

LA AGENCIA LEGISLATIVA: RESPONSABILIDADES Y LIMITACIONES

El legislador costarricense, como funcionario sujeto a la Constitución Política, tiene la obligación de seguir y de cumplir fielmente sus postulados. Existen en ese texto legal una serie de principios, más que expresiones, imperativos fieles del principio de que Costa Rica es una República. Estos constituyen la base teórica para que el legislador tenga consciencia de los límites que existen y de los lineamientos que deben seguirse a la hora de legislar en materia penal, procesal penal y penitenciaria.

En un orden conceptual, aunque no numérico, los artículos que necesariamente debe tener en cuenta el legislador son los siguientes y dicen textualmente:

"Art. 1.: Costa Rica es una República democrática libre e independiente."

"Art. 39.: A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad."

"Art. 28, Párrafo segundo: ...Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley."

"Art. 34.: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas."

"Art. 41.: Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."

"Art. 44. Para que la incomunicación de una persona pueda exceder de cuarenta y ocho horas, se requiere orden judicial; sólo podrá extenderse hasta por diez días consecutivos y en ningún caso impedirá que se ejerza la inspección judicial."

"Art. 35. Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución."

"Art. 42. Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible."

Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión."

"Art. 36. En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad."

"Art. 40. Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula."

1. LOS CUIDADOS EN LA PRODUCCION DE LEYES PENALES (RESPONSABILIDADES Y LIMITACIONES DEL LEGISLADOR PENAL)

1.1 Principio de legalidad/tipicidad

El **artículo 39** de la Constitución Costarricense prevé, entre otros, el principio de legalidad criminal, de acuerdo con el cual sólo puede castigarse penalmente un acto cuando exista una ley, anterior al mismo, que prevea ese hecho como delito y le otorgue una sanción.

Los alcances del **artículo 39** mencionado no se quedan en la mera definición de la necesidad de ley y sanción previas, sino que el término "ley previa" requiere de una elaboración especial: que el texto que define la acción como prohibida deba ser claro, preciso y delimitado. De lo contrario, el juez, como operador de la ley, en el acto de su aplicación, deberá interpretar oscuridades, y/o fijar los límites del texto y, al hacerlo, estará obligado a señalar qué significa la ley. Por tanto, estará "diciendo" la ley no antes sino después de realizado un hecho que se quiere someter a sanción; es decir, la ley que aplica no es una "ley anterior," como lo requiere el **artículo 39** de la Constitución.

Veamos el siguiente ejemplo del Código Penal:

"Artículo 391: Será castigado con tres a veinte días multa: los que se dedicaren a prácticas de brujería, hechicería o cualquier otro culto o creencia contrario a la civilización o a las buenas costumbres."

Un juzgador, para aplicar esta figura tendrá que definir brujería, hechicería, culto o creencia contraria a la civilización y culto o creencia contraria a las buenas costumbres. Obviamente las preguntas que surgen son innumerables: ¿Cuál concepto de civilización utilizamos? ¿Cuál de buenas costumbres? ¿El mío? El de cuál grupo social dentro de los que integran la llamada sociedad de un territorio? Hasta hace algunos años, para las mujeres de determinados lugares del campo costarricense, poner a San Antonio con la cabeza para abajo y prenderle una velita significaba encontrar marido. En otra percepción antropológica este hecho es absolutamente alejado de la

pauta de nuestra civilización. Bañarse con determinadas yerbas en ciertas fases de la luna es, para algunos, una manera de limpiarse de malas energías y para otros un acto de brujería... así innumerables ejemplos.

Es por lo anterior que el legislador que trabaja la materia penal tiene la obligación constitucional de cuidar la elaboración de los tipos o descripciones penales; cuidado que es exigido en forma expresa por la Constitución cuando habla de "ley anterior".

1.2 Principio de culpabilidad

El mismo artículo 39 de la Constitución prevé el llamado principio de culpabilidad, cuando exige la "previa demostración de su culpabilidad" como requisito para la sujeción a una sanción penal. Con la evolución actual de la teoría del delito este principio debe leerse de dos maneras:

- a. Como el mandato de que no puede haber condena si el hecho no se ha realizado con dolo o culpa y,
- b. Como la exigencia de un juicio de reproche como presupuesto necesario para poder condenar¹.

