones, llamadas teleológicas o racional-finales o funcionales, se basan en esta ideología funcionalista desde las cuales se indica que el delito no es nocivo sino que su efectiva represión afirma las normas inobservadas y reafirman al Orden Social y al delincuente, más si resulta un minusválido social.

²⁵⁶ SALAS PORRAS, Ricardo. (2006): La Sanción Penal. Síntoma de un Orden Social, p. 231.

El delincuente es lo contrario a este hombre impoluto.

Entender a la cárcel como terapia reeducadora provoca un sentimiento de fracaso²⁵⁷ cuando un “delincuente” vuelve a ser condenado en firme por un tribunal porque no interiorizó los valores enseñados.

Como no existe el pleno empleo, en nuestras sociedades, el delincuente no puede someterse a la lógica del capital -fracasa la reeducación-, pero esto mismo nos hace ver que queda desnuda la función de la pena como sustracción o secuestro de las personas del mercado del trabajo.

De esta manera el “delincuente” resulta ser un desviado social, un minusválido social, que no quiere o no puede compartir los valores y las pautas sociales producto del consenso general (no quiere o no puede “motivarse” por la norma), entonces éste *deviene enfermo* digno de ser tratado terapéuticamente o simplemente eliminado de La sociedad.

Por el contrario, no se tiene al delincuente como producción social²⁵⁸, producto de las mismas *relaciones sociales humanas*, porque si **el sistema** acepta tal cosa significaría aceptarse ser una posibilidad y no la única opción, y no podría autoperpetuarse a costa de la pauperización de los seres humanos y de la naturaleza.

²⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. (1974): *La Reincidencia en el Código Penal*, p. 9.

²⁵⁸ “Nuestras sociedades producen “minusválidos morales”, y eventuales delincuentes, en el mismo movimiento que producen ascetas y personas comunes.” GALLARDO MARTINEZ, Helio. (2000): *Política y Transformación Social. Discusión sobre Derechos Humanos*, p. 275.

Sección 1.

El Fenómeno de la Reincidencia.

La reincidencia denuncia, como el síntoma a la enfermedad, la mentira de la función preventiva especial de la pena privativa de la libertad y, a la vez, expresa el uso de la cárcel para amenazar a los potenciales “delincuentes” conteniéndoles para que no estalle su frustración.

Para el Derecho Penal es reincidente “...quien cometa un nuevo delito después de haber sido condenado por sentencia firme...”²⁵⁹. Reincidencia quiere decir recaer²⁶⁰, por eso la criminología la entiende como volver a la prisión.

Según el Anuario Judicial-2005²⁶¹, 1067 personas fueron condenadas teniendo una condena firme anteriormente por otro delito (reincidente), es decir, el 29,4% de los 3628 condenados (100%) en el año 2005. Con este porcentaje caen las pretensiones de algunos juristas de que la pena privativa de la libertad de

²⁵⁹ GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. (1990a): El límite máximo de la pena privativa de libertad, p. 64. Dice el Código Penal. “Reincidencia y su apreciación. Artículo 39.- Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición”.

²⁶⁰ ORTIZ MORA, José A. (1969): La Reincidencia en el Derecho Penal, p. 4.

²⁶¹ ANUARIO JUDICIAL-2005. Incluso las personas reincidentes condenadas nuevamente aumentaron en relación al año 2004 de 21,5% a 29,4% en 2005.

movimiento, y con ella su Sistema Penitenciario Progresivo²⁶², tenga eficacia para lograr sus fines declarados, tanto de prevención de la reincidencia como de prevención de futuros delitos²⁶³. Por eso:

“El ideal de socialización es un mito, que pretende bajo la suposición del tratamiento científico del delincuente, mantener una institución represiva tras la que se oculta la diferenciación de clases para imponer los valores de una casta.”²⁶⁴.

Entonces, la reincidencia denuncia que la pena privativa de la libertad de movimiento fue incapaz de alterar -por medio de su proceso de resocialización- “...los factores exógenos y endógenos que impulsan al individuo a la criminalidad.”²⁶⁵.

Sección 2.

Situación criminológica y reincidencia.

Criminología etiológica

²⁶² GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. (1990b): La Libertad Vigilada en el Sistema Penitenciario, p. 95 y ss.

²⁶³ Según el ANUARIO JUDICIAL-2004, en el año 2000 se condenaron 3005 personas llegando el año 2005 a 4134. Aumentó el número de delitos de 2004 a 2005 en un 14%, en lugar de disminuir como lo quieren los juristas de la prevención-integración.

²⁶⁴ MOSQUEDA, María Cristina. (1986): Desprisonización, abolicionismo y mito, p. 99.

²⁶⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. (1984): Desviación social y resocialización, p. 312.

A pesar de lo contundente del fracaso de las ideologías “re” (resocializar, rehabilitar, reinsertar, etc.), concepto utilizado por Zaffaroni, evidenciada por las estadísticas judiciales, algunos pretenden echarle la culpa a una pretendida deficiencia de los mecanismos para “curar” la personalidad criminal del prisionizado.

Así:

“Si...“nuestro procedimiento no se encuentra diseñado para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo”, entonces, lo que procede es elevar la confiabilidad de los procedimientos que analizan la personalidad...”²⁶⁶.

Este ha sido el recurso más utilizado por los defensores de la máxima penalización: Achacar su ineficacia en la solución de los conflictos penales a la insuficiencia de recursos humanos y económicos; por eso, si hubiese más y mejores cárceles y más y mejor personal profesional entonces la resocialización si serviría.

Pero estas personas olvidan que

“(l)os sistemas penales; por la característica estructural del ejercicio del poder punitivo -agravada con fallas coyunturales- constituyen aparatos de fabricar reincidencia por efecto reproductivo y potenciador.”²⁶⁷.

²⁶⁶ UMAÑA DI PALMA, Andrés. (1999): La Reincidencia en Costa Rica (delincuencia múltiple). Análisis de los cambios en el paradigma jurídico -Sala Constitucional- y su efecto en la aplicación de la pena -función del Instituto Nacional de Criminología-. Relaciones cuantitativa, p. 71.

²⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alt. (2000): Derecho Penal. Parte General, p. 1012.

Criminología de la reacción social.

Este tipo de criminología lejos de buscar causas etiológicas de la criminalidad se concentra en los procesos de imposición de conductas catalogadas, posteriormente, como criminales, para luego sancionarlas (prisionalización) y volver de nuevo a criminalizar.

En prisión “(e)l individuo...no sólo se encuentra físicamente separado de la comunidad sino que se ve sometido a un proceso de internalización de un sistema cultural que facilitaría tras su liberación graves problemas de adaptación. Este proceso es conocido como proceso de prisionización.”²⁶⁸.

