



Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

San José, 27 de septiembre de 2021
Oficio.: FGR-893-2021

Ref.: Respuesta al oficio AL-CJ-21800-0654-2021

**Señora
Daniella Agüero Bermúdez
Jefa de Área Comisiones Legislativas VII
Asamblea Legislativa
S. O.**

Estimada señora:

Reciba un atento saludo. Le escribo con respecto a su oficio AL-CJ-21800-0654-2021, remitido a esta Fiscalía General mediante correo electrónico de fecha 21 de septiembre de 2021, y en el cual se solicitó criterio con relación al proyecto de ley texto sustitutivo número: 21.800: “*Ley de Ejecución de la Pena*”.

I.- Antecedentes:

De conformidad con los registros de esta Fiscalía General, mediante **oficio FGR-1497-2020**, de fecha 7 de diciembre de 2020, se emitió criterio respecto al proyecto de ley 21.800: “*Ley de Ejecución de la Pena*”. Se adjunta para referencia dicho oficio FGR-1497-2020.

II.- Sobre el fondo:

Con la finalidad de disponer de un análisis especializado, se solicitó criterio a la Fiscalía Adjunta de Ejecución de la Pena, siendo ésta la Fiscalía rectora en la materia. Con base a ello, se realizan las siguientes consideraciones, en relación con los artículos 7, 11, 13, 14, 42, 48, 87 inciso d), 108, 117 y al título de la Sección III del proyecto en cuestión:

1.- El título de la Sección III, debería ser “**MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS**”, a efecto de diferenciarlas con las medidas cautelares que se regulan en el artículo 87 inciso d) del proyecto de ley.

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

2.- En relación al artículo 87 inciso d), se considera oportuno incluir -dentro de la tutela de los derechos humanos- que realizan los Juzgados de Ejecución de la Pena respecto de los centros penitenciarios, también a la población indiciada y no solo a la población sentenciada.

3.- En cuanto al artículo 108 segundo párrafo, se considera oportuno, no establecer un periodo de caducidad, ya que, tales violaciones a derechos humanos, no pueden tolerarse de ninguna manera, y menos someterlas a un periodo de caducidad; adicionalmente, no se debe olvidar que la población privada de libertad constituye una población en condición de vulnerabilidad.

4.- Las observaciones referentes a los artículos 7, 11 inciso e), 13, 14, 42, 48 y 117, tienen que ver con la facultad que se concede en el texto a la administración penitenciaria, para autorizar cambios de modalidad de ejecución a un programa de atención de menor contención, propiamente a una modalidad abierta; lo cual implica, el otorgamiento de la libertad anticipada de la persona sentenciada, realizada fuera del ámbito jurisdiccional, siendo que dicha situación conlleva una modificación sustancial de la pena impuesta por sentencia firme; no obstante, dicha resolución solo puede ser modificada por otra resolución jurisdiccional prevista en la ley.

De mantenerse esa facultad otorgada a la administración penitenciaria, se abriría un portillo a esa administración, para que sin autorización judicial, pueda conceder libertades anticipadas a las personas sentenciadas; dándose así modificaciones a resoluciones judiciales por la vía administrativa; situación que puede constituirse en una violación a los principio constitucionales de separación de poderes, de legalidad, cosa juzgada, así como contrario al principio general de justicia, según se desarrolla a continuación.

El numeral 9 constitucional, establece la separación de poderes entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, también conocido como Principio de Separación de Funciones; el cual se interpreta como la necesidad de que cada órgano del Estado, ejerza su función con independencia de los otros, sin que se dé interferencia o invasión a la función asignada a cada cual, sobre todo, en el caso de la función jurisdiccional, que corresponde exclusivamente ejercerla al Poder Judicial.