De lo anterior se desprende que el legislador penal no puede crear tipos que exijan responsabilidad objetiva, es decir, sin que pueda atribuírsele el hecho al autor, ya sea a título de dolo o de culpa; tampoco puede crear tipos de mera peligrosidad, con los que se castiga la manera de ser o la forma de vida, etc.

Veamos el siguiente ejemplo:

El artículo 230 del Código Penal establece:

"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indebidamente tuviere en su poder o fabricare ganzúas u otros instrumentos conocidamente destinados a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad".

¹ La primitiva teoría del delito, producto de una postura mecanicista y positivista, observaba la acción como un puro proceso causal externo, sin tomar en cuenta la voluntad de todo acto humano de lo que implica el derecho. De esta manera, el dolo y la culpa no se estudiaban en la acción típica sino en la culpabilidad. Con el avance de la teoría, se ha llegado a aceptar prácticamente por unanimidad, que el dolo y la culpa, al ser derivados directos de la voluntad deben estudiarse en la acción y que por tanto, la culpabilidad es solamente el juicio de reproche que se hace a un autor porque al realizar el acto no se motivó en la norma pudiendo haberlo hecho.

Puede observarse que, mediante este texto penal, el legislador pretende narrar dos conductas: tener y fabricar. Nos interesa el verbo tener. En realidad, tener es un verbo; pero, tal y como se describe no narra ninguna conducta típica. En relación con el propio bien jurídico "propiedad", "tenencia" o "posesión", tener ganzúas u otros instrumentos conocidamente destinados a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad es sólo un peligro para ese bien. Por otra parte, los instrumentos conocidamente destinados a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad son todas las herramientas que se utilizan para los trabajos de mecánica y de construcción.

Si se le pregunta a un juez penal si condenará a una persona que tenga en su poder un destornillador o un martillo, nos diría que lo haría sólo en el caso de que esta persona intente cometer el delito. Si le preguntamos a un policía si capturaría a ese mismo sujeto, nos diría que dependerá de "cómo lo vea". "Cómo lo vea" significa actitud y vestimenta, de donde se infiere que un tipo penal, como el descrito en el artículo 230 antes transcrito, en lo que al verbo tener concierne, es un delito que narra más que una acción, una peligrosidad de sujetos.

Como refuerzo de lo dicho, es importante la lectura del artículo 30 del Código Penal: "Nadie puede ser sancionado por un hecho si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención". Este artículo nos dice que entre el acto realizado y el autor, debe existir una conexión subjetiva, ya sea porque se quiera el resultado y se maneje la causalidad adecuada para lograrlo, porque se acepte su posibilidad y no se evite (dolo directo y eventual) o porque el sujeto actúa con falta al debido deber de cuidado que por ello, aunque pudo prever el resultado, no lo hizo (culpa). Por tal razón, en Costa Rica (así como en cualquier país que se precie de garantizar los derechos de los habitantes) no existe la responsabilidad objetiva, por medio de la cual se le atribuya el acto al sujeto sin existir conexión subjetiva entre ambos. Ejemplo de una responsabilidad objetiva es: castigar a la enfermera a quien un médico engaña y dice que le debe poner una inyección de vitaminas al paciente; él le da el frasco indicado en el que no existen vitaminas sino veneno. La enfermera no puede responsabilizarse de la muerte de ese paciente en tanto ella ni siquiera podrá prever que al recipiente (que habitualmente contenía vitaminas) le fue cambiado su contenido.

1.3 Objeto de protección

De acuerdo con los principios generales del derecho penal, no puede haber delito si no se viola o pone en peligro real un bien jurídico tutelado.

Este principio no ha sido recogido de manera expresa en la Constitución; sin embargo, se puede extraer claramente de la disposición del párrafo segundo del artículo 28 de ese cuerpo de leyes, en el que se dispone: "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley".