De esta forma la cárcel trata de reproducir la disciplina social a fin de que el individuo internalice los valores dominantes pero, al final, desadapta, aún más, al prisionero colocándolo en total vulnerabilidad social para volver a delinquir.

Distintas respuestas penales a la reincidencia según la criminología.

Para los defensores de la resocialización, quien reincida luego de ser “resocializado”, pasando por la cárcel, se le debe aumentar la pena (así lo

²⁶⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja. (1984): Desviación social y resocialización, p. 363.

sostenía el redactor original del artículo 78 del Código Penal (Ley 4573)) ya que a) se causa un daño a la víctima y al Estado (doble lesión), b) por una característica del autor (o por lo que se es), o c) por un desprecio por la anterior condenatoria²⁶⁹

Para los otros, el hecho de que los criminalizados hayan pasado por la cárcel los hace más vulnerables a los procesos de selección del sistema Penal (por eso a la cárcel se le llama la clínica de la vulnerabilidad). Es por todo lo antes dicho que se afirma:

“En lugar de una mayor conciencia de la antijuricidad, en la reincidencia habría por lo general...menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, lo que obliga en términos de teoría de la responsabilidad a acortar el marco de la respuesta frente al delito, puesto que si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia...el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar.”²⁷⁰

Por tanto, no se puede agravar la pena ni señalar al reo como reincidente ya que son las condiciones sociales, y no la personalidad individual, las que hacen vulnerable al “delincuente” para ser nuevamente absorbido por el Sistema Penal.

²⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1992): Reincidencia: un concepto de Derecho Penal Autoritario, p. 20. La Sala Constitucional de nuestro país declaró inconstitucional la frase del artículo 78 del Código Penal (Pena aplicable a los reincidentes) que decía: “...aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena que se trate.”, es decir, en Costa Rica el ser reincidente no implica un plus de pena en su contra. Así en los votos 88-92 y 796-92 de las catorce horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos y de las catorce horas treinta minutos del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos, respectivamente, de la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica**.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alt. (2000): Derecho Penal. Parte General, p. 1011. También: “En consecuencia, al agravar la pena por las anteriores reincidencias se estaría reprochando con mayor severidad a quien no ha tenido los suficientes frenos para formar su voluntad.”. ZIFFER, Patricia. (2005): La reclusión por tiempo indeterminado para los “multireincidentes, p. 170.

Sección 3.

Conclusiones acerca del fenómeno de la reincidencia.

Para mí el concepto de reincidencia debe ser eliminado del discurso jurídico penal, así como también debe ser eliminado el aumento de la pena por violarse el principio de “no bis ídem”.

No se trata de resocializar para evitar la reincidencia (falso discurso positivista del “curar”) sino que “...se trata de ofrecer al infractor penal, múltiples oportunidades de facilitar un proceso de socialización real, que le permita recuperar y desarrollar sus potencialidades humanas.”²⁷¹.

Ahora bien, como el encarcelado ha padecido de un proceso de institucionalización en la cárcel, con las consecuencias negativas que he señalado -lo que se ha llamado prisionalización-, y a pesar de los esfuerzos que se realizaron allí para evitar su recaída, su grado de libertad ha sido reducido porque su vulnerabilidad para reincidir ha aumentado -por el proceso de prisionalización su grado de vulnerabilidad es mayor para retornar al Sistema Penal-.

²⁷¹ **ARROYO GUTIÉRREZ**, José Manuel. (2002): Teoría y práctica de la Pena Privativa de la Libertad en Costa Rica, p. 22.

Al perder libertad su culpabilidad se ve reducida porque queda más determinado a las condiciones de criminalización. Así, conociendo que la cárcel es un factor criminógeno que determina la conducta de un sujeto a tal punto que “no puede actuar de otro modo”, su culpabilidad se ve reducida, incluso llegar a no poder reprochársele su conducta antijurídica²⁷².

Aplicamos así la fórmula de Hassemer:

“Mientras más factores causales conozcamos que nos muestran una determinada conducta en una determinada situación como condicionada por ellos, tanto menor será el espacio en el que alojar la libertad.”²⁷³.

Por tanto, el juez penal debe analizar esta condicionante en el nivel de la teoría del delito llamada reproche de la culpabilidad para excluirla según su medida.

²⁷² La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal se ha inclinado por el criterio normativo de la culpabilidad, desplazando al criterio psicológico de la culpabilidad, por lo que la culpabilidad “(s)e trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclinó por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho.”. Voto 131-F-94 de las nueve horas del trece de mayo de mil novecientos noventa y cuatro de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica**.

²⁷³ **HASSEMER**, Winfried. (1984): Fundamentos del Derecho Penal, p. 285.

CONCLUSIONES

El castigar o el penar a alguna persona con cualquiera de sus formas no se puede seguir justificando. Después de haber analizado las distintas “teorías” de la pena he llegado a la conclusión de que ella no es necesaria como medio para solucionar los conflictos sociales de carácter grave. Por el contrario, tratar de solucionar un problema violento con un medio, también, violento no sólo es un sin sentido sino que profundiza y aumenta las causas sociales que dieron origen al conflicto, que llamamos penal.

La pena tiene el poder de inhibir una conducta pero no para siempre. Esta conducta volverá a surgir si no se elimina su causa. Y la causa de la delincuencia es la estructura social brutalmente asimétrica.

La explotación del prójimo es la base de esta sociedad y de los subgrupos o sistemas que en ella interactúan. Así que hasta tanto no proyectemos y construyamos una sociedad sin dominación la pena seguirá siendo lo que es: Un medio para producir dolor y miedo.

La única función, ¡real!, que cumple la pena es la producir dolor y miedo y no la de crear fidelidad a la Sociedad.

Con esto creo que logré el objetivo principal que me propuse en esta investigación. Sé que la pena no es necesaria para la existencia de la comunidad costarricense.

Si bien es cierto que no podemos conocer si la aplicación de una pena redime a todo penado y retribuye a toda víctima ya que, así planteado, resulta una afirmación “metafísica”, solamente podemos saberlo preguntando a cada uno de los penados y a cada una de las víctimas.

Las estadísticas judiciales nos demuestran que la ejecución de la pena no ha podido eliminar los delitos y, por el contrario, la reincidencia delata el fracaso en ello.

Igualmente sé que la pena de cárcel tampoco provoca una fidelidad al Derecho, porque así dicho es igualmente una afirmación “metafísica”, sólo puedo saber, preguntando a cada penado, si se motivó en él ese respeto por la norma.

La hipótesis con la cual he venido trabajando dice “la sanción o castigo es necesaria porque retribuye a la víctima, evita delitos (intimidando y educando) y provoca respeto al Derecho para que el delincuente se redima, integre a la sociedad y se mantenga en el orden jurídico”.