Al respecto, la Sala Constitucional, en la resolución número 6829-93, del 24 de diciembre de 1993, refirió lo siguiente:

“En la actualidad, la doctrina y la práctica constitucionales afirman que no existe absoluta separación, aún más, nada impide que una misma función -no primaria- sea ejercida por dos Poderes o por todos, razón por la que no se puede hablar de una rígida distribución de competencias en razón de la función y la materia. El Estado es una unidad de acción y de poder, pero esa unidad no existiría si cada Poder fuere un organismo independiente, aislado, con amplia libertad de decisión, por lo que en realidad no se puede hablar de una división de Poderes en sentido estricto; el Poder del Estado es único, aunque las funciones estatales sean varias. Lo conveniente es hablar de una separación de funciones, es decir, de la distribución de ellas entre los diferentes órganos estatales. Esta separación de funciones parte del problema técnico de la división del trabajo: el Estado debe cumplir ciertas funciones y éstas deben ser realizadas por

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

el órgano estatal más competente. No obstante, lo anterior, de conformidad con las normas, principios y valores fundamentales de la Constitución, la función jurisdiccional corresponde en forma exclusiva al Poder Judicial. En efecto, del texto del artículo 153 constitucional "se desprende, en forma, si no expresa, al menos inequívoca de la exclusividad -y, más aún, la universalidad- de la función jurisdiccional en el Poder Judicial (...)"

Incluso en la tan reconocida resolución de la Sala Constitucional, número 1739-92, del 1° de julio de 1992, ese Tribunal señaló: "(...) *la exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional en manos de los tribunales de justicia resultante de los artículos 152, 153, 156 y 35 de la Constitución. En este sentido, ya esta Sala, en su sentencia N 1148-90 de las 17:00 horas del 21 de setiembre de 1990, declaró expresamente que en nuestro ordenamiento constitucional la jurisdicción judicial es exclusiva y universal: exclusiva, en cuanto que sólo puede ser ejercida por tribunales dependientes del Poder Judicial, y universal, en cuanto que no puede haber materias ni actos inmunes o no justiciables (...)*".

En esa misma línea y con mayor amplitud, la Sala Constitucional, refiriéndose a la separación de poderes señaló:

"IV.- EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE FUNCIONES. El principio de separación de funciones -preferimos esa denominación a la tradicional división de poderes, pues, el poder fáctico o jurídico es uno solo- supone un sistema de frenos y contrapesos, donde el poder contiene al poder, tal objetivo se logra mediante la separación de las funciones estatales entre diversos órganos. Tal distribución de funciones, se efectúa según lo establecido en el texto constitucional, empero la mayoría de las Constituciones respeta los postulados esenciales de Montesquieu en el sentido "que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no puede hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute". Tal principio del Estado Social de Derecho, en su formulación clásica, tuvo y tiene gran trascendencia al instituirse como garante de la libertad de los administrados frente a los detentadores del poder. Tanto es así que el artículo 16 de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 26 de agosto de 1789, dispuso que: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución". El sustrato ideológico del principio de la separación de funciones lo constituye la preservación de las libertades de los administrados frente a los privilegios y prerrogativas de la Administración Pública, entendida en un sentido amplio... De la vigencia del principio de separación de funciones en el Estado moderno pueden deducirse dos consecuencias jurídicas inmediatas y de gran trascendencia: a) La distinción material de las funciones; b) la atribución, normal y permanentemente, de una determinada función a un conjunto determinado de órganos constitucionales, lo que implica como corolario lógico la prohibición impuesta a los órganos estatales para delegar el ejercicio de sus funciones propias, o invadir la esfera de atribuciones que constitucionalmente le corresponde a otros órganos (artículos 9°, párrafo 2°, de la Constitución Política y 86 de la Ley General de la Administración Pública). La división de funciones supone que cada órgano constitucional o

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

Poder del Estado tiene a su cargo una sola función constitucional. Sin embargo, es notorio y evidente que en el ámbito normativo y práctico-institucional no existe una partición perfecta y rígida de funciones, al contrario, la realidad demuestra que un órgano constitucional puede desempeñar varias funciones simultáneamente. Es por lo anterior que se afirma que lo que opera en la práctica es una interdependencia funcional entre los diversos órganos estatales (...)". (Sala Constitucional, resolución número 2006-07965 de las 16:58 del 31 de mayo del 2006).