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

- a. El Estado no puede imponer una moral;
- b. El Estado reconoce una zona de libertad;
- c. Las penas no pueden caer sobre el ejercicio de la autonomía moral que garantiza la Constitución, sino sobre aquellas conductas que sí afectan el ejercicio de esa autonomía ética;
- d. No puede haber delito que no afecte un bien jurídico, es decir, que no afecte alguno de los elementos de los que necesita disponer otro ser humano para realizar lo que quiere (vida, honor, patrimonio, salud, etc.).²

Igualmente este principio se desprende de la misma idea constitucional de que Costa Rica es una República, pues una de las características de esa forma de gobierno es que el ser humano es el centro del quehacer estatal y la sanción tiene un sentido racional.

La Sala IV de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto 525 de las 14:24 horas del 3 de febrero de 1993, al resolver una consulta del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, sobre la constitucionalidad del artículo 328 del Código Penal, señaló varios aspectos que a continuación resumimos:

1. Que la obligatoriedad que se impone al autor de un accidente, de permanecer en el lugar del accidente con el fin de que pueda ser identificado, es incompatible con el planteamiento del artículo 39 de la Constitución que exige la "necesaria demostración de culpabilidad".
2. Que el bien jurídico protegido por el artículo en mención está arbitrariamente asimilado por el que tutelan otras figuras delictivas que forman parte de ese mismo título. Para el tribunal constitucional, esto lleva a absurdas consecuencias.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Ediar, Buenos Aires, 4ta. Edición, 1985. p.390.

3. Que el bien jurídico se extrae del texto del artículo y no de su colocación en algún título de código penal.³

Estos son aspectos fundamentales que llevaron obligatoriamente a la declaratoria de inconstitucionalidad o inaplicabilidad del mismo artículo.

Puede notarse por lo dicho, que el legislador penal debe asegurarse de crear tipos que no tengan algún objeto de protección - como el caso del artículo 328 del Código Penal- o, bien, que por proteger un bien jurídico, se proteja otro diferente, como por ejemplo el artículo 171 del Código Penal, en el que se dispone:

"El que se hiciere mantener, aunque sea parcialmente, por una persona que ejerce la prostitución, explotando las ganancias provenientes de esa actividad, será reprimido con prisión de dos a tres años."

El artículo en mención se encuentra inserto en el Título III del Código Penal, denominado " Delitos Sexuales", es decir, delitos que protegen la libertad o libre disponibilidad sexual y también el normal desarrollo de la sexualidad. Como puede observarse en el texto transcrito, el legislador trata de impedir la explotación de las personas que trabajan con el sexo, aspecto muy distante del objeto de protección de los delitos sexuales, cuyo único punto de coincidencia es el sexo.

³ ¿Qué es bien jurídico?. Si aceptamos que los seres humanos somos el centro del quehacer social -en tanto el postulado principal de la República es, precisamente, el ser humano-, podría decirse que los bienes jurídicos representan intereses relevantes de las personas en tanto sujetos sociales. La vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos (en el tanto la colectividad y no un grupo específico sean los beneficiarios). Desde este punto de vista, el bien jurídico no es patrimonio sólo del derecho represivo, sino del derecho, como regulador de relaciones interpersonales y sociales.

Para entender mejor el término, es importante no perder de vista que el concepto de bien jurídico, de acuerdo con HASSEMER (Fundamentos del derecho penal, p.37) "...es obra del pensamiento de la ilustración. Lo fundamentó y formuló PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH como arma contra una concepción moralizante del Derecho Penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos." Zaffaroni (Manual, pg.389) lo define así: "...bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan".

Igualmente, el cuidado legislativo debe llevarlo a no crear tipos cuyo objeto de protección sea abstracto; es decir, que no pueda ser indentificado de manera concreta qué es lo que se quiere proteger y por tanto qué es lo prohibido. Veamos un ejemplo:

El artículo 272 del Código Penal señala:

"Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, con solo el hecho de ser miembro de la asociación..."

El texto legal está inserto en un título que se llama "Delitos contra la tranquilidad pública"; pero queda claro que la acción prohibida es tomar parte en una asociación para cometer delitos". Sin embargo, no sólo este acto afecta la tranquilidad pública; obviamente, cualquier delito de acción pública lesiona, en última instancia, la tranquilidad pública.