Después de esta investigación he llegado a creer que es imposible sostener esta hipótesis. Por más que se quiera que la pena realice eso en la realidad de las personas, de carne y hueso, sólo es posible sostener esa hipótesis en los libros de Derecho Penal, y en algunas conferencias sin salir agredido.

Pero podemos profundizar más. La pena no es necesaria no sólo porque podemos resolver los problemas de carácter jurídicopenal de una forma menos violenta con medidas alternas (penas y soluciones alternativas) sino también porque el origen de la agresión (y una manifestación de ella es la pena como respuesta al delito) es la mala satisfacción de los instintos primarios del ser humano (tanto en la economía política como en la economía libidinal).

Con la satisfacción plena de estos instintos (que para ello se requiere una revolución) podemos eliminar la causa de toda agresión entre humanos y, lógicamente, también la pena y cualquiera de sus formas de manifestarse.

De lo anterior deducimos que el Derecho es hijo de la Violencia porque se mece en un péndulo que va desde que se crea para legitimar el estado de cosas (la explotación de clases) hasta que se crea para limitar ese estado de cosas pero, en uno o en el otro caso, nace *por* la Violencia.

Y la Violencia no es natural en el corazón humano. La Violencia es instaurada en el corazón humano. En el tanto queremos ser como dioses (ídolos) de esa manera seguiremos alejándonos de la Naturaleza, que es amor más que razón. El Amor implica la búsqueda de un equilibrio entre Trabajo y Placer. La Razón implica Obligación, que es someterse a la disciplina del Capital, de la explotación. Obligación es Esclavitud.

El Derecho de garantías no nace gracias a la Razón si no por su contra. Éste nace gracias al deseo de liberarse de las obligaciones que pesan sobre la cerviz de los humillados y sometidos, como yugos sobre bueyes.

BIBLIOGRAFÍA

Al final de cada cita bibliográfica indicaré, por medio de siglas, en cuales Bibliotecas, Instituciones o sitios web se encuentran los respectivos libros o documentos citados, así: En la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia (B.C.), en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (B.D.), en la Biblioteca de las Ciencias de la Salud de la Universidad de Costa Rica (B.S.), en la Biblioteca de Filosofía de la Universidad de Costa Rica (B.F.), en la Biblioteca Carlos Monge Alfaro de la Universidad de Costa Rica (B.C.M.A.), en la Biblioteca José Figueres Ferrer del Instituto Tecnológico de Costa Rica (B.Tec.), en la Biblioteca Tinoco de la Universidad de Costa Rica (B.T.), en la Biblioteca Nacional (B.N.), en mi Biblioteca Personal (B.P.), en sitios web (I.) o en el Archivo Nacional (A.); esto para facilitar la búsqueda de aquellos investigadores que estén interesados en el tema de mi tesis.

Libros, Revistas y Tesis.

(2001): Upanisad...Versión y comentarios de Raphael, cuarta edición, Madrid, Editorial EDAF, S.A. (B.P.)

III CONFERENCIA GENERAL DEL EPISCOPADO LATINOAMERICANO. (1996): La Evangelización en el presente y en el futuro de América Latina, Documento Aprobado, Puebla, México, México D.F., Librería Parroquial de Clavería. (B.P.)

AGUSTÍN DE HIPONA (santo). (2000): Confesiones, primera edición, Buenos Aires, traducción de Mario Alarcón, Longseller. (B.P.)

ALBRECHT, Peter-Alexis. (2000): El Derecho Penal en la intervención de la política populista, en (2000): La insostenible situación del Derecho Penal, primera edición, Granada, Universidad Pompeu Fabra. (B.P.)

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2001). "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales, (52), 177-225. (B.C.)

ALEXANDER, Franz: Correlación psicosomática, en ADORNO, Theodor y DIRKS, Walter. (1971): Freud en la actualidad. Ciclo de conferencias de las Universidades de Frankfurt y Hildelberg, primera edición, Barral editores. (B.S.)

ALFARO, Anastasio. (1961): Arqueología criminal americana, San José, Editorial Costa Rica. (B.C.)

ALLIOT, Michel: Exposición en el Seminario de Creta, en BERNAT DE CELIS, Jacqueline. (1983-1984). "El Derecho de Castigar", Revista Capítulo Criminológico. (11-12): 101-128. (B.C.)

ALTMANN SMYTHE, Julio. (1973) "¿Deban suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión?". Revista Criminalia, Año 39. (78): 211-220. (B.C.)

ALVARADO, Carlos Francisco et alt. (1992): Informe de Trabajo. Evaluación y análisis de la propuesta de Reforma al Código Penal. El Proyecto de Penas Alternativas, San José, ILANUD. (B.C.)

ALVARENGA ODIO, Adrián et alt. (1992): Reconstrucción normativa de los modelos penitenciarios en Costa Rica (1824-1991), San Pedro de Montes de Oca, Seminario de graduación para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. (B.D.)

ÁLVARO, José Luis y **GARRIDO**, Alicia. (2003): Psicología Social. Perspectivas psicológicas y sociológicas, primera edición, Madrid, McGraw Hill / Interamericana de España, S.A.U. (B.C.M.A.)

ANIYAR DE CASTRO, Lolita: La reforma penal y las medidas alternativas a la prisión de libertad, en (2004): Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre, primera edición, San José, Editorial Jurídica Continental. (B.C.)

ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. (1997). "La legislación penal en Costa Rica". Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 9 (14) 25-40, diciembre. (B.C.)

ANTÓN ONECA, José. (1929); Derecho Penal, primera edición, Madrid, Editorial Reus (S.A.). (B.P.)

ANUARIO JUDICIAL-2005. Departamento de Planificación. Sección de Estadísticas. Personas sentenciadas en los Tribunales Penales. (I.) (<http://intranet/planificación/estadísticas/judiciales/2005/index.htm>.)

ANUARIO JUDICIAL-2004. Departamento de Planificación. Sección de Estadísticas. Personas sentenciadas en los Tribunales Penales. (I.) (<http://intranet/planificación/estadísticas/judiciales/2004/documentos/documentos.htm>)

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. (2002): Teoría y práctica de la Pena Privativa de la Libertad en Costa Rica, San Pedro de Montes de Oca, Tesis para optar al título de Maestro en Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. (B.D.)

ASIMOV, Isaac: Diez a la Quinta milla cuadrada, en (1976): Erich Fromm - Psicoanálisis y Sociedad-, Buenos Aires, traducción de Eduardo Masullo, editorial Paidós. (B.S.)

BACIGALUPO, Enrique. (1994): Manual de Derecho Penal. Parte General, primera edición, Bogotá, Editorial Temis, S.A. (B.C.)