De las anteriores resoluciones, se extrae un marco conceptual, relativo al deslinde entre la función jurisdiccional y las demás funciones del Estado; de esta manera, la función jurisdiccional se rige por el principio de "reserva de jurisdicción" o de "exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional"; el cual establece que las funciones materialmente jurisdiccionales, le están reservadas exclusivamente al Poder Judicial, siendo su fin principal juzgar y ejecutar lo juzgado con autoridad de cosa juzgada, para así alcanzar importantes valores constitucionales como: justicia, seguridad jurídica, certeza, paz, armonía, bienestar y estabilidad social.

Al respecto, también la Sala Constitucional ha indicado:

"(...) el principio de reserva de jurisdicción o de exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el artículo 153 de la Constitución Política estatuye que le "Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer las causas (...) resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie (...)", siendo éste el núcleo duro de la función materialmente jurisdiccional, la cual le corresponde ejercer, privativa y exclusivamente, al Poder Judicial a través de las diversas Salas de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y juzgados que establezca la ley (artículo 152 ibidem). El principio de reserva de jurisdicción significa que los tribunales han sido instituidos, exclusivamente, para ejercer esa función material, a través del dictado de sentencias con autoridad de cosa juzgada material (...)" (Resolución 2005-06866, del 1° de junio del 2005).

Dentro de la función otorgada al Poder Judicial, encontramos la potestad jurisdiccional en materia penal, la cual no se agota en la declaración de la sentencia, sino que va más allá, al tenor de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, el cual ordena: *"Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas... penales... resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario"*.

Así las cosas, resulta claro que la función jurisdiccional no concluye en la fase declarativa del proceso, sino que comprende también la ejecución de lo juzgado; es decir, en primer orden, intervienen los tribunales ordinarios, quienes en caso de dictar una sentencia condenatoria pueden ordenar el ingreso de la persona sentenciada a prisión para que cumpla con la pena impuesta, incluso pueden valorar si le otorgan algún beneficio previsto en la ley; y en segundo orden, interviene el juez o la jueza de ejecución de la pena, quienes ejecutan la sentencia, y además son los únicos autorizados legalmente, para decidir sobre las modificaciones a dichas resoluciones, y también decidir sobre el otorgamiento de cualquier libertad anticipada o beneficio penitenciario según se regule en la ley.

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

De lo anterior se colige, que es función exclusiva del juez o jueza de ejecución de la pena, ejercer el efectivo control de la ejecución de la sentencia firme en la cual se ordenó la pena de privación de libertad de una persona, e igualmente corresponde a ese órgano jurisdiccional, decidir de forma exclusiva sobre el otorgamiento de cualquier beneficio penitenciario que implique la libertad anticipada de la persona sentenciada.

Con respecto a este tema, la Sala Constitucional ha indicado adicionalmente:

“Es claro que el actual Código Procesal Penal deroga todas las disposiciones anteriores relacionadas con el tema de la ejecución de la pena, de manera expresa o tácita y el mismo confiere amplias facultades a los jueces de ejecución de la pena. Lo que el legislador plasmó en el Código Procesal Penal que nos rige, es una verdadera judicialización del proceso de ejecución, que es consecuente con lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, que establece que corresponde al Poder Judicial, "Conocer de las causas civiles, penales, comerciales...resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie." El juez de ejecución de la pena, en la nueva legislación, fue creado para ejercer controles tanto formales como sustanciales en la ejecución penitenciaria. Con relación a la legislación anterior representa un salto cualitativo de gran importancia, pues otrora el juez executor tenía funciones muy reducidas y limitadas. Con esta nueva concepción, el juez executor formalmente debe ocuparse de todos aquellos aspectos que tienen que ver con el cómputo del plazo de la pena y sustancialmente debe controlar, entre otros, la eficacia de la pena en relación con sus finalidades, el respeto a los derechos fundamentales de los condenados, las sanciones disciplinarias que se imponen en el centro penal, etc.- De ahí que el numeral 458 del Código Procesal Penal otorgue amplias atribuciones a los jueces de ejecución, quienes únicamente se encuentran sometidos a la ley, en sentido amplio, a los Tratados Internacionales y a la Constitución Política. Es obvio que en lo que atañe a la materia propia de la ejecución de la pena, las autoridades administrativas se encuentran supeditadas a lo que decidan los jueces de ejecución de la pena y no pueden oponerse en modo alguno, pues como se señaló, se trata de facultades que la misma Constitución otorga en forma exclusiva al Poder Judicial. El artículo 140 inciso 9) de la Constitución Política señala que corresponde al Poder Ejecutivo, "Ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan en los asuntos de su competencia los tribunales de justicia y los organismos electorales, a solicitud de los mismos.” Esto es, por constituir la facultad de hacer ejecutar lo resuelto, propia de la función jurisdiccional, el Poder Ejecutivo debe acatar lo que decida el juez de ejecución de la pena en la materia que le compete y en ese sentido debe hacer cumplir lo resuelto, en este caso, con lo decidido con autoridad de cosa juzgada. IV.- Con motivo de una consulta de constitucionalidad (voto 6829-93 de las ocho horas treinta y tres minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres) planteada con relación al otorgamiento del beneficio que establece el artículo 55 del Código Penal, ya esta Sala había se había pronunciado sobre aspectos básicos, que se reiteran en esta resolución. En primer término, se establece la competencia propia y exclusiva del Poder Judicial del ejercicio de la función jurisdiccional: "...de conformidad con las normas, principios y valores fundamentales de la Constitución, la función jurisdiccional corresponde en forma exclusiva al

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

Poder Judicial. En efecto, del texto del artículo 153 constitucional "se desprende, en forma, si no expresa, al menos inequívoca de la exclusividad -y, más aún, la universalidad- de la función jurisdiccional en el Poder Judicial, ... con lo cual nuestra Constitución hizo indivisible lo jurisdiccional y lo judicial, sin admitir otras salvedades que, si acaso, la intervención prejudicial de la Asamblea Legislativa en el levantamiento del fuero constitucional de los miembros de los Supremos Poderes y ministros diplomáticos (art. 121 incs. 9 y 10), y la que corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones en materia de su competencia exclusiva (arts. 99, 102 y 103); ..." (ver resolución número 1148-90 de las diecisiete horas del veintiuno de setiembre.)" Se señala claramente que la potestad jurisdiccional no termina con el dictado de la sentencia, sino que se prolonga a la fase de ejecución del fallo, por mandato constitucional: "La potestad jurisdiccional en materia penal no se agota en la declaración de la sentencia, por el contrario, se extiende más allá del mero juicio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política, que dice: "Corresponde al Poder Judicial además de las funciones que esta Constitución le señala, ... resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario." Así, la función jurisdiccional no se concluye en la fase declarativa del proceso, sino que comprende también la ejecución de lo juzgado; de modo que puede hacer uso de la fuerza pública para hacer cumplir sus resoluciones. Tal es así que es el juzgador quien ha de ordenar el ingreso en prisión del sentenciado y es por una resolución jurisdiccional que se deciden las modificaciones importantes sobre lo resuelto (libertad condicional, por ejemplo). Esta atribución es consecuencia de la potestad jurisdiccional que se hace además en forma exclusiva: los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" y las que les encomiende la ley en garantía de cualquier derecho..." ...Por último, resulta importante destacar el hecho de que la sentencia dictada por los tribunales de juicio constituye cosa juzgada, por lo que no es posible desconocer su valor y eficacia. Lo anterior no obsta para que, en atención a las finalidades de la pena, el legislador establezca mecanismos que varíen o modifiquen el modo de ejecución de la sanción, los cuales deben ser objeto de control por parte del juez de ejecución de la pena: "...la ejecución de la pena debe regirse de conformidad con lo dictado por el juzgado o tribunal que resolvió el caso, ya que una variación en cuanto al contenido de la misma implicaría una violación, tanto del principio de legalidad, como de la cosa juzgada de la sentencia..." (Sala Constitucional, resolución número 1998-03391, del 26 de mayo de 1998).