2. LOS CUIDADOS EN LA CONSTRUCCION DE LEYES PROCESALES: (RESPONSABILIDADES Y LIMITACIONES DEL LEGISLADOR)

La salvaguarda de derechos fundamentales en el sistema de justicia penal está fuertemente asociada a la existencia de las garantías procesales fundamentales; la declaratoria de inocencia o de culpabilidad sólo puede ser dictada con las debidas garantías de un proceso, una defensa y un juez imparcial.

Precisamente una finalidad fundamental del proceso penal, además de pretender constituirse en una manera racional de aplicar la ley penal como lo exige la República, es la de dar eficacia y efectividad a las exigencias constitucionales de un proceso republicano y democrático, denominado debido proceso, por la Sala Constitucional.

De esta manera, la ley procesal tiene la obligación de retomar todas las garantías con un sentido importante en lo que se refiere a las garantías ciudadanas: El **artículo 39** de la Constitución Política plantea, en su párrafo final, que la pena no puede ser impuesta si no se ha demostrado la culpabilidad⁴.

¿Cómo se deben elaborar las leyes procesales para cumplir con el principio de inocencia en un proceso penal? Pueden realizarse diversos planteamientos para dar la

⁴ El concepto de culpabilidad en la Constitución tiene una doble significación: con la teoría del delito clásica, culpabilidad significó dolo y culpa, por lo que "previa demostración de culpabilidad" significó que al menos fuera culposa la conducta del imputado. Con la teoría del delito contemporánea, culpabilidad es reprochabilidad (se le reprocha al sujeto no haberse motivado en la norma pudiendo haberlo hecho), puesto que el examen del dolo y de la culpa se hace en la acción típica.

respuesta adecuada. Sin embargo, dada la naturaleza de nuestro sistema político, cualquier desarrollo que se haga no puede prescindir de la constante referencia a la tutela de los derechos humanos, derechos, todos, que se encuentran conformando la Constitución Material.

Así, en la elaboración de leyes procesales debe cumplirse, al menos, con las siguientes exigencias:

2.1 Establecimiento de las regulaciones necesarias para crear condiciones que permitan el real ejercicio del derecho a la defensa

Necesariamente, el legislador penal debe regular y prever todo lo requerido racional y razonablemente para que el derecho de defensa no pueda ser coartado expresa ni tácitamente en caso alguno; de esta manera debe crear los remedios procesales apropiados y necesarios (recursos, nulidades y otras formas), para sancionar procesalmente cualquier actuación que limite esas condiciones. Este es el punto básico sobre "el derecho a un proceso justo" y "a una defensa racional" que debe tener cualquier código procesal en materia penal.

2.2 Establecimiento de imperativos jurídicos claros y precisos, de manera tal que no se limite la admisión de las pruebas ni se facilite la interpretación restrictiva

Este aspecto tiene que ver con el anterior, en el sentido de que una limitación de las pruebas coarta el derecho de defensa. Sin embargo, en nuestro concepto, el asunto va más allá, pues es necesario que no se coarte el derecho de la acusación, sobre todo si se trata de acusación particular. La admisión de pruebas en nuestro concepto es uno de los puntos fundamentales en un proceso penal republicano. Es por eso que pensamos que el legislador debe ser celoso en el otorgamiento de este poder al juez, no sea que pase, como ocurría y ocurre aún, en algunos juzgados de instrucción y tribunales de nuestro país, en donde se limita la prueba "por innecesaria", "por super abundante" y otros calificativos similares, sin que la parte interesada pueda obtener una razón válida sobre la denegatoria de la admisión de su ofrecimiento probatorio.

2.3 Exigencia de la fundamentación de las resoluciones.

Los elementos que aquí reseñamos aparecen, además, concatenados, pues la fundamentación de las resoluciones constituye precisamente el medio idóneo para que las partes puedan saber por qué el juez resolvió en la forma en que lo hizo en la parte dispositiva (el "por tanto"); así, la exigencia de un razonamiento para dictar la

resolución, encuentra su origen en el mismo derecho al debido proceso y genera, en forma expresa, un derecho específico para que se cumpla con ella.