BANCO CENTRAL DE COSTA RICA. INDICADORES ECONÓMICOS. (I.) (<http://indicadoreseconomicos.bccr/indicadoreseconomicos/cuadros>)

BARATTA, Alessandro: Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal, en (1986): Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas, primera edición, Barcelona, PPU, S.A. (B.C.)

BARBERO SANTOS, Marino. (1980): Marginación Social y Derecho represivo, primera edición, Barcelona, Bosch casa editorial, S.A. (B.P.)

BARÓ HERRERA, Silvio. (1997): Globalización y desarrollo mundial, primera edición, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales. (B.P.)

BASAGLIA, F. y **BASAGLIA,** F.: Violencia en la marginalidad. El hombre en la picota, en (2000): Antología de lecturas del Curso Sociología de la Violencia, Universidad de Costa Rica. (B.P.)

BELOFF, Mary Ana. (1993) “No habrá más penas...ni teorías que las justifiquen”. Justicia Penal y Sociedad. Año II (3-4): 49-58. (B.C.)

BERLÍN, Isaiah (2001): Dos conceptos de libertad y otros ensayos, Madrid, Alianza Editorial S.A. (B.Tec.)

BETEGÓN, Jerónimo. (1992): La justificación del castigo, primera edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. (B.D.)

BLOCH, Ernst. (1980): Derecho Natural y Dignidad Humana, Madrid, Aguilar S.A. de ediciones. (B.P.)

BODERO, Edmundo René. (2002): Relatividad y Delito, primera edición, Bogotá, Editorial Temis, S.A. (B.C.)

BOTTKE, Wilfried: La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en (1997): Política criminal y nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin), Barcelona, José María Bosch editor. (B.C.)

BOURDIEU, Pierre: Las formas del capital. Capital económico, capital cultural y capital social, en (2000): Poder, Derecho y Clases Sociales, primera edición, Bilbao, traducción de María José Bernuz Beneitez, Editorial Desclée de Brouwer, S.A. (B.D.)

BOVINO, Alberto. (1999) “Manual del buen abolicionista”. Revista de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 11 (16): 47-50. may. (B.P.)

BUITRAGO RUÍZ, Ángela María: Fundamento y fin de la pena: Consecuencias jurídicas y justicia restaurativa, en (2003): Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica, primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (B.C.)

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y **HORMÁZABAL MALARÉE**, Hernán (1997): Lecciones de Derecho Penal, Madrid, Volumen I, Editorial Trotta, S.A. (B.P.)

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. (1992): “Perspectivas y desafíos en la política criminal en Latinoamérica”, Nuevo Foro Penal. Año 10, (56), 157-166, abr-jun. (B.C.)

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.: Los Mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la peligrosidad, en (2002): La ciencia del Derecho Penal en el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Doct. don José Cerezo Mir, primera edición, Madrid, Tecnos. (B.C.)

CARRANZA, Elías y **SOLANA**, Emilio: Seguridad frente al delito en Costa Rica: estado de la Nación 1996, en (1997): Sistemas Políticos y Derechos Humanos, primera edición, San José, CONAMAJ. (B.C.)

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. (2002): El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha, primera edición, Madrid, EDAF-Ayuntamiento de Madrid. (B.P.)

CERVINI SÁNCHEZ, Raúl. (1992): Los procesos de decriminalización, primera edición, Montevideo, Editorial Universitaria Ltda. (B.C.)

CLEMENTE, Martín. (1992) “Criminología de la misericordia”. Revista No hay derecho. Año III, (8): 8-9. (B.C.)

COOPER, David. (1979): El lenguaje de la locura, primera edición, Barcelona, traducción de Alicia Ramón García, Editorial Ariel. (B.S.)

CRUZ CASTRO, Fernando: Principios Fundamentales de Política Penitenciaria, en (1990): Sanción Penal. Aspectos Penales y Penitenciarios, primera edición, San José, CONAMAJ. (B.C.)

CRUZ CASTRO, Fernando. (2004): La pena privativa de la libertad: poder, represión y constitución, primera edición, San José, Editorial Jurídica Continental. (B.P.)

CUELLO, Joaquín. (1978) “La “ideología” de los fines de la pena”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fascículo II, tomo 34, 423-440. (B.C.)

CHAN MORA, Gustavo y **GARCÍA AGUILAR**, Rosaura. (2003): Los Derechos Fundamentales tras los muros de la prisión, primera edición, San José, CONAMAJ. (B.P.)

CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo: Perspectivas para una teoría del Bien Jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica, en (2004): Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre, primera edición, San José, Editorial Jurídica Continental. (B.C.)

DE LA METTRIE, Julien Offray. (1962): El hombre máquina, segunda edición, Buenos Aires, traducción de Ángel J. Cappelletti, EUDEBA. (B.C.M.A.)

DEMETRIO CRESPO, Eduardo: Del “Derecho Penal Liberal” al “Derecho Penal del Enemigo”, en (2001): Ensayos sobre Justicia Juvenil a 10 años de su implementación, primera edición, San Salvador, Corte Suprema de Justicia. (B.C.)

DESCARTES, Renato. (1976): Discurso del Método, quinta edición, San José, traducción de Constantino Láscaris, Editorial Universitaria Centroamericana. (B.P.)

DONNA, Edgardo A. (1983) “La pena privativa de libertad. Algunas reflexiones sobre su contenido”. Revista Idearium. Año VI-VII (8/9): 41-47. (B.C.)

ELBERT, Carlos: Ejecución penal y terapia social en América Latina, en (1985): El Poder Penal de Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann, primera edición, Buenos Aires, Ediciones Desalma. (B.P.)

ENGELS, Federico. (1977): Del socialismo utópico al socialismo científico, tercera edición, Madrid, Editorial Ricardo Aguilera. (B.P.)

FACIO BRENES, Rodrigo. (1990): Estudio sobre economía costarricense, cuarta edición, San José, Editorial Costa Rica. (B.P.)

FERRAJOLI, Luigi: Derecho Penal mínimo, en (1986): Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas, primera edición, Barcelona, PPU. (B.C.)

FERRAJOLI, Luigi: El derecho como sistema de garantías, en (1999): Derechos y Garantías. La ley del más débil, primera edición, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, editorial Trotta, S.A. (B.P.)

FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. (1989): Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, primera edición, Buenos Aires, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Editorial Hammurabi, S.R.L. (B.C.)

FEYERABEND, Paul K. (2002): Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento, primera edición, Barcelona, traducción de Francisco Hernán, Ediciones Folio S.A. (B.P.)

FONSECA, Elizabeth y **QUIRÓS** Claudia (1994): Economía colonial y formación de las estructuras agrarias, en: Antología de la Cátedra de Historia de las Instituciones de Costa Rica, San José, Universidad de Costa Rica, fascículo N. 6. (B.P.)

FOUCAULT, Michel. (1975): Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión, Madrid, siglo xxi editores. (B.C.)