Con base en lo anterior, podemos concluir que la potestad jurisdiccional le otorga de forma exclusiva a los Juzgados y Tribunales en materia penal, la función de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", por ende, cuando una sentencia firme ordena que una persona debe cumplir una pena privativa de libertad por un tiempo determinado, según los parámetros legales fijados en la misma (lo cual consiste en la reclusión del condenado), esta debe ejecutarse así por las autoridades penitenciarias en un establecimiento penal, en el cual la persona condenada debe permanecer privada de su libertad, hasta tanto un órgano jurisdiccional competente no modifique lo ordenado en sentencia, y ordene el otorgamiento de beneficios penitenciarios que impliquen la libertad anticipada; eso sí, a través de los mecanismos legalmente instituidos, para que se cumpla así la eficacia de la pena de acuerdo a su finalidad.

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

Por otro lado, en atención a la mencionada separación de funciones, corresponde a la administración penitenciaria, la ejecución material de lo resuelto por los Tribunales de Justicia, lo cual tiene también su fundamento constitucional, ya que, dentro de los deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministerio de Gobierno, según el numeral 140 inciso 9) de la Constitución Política encontramos dentro de sus funciones: *“Ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan en los asuntos de su competencia los Tribunales de Justicia... a solicitud de los mismos(...)”*.

Sobre este particular, la Sala Constitucional ha indicado:

“Corresponde pues al Poder Ejecutivo, en las dependencias del Ministerio de Justicia - Dirección General de Adaptación Social e Instituto Nacional de Criminología-, la administración de los centros penitenciarios, sin que esto implique invasión de funciones del Ejecutivo para con el Judicial. Con base en ello puede hacerse cabal distinción entre la función jurisdiccional, propia del Poder Judicial, que es ejercida únicamente por los jueces y tribunales de justicia, y la función administrativa, que en este caso sería la de ejecutar un fallo o sentencia firme, dictado por autoridad judicial competente. Al juez corresponde ordenar el ingreso en prisión del condenado, hacer el cómputo de pena y pronunciarse sobre las circunstancias que pueden provocar la liberación del convicto con antelación al cumplimiento de la pena (libertad condicional) o darla por extinguida (prescripción). De la relación de los artículos 140 inciso 9.) y 153 constitucionales, se desprende que el Poder Judicial puede dictar recomendaciones y aún órdenes al Poder Ejecutivo, con el fin de que las resoluciones judiciales sean cumplidas, no obstante, dichas recomendaciones y órdenes sólo podrán emitirse dentro del ámbito de competencia del Poder Judicial, es decir, no puede abarcar la esfera de competencia propia del sistema penitenciario, que por definición corresponde a la función administrativa y que en nuestro caso recae en la Dirección General de Adaptación Social y el Instituto Nacional de Criminología.” (Sala Constitucional, resolución 6829-93, del 24 de diciembre de 1993).

En igual sentido y con respecto a la custodia y cumplimiento de las sentencias jurisdiccionales; la Sala Constitucional ha referido: *“...resulta necesario reiterar que sobre la Administración Penitenciaria recae la responsabilidad de custodiar a las personas privadas de libertad, asegurando el cumplimiento de la sentencia impuesta, y tomar todas la previsiones y medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y en general para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los privados de libertad bajo custodia.”* (Resolución 2006-02344, del 24 de febrero del 2006).