No sólo las resoluciones de fondo que dan término al proceso son las que deben estar fundamentadas, sino todas aquellas que de una u otra manera incidan sobre los derechos básicos de las partes: la denegatoria de una prueba, de una gestión de salida, de la excarcelación, de un recurso, de una nulidad, de una solicitud cualquiera que sea de relevante interés, ya para la defensa, ya para la parte acusadora o actora civil en lo que les compete.

2.4 Creación de los remedios procesales necesarios.

Dentro de la línea que hemos estado trabajando, este principio es la culminación de todo lo dicho anteriormente. Las partes procesales tienen derecho a que las actuaciones judiciales que no les favorezca sean revisadas por un juzgador distinto y con un grado superior al que dio el fallo (recursos de apelación, casación y revisión), pero también tienen derecho a solicitar que el mismo juzgador, dadas las razones que se dan, revise su propia resolución.

Es importante mencionar que el código de procedimientos penales vigente no prevé recursos de apelación para los hechos sometidos a los alcaldes de faltas y contravenciones, jueces penales y jueces superiores; esto ha obligado a "abrir" la casación penal y eliminar formalidades técnicas propias de una casación tradicional. Por ese mismo motivo se creó el tribunal de casación penal, para conocer recursos de casación contra resoluciones de los jueces penales. Sin embargo, los casos juzgados por los alcaldes de faltas y contravenciones quedan sin apelación; igualmente es importante destacar que un recurso de casación no es lo mismo que una apelación.

Así las cosas, pensamos que con nuestra legislación procesal vigente se violan cartas internacionales que prevén la doble instancia como un derecho ciudadano importante.

También es necesario observar que nuestro cuerpo normativo procesal penal no contiene regulaciones claras sobre el recurso de revocatoria, lo cual permite a los jueces declararlo sin lugar, sin señalar el por qué no se aceptan los razonamientos de la parte impugnante.

Se pierde así una excelente oportunidad para que los errores de una resolución sean corregidos en forma más expedita por el mismo órgano que lo dictó y se cumpla con ello el principio de justicia pronta y cumplida.

2.5 Utilización del principio "in dubio pro reo" como principio no sólo de análisis de la prueba sino de interpretación del derecho de fondo.

Este principio es importante para que la condena no viole el principio de culpabilidad. Se trata de que ante la duda en la valoración de prueba no pueda haber condena. Se ha dicho que en muchos casos este principio no se cumple a cabalidad y que, en algunos, ante una duda el juez condena e impone el beneficio de la Condena de Ejecución Condicional: una fórmula de transacción entre el Juez y su propia conciencia. No existen investigaciones que demuestren tal aseveración, pero si así fuera, se estaría violando el principio constitucional de la presunción de la inocencia.

Por otra parte, el indubio pro reo, en derecho de fondo, alude a la necesaria interpretación restrictiva que debe seguir el juez en tratándose de la delimitación de los términos de la ley. Ante tipos confusos o ante elementos normativos culturales, el juzgador no puede darle un alcance de significado mayor, ya que estaría contradiciendo el mandato de ley anterior del **artículo 39** de la Constitución.

La Sala Constitucional, mediante el voto 1739-92 del 1º de julio de 1992, ante una consulta preceptiva planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, desarrolla los contenidos del principio de "debido proceso" y señala los aspectos necesarios esenciales para que no se deniegue el acceso a la justicia y no se violen:

- el derecho general a la legalidad.
- el derecho al juez regular

Los derechos de audiencia y defensa (dentro del cual incluye: el principio de intimación, el de imputación, el derecho de audiencia y el derecho de defensa en sí).