FOUCAULT, Michel. (2000): Historia de la sexualidad. 1. La voluntad del saber, veintiochoava edición, México, siglo xxi editores. (B.C.)

FRAGOMENO, Roberto. (2003): Las tribulaciones de la mirada. La lógica del castigo de los mercaderes, los financistas y los inspectores, primera edición, San José, Ediciones Perro Azul. (B.F.)

FREUD, Sigmund (1998): Esquema del psicoanálisis, primera edición, Barcelona, traducción de Luis López-Ballesteros y de Torres, Editorial Debate. (B.P.)

FREUD, Sigmund. (1999): El malestar en la cultura y otros ensayos, primera edición, Madrid, España, traducción de Ramón Rey Ardid y Luis López-Ballesteros y de Torres, Alianza Editorial. (B.P.)

FROMM, Erich (1983): El corazón del hombre, tercera edición, México D.F., Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V. (B.P.)

GALLARDO MARTÍNEZ, Helio. (1993): 500 años: Fenomenología del mestizo (violencia y resistencia), primera edición, San José, Editorial Departamento Ecueménico de Investigaciones. (B.P.)

GALLARDO MARTÍNEZ, Helio. (2000): Política y Transformación Social. Discusión sobre Derechos Humanos, Quito, sin editorial. (B.P.)

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: Para releer a Rusche y Kirchheimer en América Latina, en RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto. (1984): Pena y Estructura Social, primera edición, Bogotá, traducción de Emilio García Méndez, Editorial Temis Librería. (B.C.)

GARCÍA QUESADA, George I. (2001): Las sombras de la modernidad. La crítica de Henri Lefebvre a la cotidianidad moderna, primera edición, San José, Editorial Arlequín. (B.P.)

GARCÍA VALDÉS, Carlos. (1982): Estudios de Derecho Penitenciario, primera edición, Madrid, Editorial Tecnos, S.A. (B.C.)

GARNIER, Leonardo: Crisis, desarrollo y democracia en Costa Rica, en (1989): Costa Rica: Crisis y Desafíos, segunda edición, San José, Editorial Departamento Ecueménico de Investigación. (B.P.)

GIBRÁN, Khalil. (1977): El precursor, primera edición, Buenos Aires, traducción de José E. Guráieb, Macondo ediciones. (B.P.)

GIL GIL, Alicia: Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal en (2002): La ciencia del Derecho Penal en el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Doct. don José Cerezo Mir, primera edición, Madrid, Tecnos. (B.C.)

GINER, Salvador. (1967): Historia del pensamiento social, primera edición, Barcelona, Ediciones Ariel. (B.C.)

GÓMEZ, María Lila. (1985): La pena de muerte en Costa Rica durante el siglo XIX, primera edición, San José, Editorial Costa Rica. (B.P.)

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: El límite máximo de la pena privativa de libertad, en (1990a): Sanción Penal. Aspectos Penales y Penitenciarios, primera edición, San José, CONAMAJ. (B.C.)

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: La Libertad Vigilada en el Sistema Penitenciario, en (1990b): Sanción Penal. Aspectos Penales y Penitenciarios, primera edición, San José, CONAMAJ. (B.C.)

GRANADOS, Mónica. (s/f). "Historia de los sistemas punitivos de la Costa Rica del siglo XIX: la historia como rescate de una identidad despedazada". Revista ILANUD. (23-24), 95-126. (B.C.)

HARZER, Regina: La independencia y su significación para la teoría de la pena, en (2000): La insostenible situación del Derecho Penal, primera edición, Granada, Universidad Pompeu Fabra. (B.C.)

HASSEMER, Winfried. (1984): Fundamentos del Derecho Penal, primera edición, Barcelona, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, casa editorial, S.A. (B.C.)

HASSEMER, Winfried. (1994) “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz””. Revista de Ciencias Penales, (8), v. 5: 3-9. (B.P.)

HASSEMER, Winfried. (2003). “Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal”. Revista Penal La Ley. (11): 31-40, enero.

HAWKING, Stephen W. (1988): Historia del Tiempo. Del big bang a los agujeros negros, México D.F., traducción de Miguel Ortuño, Editorial Grijalbo, S.A. (B.P.)

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrick. (1955): Filosofía del Derecho, cuarta edición, Buenos Aires, traducción del italiano de Angélica Mendoza de Montero, Editorial Claridad. (B.C.)

HENTIG, Hans von. (1967): La Pena, primera edición, Madrid, Volumen I: Formas primitivas y conexiones histórico-culturales, traducción de José Ma. Rodríguez Devesa, Espasa-Calpe, S.A. (B.C.)

HENTIG, Hans von. (1968): La Pena, primera edición, Madrid, Volumen II: Formas modernas de aparición, traducción de José Ma. Rodríguez Devesa, Espasa-Calpe, S.A. (B.C.)

HERÁCLITO. (1983): Fragmentos, primera edición, Barcelona, traducción de Luis Farré, Ediciones Orbis, S.A. (B.C.M.A.)

HESSE, Hermann. (1991): El lobo estepario, Quito, Libresa. (B.P.)

HINKELAMMERT, Franz J. (1981): Las Armas Ideológicas de la Muerte, segunda edición, San José, Editorial Departamento Ecueménico de Investigación. (B.P.)

HOBBS, Thomas. (1994): Leviatán. Tomo I, primera edición, México D. F., Editorial Gernik, S.A. (B.C.M.A.)

HULSMAN, Louk: Exposición en el Seminario de Creta, en BERNAT DE CELIS, Jacqueline. (1983-1984) “El Derecho de Castigar”. Revista Capítulo Criminológico. (11-12): 101-128. (B.C.)

JAKOBS, Günter. (1997): Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, segunda edición, Madrid, traducción de Joaquín Cuello

Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons ediciones jurídicas, S.A. (B.C.)

JIMÉNEZ OREAMUNO, Ricardo: Disertación para recibir el título de abogado, en RODRÍGUEZ, Eugenio. (1980): Ricardo Jiménez Oreamuno. Su pensamiento, primera edición, San José, Editorial Costa Rica. (B.P.)

JUNG, Carl Gustav. (1969): Teoría del psicoanálisis, Barcelona, traducción de F. Oliver Brachefeld, Plaza y Jánés Editores S.A. (B.N.)

JUNG, Carl Gustav: Lo erótico como conflicto psicológico, en (1976): Sexualidad y erotismo, segunda edición, Caracas, traducción de Néstor Sánchez y Gabriel Rodríguez, Monte Ávila editores, C.A. (B.C.M.A.)

KAFKA, Franz. (1999): El Proceso, primera edición, Madrid, traducción de Feliu Formosa, Unidad Editorial, S.A. (B.P.)