En mérito de lo indicado, cabe recapitular que: a) en relación a la función jurisdiccional, son los tribunales ordinarios en materia penal quienes ordenan el ingreso a prisión de una persona sentenciada a descontar una pena, e igualmente son estos quienes verifican la procedencia o no de un beneficio o modalidad de ejecución de la pena diferente a la prisión. Luego, corresponde a los jueces y las juezas de ejecución de la pena, resolver todo lo relativo a la fijación, extinción, mantenimiento, sustitución o modificación de las condiciones de cumplimiento de la pena, así como lo relativo a cambios de modalidad de cumplimiento de la pena que implique el otorgamiento de la

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

libertad anticipada; y b) en relación con la función de las autoridades administrativas penitenciarias, son a ellas a quienes les corresponde exclusivamente la ejecución de la sentencia firme, custodiar y decidir sobre la ubicación específica de las personas privadas de libertad, en los diferentes ámbitos del sistema penitenciario, **no siendo su facultad otorgar beneficios que impliquen el otorgamiento de la libertad anticipada de la persona sentenciada.**

En virtud de lo anterior, la oposición planteada, no es en relación a la existencia de programas de desinstitucionalización, o a la concesión de beneficios penitenciarios por parte de las autoridades administrativas penitenciarias, sino que **se aboga por la necesidad de control jurisdiccional a la hora de otorgar beneficios carcelarios que conlleven la puesta en libertad de personas sentenciadas;** para que así las modificaciones de la sentencia penal sean siempre ordenadas por el órgano jurisdiccional competente conforme a la ley; caso contrario, se estaría produciendo un “vaciamiento de la pena”, ya que la libertad anticipada otorgada por algún beneficio penitenciario, solo puede ser otorgada por institutos legales, y a través de órganos jurisdiccionales, en consonancia con el principio constitucional de reserva de jurisdicción. Por ende, conceder autorización a la administración penitenciaria para otorgar beneficios que implican la libertad anticipada sin control jurisdiccional, resultaría inconstitucional.

La inconstitucionalidad alegada tiene fundamento en la vigencia de los principios de separación de funciones y de reserva de jurisdicción, de los cuales podemos extraer dos grandes consecuencias: a) la división material de funciones, y b) la atribución normal y permanente, de una determinada función a un determinado órgano constitucional, lo cual implica la prohibición impuesta a los órganos estatales para delegar el ejercicio de sus funciones propias o de invadir la esfera de atribuciones que constitucionalmente le corresponde a otro órgano. Por ende, cuando las autoridades penitenciarias otorgan sin autorización judicial a una persona sentenciada, un beneficio carcelario que implica la libertad anticipada o traslado a la modalidad abierta según el proyecto de ley en cuestión, están invadiendo una función que está reservada constitucionalmente al órgano jurisdiccional, lo cual como ya hemos indicado, produce una modificación cualitativa de la sentencia, y por ende, un “vaciamiento de la pena”, lo cual demuestra la violación a los principios constitucionales señalados.

Adicionalmente a la violación de los principios de separación de funciones y reserva de jurisdicción, se estiman vulnerados otros principios constitucionales, tales como:

a) Violación al principio de legalidad: El artículo 11 de nuestra Carta Magna, prevé el Principio de Legalidad, mismo que establece que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad, y están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Este principio aplica también en materia de ejecución de la pena, siendo que al respecto la Sala Constitucional ha señalado:

“La ejecución de la pena trata de lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución, es decir, de las sentencias firmes de condena, dictadas en los procesos penales por autoridades judiciales competentes, pues por principio (artículo 39 constitucional), no es posible imponer pena alguna por consecuencia de