- el principio de inocencia.
- el principio de "in dubio pro reo",
- los derechos al procedimiento (el principio de amplitud de la prueba, el principio de legitimidad de la prueba, el de inmediación de la prueba, el de identidad física del juzgador, el de la publicidad del proceso, el de la impulsión procesal de oficio, el de la comunidad de la prueba y el de la valoración razonable de la prueba);
- el derecho a una sentencia justa (principio pro sentencia y derecho a la congruencia de la sentencia);

- el principio de doble instancia;
- la eficacia formal de la sentencia (cosa juzgada);
- y el derecho a la eficacia material de la sentencia. Principios todos integradores, según la misma resolución, de la garantía compleja denominada por el órgano como "Debido Proceso".

Evidentemente, esta sentencia debe ser seriamente analizada por el poder legislativo para incorporar parte de sus señalamientos a la ley procesal penal.

3. LOS CUIDADOS EN LA PRODUCCION DE LAS LEYES DE EJECUCION PENAL (RESPONSABILIDADES Y LIMITACIONES)

En nuestro medio, las penas que la ley establece son la prisión, la multa y la inhabilitación absoluta. En estos momentos, la pena de multa está bastante limitada, en vista de un fallo de la Sala Constitucional que declara la imposibilidad constitucional de convertir la multa en pena de prisión (Voto No. 1054-94, de las quince horas veinticuatro minutos del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cuatro). Así las cosas, la pena por excelencia es la prisión (aún antes del mencionado voto, pues la multa no se utiliza en muchos tipos penales que describen delitos, sólo en los tipos contravencionales).

Se ha dicho que la ejecución de la pena de prisión está plagada de violaciones a los derechos humanos. Es más, algunos sostienen que la prisión es violación *per se* a esos derechos.

Una ley penitenciaria o de ejecución penal tiene que ser muy seriamente elaborada, de manera que la restricción de los derechos que la pena implica por su misma naturaleza -sobre todo la de prisión- no agrave más la situación de restricción de derechos. De ahí que deba tenerse mucha precaución en la manera como se legisla el pago de las penas pecuniarias, el trato a los reclusos y el cumplimiento de las inhabilitaciones.

En el caso concreto de Costa Rica, una ley de ejecución penal deberá ser fiel reflejo de la inspiración republicana que establece positivamente la Constitución; así, la racionalidad del castigo será uno de los aspectos básicos que deba marcar el legislador penitenciario. El **artículo 40** Constitucional, que prohíbe tratamientos crueles, degradantes y penas perpetuas, así como el **21** *ibidem*, que demarca que la vida humana debe ser inviolable, son los pilares constitucionales de nuestro legislador.

Por lo anterior, creemos que el principio básico que debe tener una ley penitenciaria, partiendo, por supuesto de la prohibición de penas perpetuas, crueles o degradantes y de la muerte, es el de la **humanidad de las penas**. No obstante, pese a la legitimidad que puede establecerse en relación con el encierro o la interdicción de algunos derechos, el ser humano sometido a la sanción sigue siendo sujeto de derechos y debe tener todas las posibilidades, dentro de la restricción sancionatoria de desarrollar sus potencialidades y de realizar su proyecto de vida. Pero además, por tener presente los principios antes señalados no debe prescindirse de la consideración - absolutamente apegada a la realidad- de la excesiva vulnerabilidad del sujeto privado de libertad, de donde la garantía de su seguridad, obviamente, es presupuesto de cumplimiento necesario para la garantía de cualquiera otro de sus derechos.

En consecuencia, las regulaciones deben ser claras y precisas cuando se trata de la disciplina carcelaria, de las visitas y de la comunicación con el exterior, de las requisas a los visitantes, de las visitas de los abogados y otros profesionales, de la visita conyugal, de la correspondencia en general, de la actividad ocupacional, del descanso ocupacional, del incentivo económico, del derecho a la educación y al perfeccionamiento vocacional, de la práctica religiosa, de la atención en salud, del espacio para el tiempo libre, de la ayuda social y, por supuesto de la seguridad de los reclusos.

Por su parte, la ley deberá contener disposiciones especiales para la prisión de las mujeres. Estas regulaciones, además de las ya indicadas, deberán como mínimo contener: espacios diferenciados de ubicación en los cuales se tomen en cuenta los casos de mujeres en estado de embarazo o con niños pequeños.