KALINSKY, Beatriz y **VALERO**, Miguel: Democratizar la cárcel, ¿Una contradicción de términos?, en (2000): Justicia, Cultura y Derecho Penal, primera edición, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, S.R.L. (B.C.)

KANT, Immanuel. (2004a): Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime, primera edición, Buenos Aires, Ediciones Libertador. (B.P.)

KANT, Immanuel. (2004b): Fundamentación de la Metafísica de las Costumbre, primera edición, Buenos Aires, Ediciones Libertador. (B.P.)

KELEMAN, Stanley. (2001): El amor. Una visión somática, primera edición, Bilbao, traducción de Carmen Gloria Loredó, editorial Descleé de Brauer. (B.P.)

LAFARGUE, Paul. (2004): El derecho a la pereza. Versión completa, primera edición, Buenos Aires, Traducción de Antonio Tulián, Longseller. (B.P.)

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. (1983): Las consecuencias jurídicas del delito, primera edición, Madrid, Editorial Tecnos, S.A. (B.C.)

LAO TSÉ (1998): Tao Te King. Versión de John C.H. Wu, primera edición, Buenos Aires, traducción de Alfonso Colodrón, Editorial EDAF, S.A. (B.P.)

LARRAURI, Elena. (2000): “Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo”. Revista Ciencias Penales de Costa Rica. (17): año 12. 7-27. (B.C.)

LESCH, Heiko H., (1995): Intervención delictiva e imputación objetiva, Bogotá, traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, Universidad de Externado de

Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. (B.P.)

LORENZ, Konrad. (1975): Los 8 pecados mortales de la humanidad civilizada, primera edición, Barcelona, traducción de Manuel Vásquez, Plaza y Jânes editores S.A. (B.C.M.A.)

LÜDERSSEN, Klaus: Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena en la legítima defensa ¿Círculo vicioso o fuente de nuevos enfoques en torno a la cuestión del anacronismo de la pena?, en (2000): La insostenible situación del Derecho Penal, primera edición, Granada, Universidad Pompeu Fabra. (B.P.)

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (2002): La teoría del delito en la dogmática penal costarricense, primera edición, San José, Editorial Jurídica Continental. (B.P.)

MACHADO, Antonio. (s/f.): Poesías, Barcelona, Losada, S.A., CXXXVI Proverbios y cantares XXIX. (B.P.)

MALINOWSKI, Bronislaw. (1982): Crimen y costumbres en la sociedad salvaje, primera edición, Barcelona, traducción de J. y M.T. Alier, editorial Ariel, S.A. (B.C.)

MANZANO BILBAO, César: La cárcel: ¿para qué y para quién?, en (2005): Las cárceles de la democracia. Del déficit de ciudadanía a la producción de control, primera edición, Madrid, ediciones BajoCero. (B.P.)

MAPELLI CAFFARENA, Borja. (1984): “Desviación social y resocialización”, Cuadernos de Política Criminal, (23), 311-388. (B.C.)

MAPELLI CAFFERENA, Borja. (1999): “La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso”. Revista de Ciencias Penales de Costa Rica. (16). Año 11: 33-46. (B.P.)

MARCUSE, Herberth. (1972): Ensayos sobre política y cultura, tercera edición, Barcelona, traducción de Juan-Ramón Capella, Ediciones Ariel. (B.P.)

MARCUSE, Herbert: Eros reprimido, en (1976): Sexualidad y erotismo, segunda edición, Caracas, traducción de Néstor Sánchez y Gabriel Rodríguez, Monte Ávila editores, C.A. (B.C.M.A.)

MARTÍN-BARÓ, Ignacio (1999): Acción e ideología. Psicología social desde Centroamérica, novena edición, San Salvador, Editorial UCA. (B.P.)

MARX, Karl: Manuscritos económico-filosóficos, en FROMM, Erich. (1962): Marx y su concepto del hombre, primera edición, México D.F., traducción de Julieta Campos, Fondo de Cultura Económica. (B.P.)

MARX, Karl. (1980a): El Capital. Crítica de la economía política, novena edición, México D.F., traducción de Pedro Scaron, Tomo I, Vol. 1. Libro primero: El proceso de producción del capital, siglo veintiuno editores, s.a. (B.P.)

MARX, Karl. (1980b): El Capital. Crítica de la economía política, octava edición, México D.F., traducción de Pedro Scaron, Tomo I, Vol. 2. Libro primero: El proceso de producción del capital, siglo veintiuno editores, s.a. (B.P.)

MARX, Karl. (1980b): El Capital. Crítica de la economía política, sexta edición, México D.F., traducción de Pedro Scaron, Tomo I, Vol. 3. Libro primero: El proceso de producción del capital, siglo veintiuno editores, s.a. (B.P.)

MANDEL, Ernest (1977): Introducción a la Teoría económica marxista, cuarta edición, México D.F., traducción de Daniel Wagner, Ediciones Era, S.A. (B.P.)

MAURACH, Reinhart. (1994): Derecho Penal. Parte General. Teoría General del Derecho Penal y estructura del Hecho Punible. Actualizada por Heinz Zipf, primera edición, Buenos Aires, traducción de la séptima edición alemana por Jorge Bonfill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea. (B.C.)

MELOSSI, Darío y **PAVARINI**, Massimo. (1985): Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX), segunda edición, México D.F., siglo xxi editores, s.a. de c.v. (B.P.)

MELOSSI, Darío (1997). "Ideología y derecho penal. Garantismo jurídico y criminología crítica: ¿nuevas ideologías de la subordinación?". Revista Nueva Doctrina Penal, (1996/A). 77-86. (B.T.)

MIR PUIG, Santiago. (1974): La Reincidencia en el Código Penal, primera edición, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A. (B.D.)

MIR PUIG, Santiago: Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, en (1986): Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas, primera edición, Barcelona, PPU, S.A. (B.C.)

MOLINA JIMÉNEZ, Iván. (1991): Costa Rica (1800-1850). El legado colonial y la génesis del capitalismo, primera edición, San José, Editorial Universidad de Costa Rica. (B.C.M.A.)

MONGE ALFARO, Carlos. (1966): Historia de Costa Rica, San José, Imprenta Trejos Hnos. (B.P.)

MONTENEGRO SANABRIA, Carlos E. (2001): Manual sobre la ejecución de la Pena, primera edición, San José, IJSA. (B.C.)

MOSQUEDA, María Cristina. (1986): "Desprisonización, abolicionismo y mito", Revista de Derecho Penal y Criminología, vol. VII. (29), 99-122. (B.C.)

MUÑOZ CONDE, Francisco y **GARCÍA ARÁN**, Mercedes (1996): Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Valencia, Editorial Tirant lo blanch. (B.C.)

MUÑOZ VILLALOBOS, Vernor. (1987): Costa Rica, Orígenes de la represión penal (1502-1842), San Pedro de Montes de Oca, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. (B.D.)