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

actos punibles, si no es de conformidad con las disposiciones de ley, y en virtud de sentencia condenatoria dictada por juez competente... Efectivamente, el principio de legalidad de la ejecución de la pena ("nulla poena sine lege") se origina en el de la legalidad del delito ("nullum crimen sine lege"), con lo que se quiere decir que la ejecución de las penas y las medidas de seguridad no pueden quedar abandonadas al libre arbitrio de la autoridad penitenciaria, o de la administración, sino que debe practicarse con arreglo a lo dispuesto en las leyes u otras disposiciones legales, es decir, en la forma, con las modalidades y circunstancias que éstas establezcan. La garantía penal, asegurada por el principio de legalidad de las penas, quedaría incompleta en gran parte sin la garantía ejecutiva que protege la legalidad de la ejecución penal. Así, la garantía ejecutiva, como la garantía criminal -legalidad del delito "nullum crimen sine lege"-, como la garantía penal -"nulla poena sine lege"- son parte integrante del triple grupo de garantías de la persona en el campo represivo, que poseen un notorio carácter penal, además del político. Como se sabe, las garantías de la persona en el campo represivo son cuatro: 1.- la garantía criminal: que establece la legalidad de los delitos ("nullum crimen sine lege"); 2.- la garantía penal: que establece la legalidad de las penas ("nulla poena sine lege"); 3.- la garantía procesal: que establece la legalidad del procedimiento ("nulla poena sine iudicio legale"), y; 4.- la garantía de ejecución, que asegura la ejecución conforme de las penas y las medidas con arreglo a las normas legales." (Sala Constitucional, resolución 6829-93, del 24 de diciembre de 1993).

La vigencia del principio constitucional de legalidad, nos permite afirmar que la autorización otorgada a la administración penitenciaria, para brindar, sin autorización jurisdiccional, los cambios de modalidad de cumplimiento de la pena o ubicaciones en programas de atención que implican la libertad anticipada de las personas sentenciadas, deviene inconstitucional, ya que, dichas autoridades al aplicarlo se arrogan una facultad reservada legalmente al Poder Judicial, a través de los órganos jurisdiccionales; siendo que al conceder la libertad anticipada -sin orden jurisdiccional- de la persona sentenciada, se varía cualitativamente una resolución judicial, dándose así una flagrante violación al principio de legalidad en la ejecución de la pena, por parte de las autoridades penitenciarias, arrojándose una función que no le es propia, pero que bien pueden canalizar por la vía jurisdiccional.

b) Violación al principio de cosa juzgada: La autorización dada a la administración penitenciaria, para otorgar la libertad anticipada de las personas sentenciadas a través de un cambio de modalidad de cumplimiento, o de cambio de ubicación en un programa de atención, sin que medie autorización jurisdiccional, implicaría la revocabilidad del mandato que contiene toda sentencia, dándose así la violación del principio de cosa juzgada, regulado en el artículo 42 constitucional, esto porque dicha variación no fue autorizada por el juez o la jueza de ejecución de la pena, único órgano jurisdiccional autorizado por ley para mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena, las condiciones de cumplimiento y otorgar la libertad anticipada.

Al respecto la Sala Constitucional ha referido que:

"(...) la cosa juzgada, comporta la irrevocabilidad del mandato que contiene toda sentencia. Este mandato es inmutable por razones de utilidad política y social, y se da cuando el proceso ha llegado a su conclusión con una preclusión de las impugnaciones contra la sentencia pronunciada, evitándose la posibilidad de que el caso decidido sea nuevamente examinado y