En el caso de las mujeres embarazadas, deben consignarse derechos básicos, tales como las salidas para recibir la asistencia de salud necesaria, y la de su hijo o hija antes, durante y después del nacimiento. También se debe prever que el nacimiento tenga lugar en un centro hospitalario y no en la prisión.

La madre reclusa deberá tener el derecho de solicitar el ingreso y la permanencia temporal de sus hijos menores de edad. Por esta razón, deberá garantizar que los centros de reclusión propicien una atención integral a los menores tanto para satisfacer sus necesidades básicas, como para proveer un desarrollo sano de su personalidad y el respeto de sus derechos. Se deberá, por ello, dejar a la madre la responsabilidad del cuidado de su hijo o hija y velar por que ella mantenga con ellos una conducta adecuada en función de la garantía de los derechos de los menores.

Las Naciones Unidas han señalado reglas mínimas para el tratamiento de seres humanos en reclusión. Obviamente, la ley penal deberá como mínimo contemplar todas ellas.

De acuerdo con los mismos subtítulos contemplados en la resolución encontramos que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se desarrollan en dos partes.

En la primera parte, denominada "**Reglas de aplicación General**", se fijan las condiciones mínimas imperativas para el resguardo de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, **en forma general**. En atención a los mismos subtítulos, reseñamos lo siguiente.

Se establece, como "principio fundamental", el imperativo del trato igual en la aplicación de estas reglas.

Luego, se fija todo lo concerniente a las condiciones mínimas que, en general, se requieren en el tanto en que se entienda que el encierro en una cárcel no tiene por qué producir más consecuencias negativas que la misma privación de libertad implica, según una forma racional y razonable de apreciar esta situación legal.

Así, en tal resolución se establecen imperativos de acuerdo con:

- **La necesidad del registro y de una orden de detención de autoridad competente**

Con ello se pretende garantizar básicamente dos derechos: el derecho a la vida y a la libertad, en el tanto en que no puede ser introducido al sistema carcelario en forma arbitraria.

- **La separación de categorías**

Se trata, nuevamente, de la aplicación del principio de la igualdad, en el sentido ya desarrollado en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional y del principio de la presunción de la inocencia.

El sistema carcelario debe aplicarse con igualdad y para ello deben atender las distintas características que presentan grupos naturales o legalmente diferenciados.

Así, se señala la necesidad de separar las mujeres de los hombres y los jóvenes de los adultos. Pero también se establece la necesidad de separar los que cumplen una pena de los que están sometidos a una medida cautelar a la espera de un fallo, de los que están privados de libertad por razones civiles (privación de libertad cuya naturaleza también es cautelar aunque en relación con bienes jurídicos distintos), de los que están sujetos al sistema penal.

- **Las condiciones de los locales. Higiene personal. Ropas y cama. Alimentación. Ejercicios Físicos. Servicios Médicos**

Se hace referencia aquí a las condiciones básicas que se requieren para que la persona privada de libertad pueda vivir sin enfermarse, con posibilidades de mejorar intelectualmente y, sobre todo, con dignidad (servicios sanitarios, luz natural, luz artificial, aire, duchas, higiene personal, alimentación, desarrollo de la salud corporal, protección de la salud corporal...). Se pretende así que la persona que ha sido privada de libertad, aún cuando se encuentre en esa situación pueda tener una calidad de vida, un derecho fundamental no establecido así literalmente pero claramente reconocible en la Constitución.

- **Disciplina y sanciones**

Se establece el imperativo del debido proceso como derecho de la persona privada de libertad, con un desarrollo fundamental, según las condiciones que racional y razonablemente, pueden entenderse derivadas de la naturaleza misma de esta privación. Se incorpora en forma expresa, además, la proscripción de la sanciones crueles y degradantes del régimen penitenciario.