NAUCKE, Wolfgang: La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, en (2000): La insostenible situación del Derecho Penal, primera edición, Granada, Universidad Pompeu Fabra. (B.C.)

NIETZSCHE, Friedrich. (1997): El anticristo, primera edición, Barcelona, traducción de Enrique Eidelstein, Editorial Edicomunicación, S.A. (B.P.)

NOYA NOVAIS, Josefa: Origen, justificación y naturaleza de la pena, en (2003): Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica, primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (B.C.)

NEUMAN, Elías. (1986). "El sistema penal y sus víctimas". Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid. Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, 483-499, junio. (B.C.)

NEUMAN, Elías. (1992): Victimología, primera edición, México D.F., Volumen I, Cárdenas. (B.C.)

ORTIZ MORA, José A. (1969): La Reincidencia en el Derecho Penal, San Pedro de Montes de Oca, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. (B.D.)

ORWELL, George. (1995): 1984, decimoséptima edición, traducción de Rafael Vásquez Zamora, ediciones Destino. (B.P.)

OVIDIO NASÓN, Publio. (2003): El arte de amar, segunda edición, Grupo Editorial Norma. (B.P.)

OWEN, Robert Dale: Fisiología Moral, citado en USSEL, Jos von. (1974): Represión Sexual, México D.F., traducción de J.A. Bravo, ediciones Roca, S.A. (B.S.)

PAYNE YGLESIAS, Elizabeth. (1994): El impacto de la conquista española en las sociedades indígenas (1502-1569), en: Antología de la Cátedra de Historia de las

Instituciones de Costa Rica, San José, Universidad de Costa Rica, fascículo N. 3. (B.P.)

PAVARINI, Massimo. (1993). “La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad”. Revista Capítulo Criminológico. (21): 30-41. (B.C.)

PÉREZ BRIGNOLI, Héctor. (1997): Breve historia contemporánea de Costa Rica, primera edición, México D.F., Fondo de Cultura Económica. (B.C.M.A.)

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando: El funcionalismo en la sociología actual, en: (2003): El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günter Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (B.C.)

PLATÓN. (1999): El Banquete, primera edición, Madrid, traducción de Fernando García Romero, Alianza Editorial, S.A. (B.P.)

POPPER, Karl Raimund. (1973): La miseria del historicismo, primera edición, Madrid, traducción de Pedro Schwartz, Alianza Editorial, S.A. (B.P.)

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: Relaciones entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho penal: La influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales, en (2002): La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos. (B.C.)

PRABHUPADA, B.S. (1982): El Sri Isoparisad. Secretos de otros tiempos, primera edición, México D.F., Fondo Editorial Braktivedanta. (B.P.)

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE CLETO GONZÁLEZ VÍQUEZ -1887. San José, Archivo Nacional. Signatura Congreso 009298. (A.)

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL -1923, San José, Archivo Nacional. Signatura Congreso 013424. (A.)

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE BEECHE. San José. Archivo Nacional. Signatura. Congreso 018810. (A.)

PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN. (2002): Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible: Séptimo Informe 2000, San José. (B.C.)

PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN. (2004): Décimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible, San José. (B.C.)

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et alt. (2002): Manual de Derecho Penal. Parte General, tercera edición, Editorial Aranzadi, S.A. (B.C.)

REICH, Wilhelm. (s/f): La función del orgasmo. El descubrimiento del orgón. Problemas económico-sexuales de la energía biológica, primera edición, Buenos Aires, editorial Paidós, S.A. (B.Tec.)

REICH, Wilhelm: La potencia orgásmica, en (1976): Sexualidad y erotismo, segunda edición, Caracas, traducción de Néstor Sánchez y Gabriel Rodríguez, Monte Ávila editores, C.A. (B.C.M.A.)

REICH, Wilhelm. (1979): Materialismo dialéctico y psicoanálisis, novena edición, México D.F., traducción de Renate von Hanfsstengel y Carlos Gerhard, siglo veintiuno editores s.a. (B.C.M.A.)

REICH, Wilhelm y **SCHMIDT**, Vera. (1984): Psicoanálisis y educación, primera edición, Madrid, Ediciones Orbis, S.A. (B.P.)

REICHE, Reimut: La represión sexual, en (1976): Sexualidad y erotismo, segunda edición, Caracas, traducción de Néstor Sánchez y Gabriel Rodríguez, Monte Ávila editores, C.A. (B.C.M.A.)

REPÚBLICA DE COSTA RICA. MINISTERIO DE CULTURA JUVENTUD Y DEPORTES. (2002): El Álbum de Figueroa: viaje por las páginas del tiempo, San José, Archivo Nacional. (A.)

REPÚBLICA DE COSTA RICA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Informe de Gobierno, 1871. Archivo Nacional. Signatura CR-AN-AH-MJG-00144-F. (A.)

RIVERA BEIRAS, Iñaki: Historia y legitimación del castigo. ¿Hacia dónde vamos?, en (2003): Sistema Penal y Problemas Sociales, primera edición, Valencia, Tirant Lo Blanch. (B.C.)

RIVERA SOLANO, Manuel. (2006): Ejecución penal y Legislación. Análisis de una vieja contienda, San Pedro de Montes de Oca, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. (B.D.)

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. (2004): Episteme y Derecho. Una exploración jurídico-penal, Granada, Editorial Comores. (B.C.)

ROJAS BOLAÑOS, Manuel. (1982): Lucha social y guerra civil en Costa Rica. 1940-1948, tercera edición, San José, Editorial Porvenir. (B.C.M.A.)

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. (1993): Reforma del Estado, primera edición, San José, EUNED. (B.P.)

ROWEN, Edward L. (2001): Los placeres del autoerotismo, primera edición, México D.F., traducción de Eunice Cortés, ALAMAH. (B.P.)

ROXIN, Claus. (1992): Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal), primera edición, Barcelona, traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, S.A. (B.C.)

ROXIN, Claus. (1997): Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, primera edición, Madrid, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Editorial Civitas, S.A. (B.C.)

RUDOLPHI, Hans Joachin: El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal, en (1997): Política criminal y nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin), primera edición, Barcelona, José María Bosch editor. (B.C.)

RUÍZ, Carmen Eloísa: Lección 2: Teorías de los fines de la pena, en (2002): Lecciones de Derecho penal. Parte General, primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (B.C.)

RUSCHE, Georg y **KIRCHHEIMER**, Otto. (1984): Pena y Estructura Social, primera edición, Bogotá, traducción de Emilio García Méndez, Editorial Temis Librería. (B.C.)

RUSSELL, Bertrand (1999): Sociedad humana: ética y política, primera edición, Barcelona, traducción de Beatriz Urquidí, Ediciones Altaya, S.A. (B.P.)