- **Medios de coerción**

Se proscribe el uso de los medios de coerción (esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerzas) como sanciones. Se prohíbe, igualmente el uso de las cadenas y grillos como medios de coerción. Se limita el uso de los medios de coerción permitidos por la racionalidad y la razonabilidad; así, se señalan expresamente como hipótesis las situaciones en que estos puedan ser usados:

- "a) *Como medida de precaución contra una evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en cuanto comparezca el recluso ante una autoridad judicial o administrativa;*
- "b) *Por razones médicas e indicación del médico*
- "c) *Por orden del director si han fracasado los demás medios para dominar a un recluso, con el objeto de impedir que se dañe a sí mismo o dañe a otros o produzca daños materiales. En estos casos, el director deberá consultar urgentemente al médico, así como informar a la autoridad administrativa superior".*



Y, se advierte:

"El modelo y los métodos de empleo autorizados de los medios de coerción serán determinados por la administración penitenciaria central. Su aplicación no deberá prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario."

- **Información y derecho a queja**

En este subtítulo se garantiza el ejercicio de varios derechos, entre ellos: el derecho a la seguridad jurídica (mediante la posibilidad de que el recluso conozca los contenidos del régimen jurídico al cual se encuentra sometido); el derecho de petición y el derecho a la Justicia (a la Justicia Administrativa y a la Justicia Judicial), en el tanto en que puede pedir o quejarse ante la Autoridad Judicial o ante cualquier autoridad competente.

- **Contacto con el mundo exterior**

Se establece la posibilidad de que los reclusos puedan mantener relación no sólo con la familia sino con el mundo, mediante el acceso a la información... sea por medio de la lectura de los diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales, sea por medio de emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración.

- **Biblioteca**

Derecho a la cultura.

- **Religión**

Garantía del ejercicio de la Libertad de Culto.

- **Depósitos de objetos pertenecientes a los reclusos**

Garantía del derecho a la propiedad en relación con los bienes que el sujeto tiene consigo en el momento en que ingresa al centro.

- **Notificación de defunción, enfermedades y traslados**

El subtítulo expresa claramente el contenido de estas reglas. Es importante destacar lo que concierne al derecho de comunicar a los familiares su eventual traslado a otro centro. Se trata así de garantizar el cumplimiento de la prohibición de la incomunicación.

- **Traslado de reclusos**

Es el derecho a no ser expuesto ante el público innecesariamente. Se refiere a la garantía del derecho a no ser tratado en forma degradante.

- **Régimen penitenciario**

Reglas mínimas sobre el estatuto laboral bajo el cual deben situarse material y jurídicamente los miembros del personal penitenciario, reglas que pretenden garantizar la idoneidad de las personas que tienen a su cargo la aplicación del régimen penitenciario.

- **Inspección**

Se impone al Estado el deber de proveer de inspectores "calificados y experimentados", y nombrados en forma idónea, para la debida fiscalización del cumplimiento de todo lo debido en conformidad con el Ordenamiento Jurídico.

La segunda parte, denominada "**Reglas Aplicadas a Categorías Especiales**", está dedicada a regulaciones específicas, según los posibles tipos de grupos que, en conformidad con la misma resolución, pueden distinguirse en la población por estar privados de libertad. Mediante subtítulos se discierne entre: "Condenados", "Reclusos alienados y enfermos mentales"; "Personas Detenidas o en Prisión Preventiva"; "Sentenciados por deudas o a prisión civil" (en relación con esta categoría, es importante señalar que en nuestro Ordenamiento Jurídico la prisión por deudas está prohibida, excluyéndose únicamente la deuda por obligaciones alimentarias) y "Reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra".

Obviamente, la mayor regulación se dedica al grupo de los "Condenados". Las reglas mínimas para esta categoría se organizan bajo los conceptos: "Principios rectores", "Tratamiento", "Clasificación e individualización", "Privilegios", "Trabajo", "Instrucción y recreo", y "Relaciones sociales, ayuda postpenitenciaria". Todas son reglas que tienen como propósito la garantía de los derechos humanos de las personas que cumplen con una **pena de prisión** y que en consecuencia consolidan expresa o tácitamente la titularidad de los reclusos respecto a esos derechos. Titularidad que evidentemente no se puede suspender o extinguir por el cumplimiento de esa pena, sin perjuicio, claro está, de las restricciones que ella implica por su misma naturaleza, las cuales, en todo caso, en conformidad con la misma Constitución no pueden ser más que las estrictamente racionales y razonables.