SÁENZ ROJAS, Mario Alberto. (1995). “La inseguridad ciudadana: Los aportes de Ignacio Martín-Baró y la criminología crítica”. Revista de Ciencias Sociales. (69). 29-41. (B.T.)

SALAS PORRAS, Ricardo. (2006): La Sanción Penal. Síntoma de un Orden Social, primera edición, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas. (B.C)

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. (2000): Derecho Penal. Parte General: doctrina y jurisprudencia, primera edición, San José, Editorial Jurídica Continental. (B.P.)

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. (1984): Penología. Parte Especial, primera edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (B.C.)

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. (1985): Sistema Penal y Criminología Crítica. (El Sistema Penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica), primera edición, Bogotá, Editorial Temis librería. (B.P.)

SARAMAGO, José: Prólogo, en KAFKA, Franz. (1999): El Proceso, primera edición, Madrid, traducción de Feliu Formosa, Unidad Editorial, S.A. (B.P.)

SARAMAGO, José (2000): La caverna, México D.F., Editorial Alfaguara. (B.C.M.A.)

SCHATZMAN, Morton. (1979): El asesino del alma. La persecución del niño en la familia autoritaria, segunda edición, México, siglo veintiuno editores, S.A. (B.S.)

SCHÜNEMANN, Berd: Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva, en (1997): Política criminal y nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin), primera edición, Barcelona, José María Bosch editor. (B.C.)

SPENCER, Herberth. (s/f-a): La Ética de las prisiones, primera edición, Madrid, traducción de Miguel de Unamuno, Agustín Barrial editor. (B.C.)

SPENCER, Herberth: La Ética de Kant, en SPENCER, Herberth. (s/f-b): La Ética de las prisiones, primera edición, Madrid, traducción de Miguel de Unamuno, Agustín Barrial editor. (B.C.)

SPINOZA, Baruch de. (2003): Ética, Buenos Aires, traducción de Marco Alarcón, Longseller Editorial. (B.P.)

SUVAROVA, M. y **ROMANOV**, B. (1989): ¿Qué es la propiedad?, primera edición, Moscú, traducción de O. Razinkov, Editorial Progreso. (B.P.)

TAVARES, Juárez Xavier: La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, en (1998): Teorías Actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc S.R.L. (B.C.)

TOCORA, Fernando. (1997): Política criminal contemporánea, Bogotá, Editorial Temis, S.A. (B.P.)

TORÍO LÓPEZ, Ángel. (1986) "El sustrato antropológico de las teorías penales". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Junio. 668-678. (B.C.)

THICH NHAT HANH. (1998): Detente y sabrás, primera edición, Bogotá, traducción del inglés por María del Mar Ravassa, Editorial Norma. (B.P.)

UMAÑA DI PALMA, Andrés. (1999): "La Reincidencia en Costa Rica (delincuencia múltiple). Análisis de los cambios en el paradigma jurídico -Sala Constitucional- y su efecto en la aplicación de la pena -función del Instituto Nacional de Criminología-. Relaciones cuantitativa", Revista Judicial, año XXII, (71), 65-80. marz. (B.C.)

USSEL, Jos van. (1974): La Represión Sexual, México D.F., traducción de J.A. Bravo, Ediciones Roca, S.A. (B.S.)

ÜXKÜLL: El organismo animal y su ambiente, citado por DE MARCHI, Luigi. (1974): Wilhelm Reich, biografía de una idea, primera edición, Barcelona, traducción de Secundi Sorie, Ediciones Península. (B.C.M.A.)

VALBUENA OQUENDO, Hugo Luis. (s/f): Los fines imaginarios del Derecho Penal y su función política, sin más datos. (B.C.)

VAN DIJK, Teun A: Ideologías. Un enfoque multidisciplinario, en (2000): Antología de lecturas del Curso Epistemología de las Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica. (B.P.)

WATSON, John Broadus (1961): El Conductismo, tercera edición, Buenos Aires, Traducción de Oriore Poli, Editorial Paidós. (B.F.)

WELZEL, Hans. (1997): Derecho Penal alemán. Parte General, cuarta edición, Santiago, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile. (B.C.)

WOLF, Paul: Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena, (1986): Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas, primera edición, Barcelona, PPU, S.A. (B.C.)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (s/f): En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal), Lima, AFA editores importadores S.A. (B.D.)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Reincidencia: un concepto de Derecho Penal Autoritario, en (1992): Derecho fundamentales y justicia penal, primera edición, San José, editorial Juricentro. (B.P.)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alt. (2000): Derecho Penal. Parte General, primera edición, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora. (B.C.)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: El Leviathan y el Derecho Penal, en (2005) : Derecho Penal y Estado de Derecho: Libro homenaje al Profesor Ramón C. Leguizamón, primera edición, Chaco, Librería de la Paz. (B.C.)

ZIFFER, Patricia: La reclusión por tiempo indeterminado para los “multireincidentes”, en (2005): Derecho Penal y Estado de Derecho: Libro homenaje al Profesor Ramón C. Leguizamón, primera edición, Chaco, Librería de la Paz. (B.C.)

Diccionarios de la lengua española y enciclopedias.

GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón. (1976): Diccionario Larousse ilustrado, Francia. (B.P.)

GRUPO EDITORIAL OCÉANO (1991): Océano Uno. Diccionario Enciclopédico Ilustrado, primera edición, Bogotá, Ediciones Océano Gallach, S.A. (B.P.)

GRUPO EDITORIAL OCÉANO (MCMXCII): Diccionario Océano de Sinónimos y Antónimos, primera edición, Barcelona, Ediciones Océano, S.A. (B.P.)

GRUPO EDITORIAL OCÉANO (MCMXCV): Enciclopedia de Costa Rica. Su historia, tierra y gentes 2, primera edición, Barcelona, Océano Grupo Editorial, S.A. (B.P.)

Periódicos.

La Nación, miércoles 06 de noviembre del 2002.

Leyes.

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Código Penal concordado por Ulises Zúñiga Zamora, veinteva edición, San José, IJSA., setiembre de 2007. (B.P.)

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Código Procesal Penal concordado por Ulises Zúñiga Zamora, quinta edición, San José, IJSA., octubre de 2000. (B.P.)

Jurisprudencia.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Voto 88-92. Resolución de las catorce horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Voto 796-92. Resolución de las catorce horas treinta minutos del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Voto 1739-92. Resolución de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Voto 131-F-94. Resolución de las nueve horas del trece de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Voto 1611-98. Resolución de las diecisiete horas treinta y seis minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Voto 2066-98. Resolución de las quince horas quince minutos del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Voto 4979-00. Resolución de las catorce horas cuarenta y siete minutos del veintiocho de junio de dos mil.