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

juzgado. La cosa juzgada tiene como fundamento constitucional y político el valor de la seguridad jurídica, permitiendo que en determinado momento se dé por solucionado un conflicto, prohibiendo su reproducción en el futuro, para que no implique una perturbación a la paz social, nuestra Constitución Política se refiere a ella en el artículo 42, en el que en su párrafo segundo dispone: "Se prohíbe reabrir causas penales y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión." En materia penal, puede hablarse de cosa juzgada formal en relación a la prisión preventiva o la denegación o concesión de la excarcelación, pronunciamientos que pueden ser objeto de modificación durante el curso del proceso, cuando surjan o cambien las circunstancias que los motivaron, en cambio, la cosa juzgada material se da cuando la sentencia condenatoria o absolutoria está firme. De lo anterior, se concluye que la ejecución de la pena debe regirse de conformidad con lo dictado por el juzgado o tribunal que resolvió el caso, ya que una variación en cuanto al contenido de la misma implicaría una violación, tanto del principio de legalidad, como de la cosa juzgada de la sentencia... La sentencia tiene un contenido cualitativo y otro cuantitativo. El primero determina la sanción, sea de privación de libertad, extrañamiento, multa o inhabilitación - artículo 50 del Código Penal); el segundo determina el tiempo de la sanción a aplicar. Una variación en cualquiera de estos elementos implica violación de la cosa juzgada, y en el caso de que se trate un ente administrativo, implicaría una invasión en las funciones jurisdiccionales. Sin embargo, en virtud de los objetivos del sistema penitenciario - fin rehabilitador del delincuente (artículo 51 del Código Penal) y de prevención del delito, es que el privado de libertad puede optar por garantías y derechos que aseguren su regreso a la vida de convivencia, tales como la libertad condicional, el régimen de confianza total, o el beneficio de la reducción de la pena con trabajo -artículo 55 del Código Penal, motivo de esta consulta-, sin que esto implique una variación cuantitativa de la sentencia, sino de su modo de ejecución, facultado por el legislador -según se analizó supra- en el comentado artículo 55 y, por lo tanto, no existe en ello violación a la cosa juzgada. Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, reconocen en la número 60.2, esa necesaria facilitación de la reinserción del recluso al medio, al disponer: "Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad...". (Sala Constitucional, resolución: 6829-93, del 24 de diciembre de 1993).

Teniendo en cuenta la anterior resolución, resulta claro que cualquier variación al contenido de la sentencia, implica una violación al principio de cosa juzgada, y en el caso de que esa variación la lleve a cabo un órgano al que no se le ha asignado esa función (en este caso un ente administrativo), tal situación implica una invasión a las funciones jurisdiccionales y violación al principio de cosa juzgada.

Esta misma resolución constitucional, también hace ver que en virtud de los objetivos de la pena y del sistema penitenciario, como lo son el fin rehabilitador del delincuente y de la prevención del delito, resulta posible que la persona privada de libertad pueda optar por "beneficios", que ayuden a su regreso a la vida en convivencia, mencionándose en dicho voto la Libertad condicional, y la Reducción de la pena por trabajo, institutos que claramente tienen la característica de que modifican

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

la sentencia original; no obstante, los mismos son conocidos y ordenados por el juez o la jueza de ejecución de la pena, quienes resultan ser los únicos legalmente autorizados para realizarlo, pues ese cambio conlleva una modificación “cualitativa” de la sentencia, situación que confirma este argumento.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando las autoridades penitenciarias accionadas autorizan la “ubicación” de una persona privada de libertad en un programa de atención o modalidad abierta, que conlleva la libertad anticipada sin recurrir para ello al órgano jurisdiccional, están llevando a cabo una modificación “cualitativa” de la sentencia, y por ende, surge una violación al principio de cosa juzgada, ya que: *“Por regla general el penado no puede ser liberado hasta que haya transcurrido el tiempo fijado en la sentencia condenatoria (...)”* (Sala Constitucional, resolución: 6829-93, del 24 de diciembre de 1993).

Pese a lo anterior, tenemos claro que el encarcelamiento no debe ser la única opción, sino que debe haber otras alternativas, lo cual ha entendido así el legislador, quien ha establecido mecanismos que permiten la no institucionalización y la desinstitucionalización, esto en virtud de los fines resocializadores y no retributivos de la pena. Dentro de los mecanismos que el legislador ha establecido encontramos: la Prestación de servicios de utilidad pública (artículo 56 bis del Código Penal), el Arresto domiciliario con monitoreo electrónico (artículo 57 bis del Código Penal), la Condena de ejecución condicional (artículos 59 a 63 del Código Penal, la Libertad Condicional (artículos 64 a 67 del Código Penal), la Conmutación (artículo 69 del Código Penal), la Sustitución de la prisión durante la ejecución de la pena por arresto domiciliario con monitoreo electrónico (artículo 486 bis del Código Procesal Penal) y la Amortización de la multa o descuento de la pena por trabajo (artículo 55 del Código Penal).

De los mecanismos anteriormente mencionados, se extraen varios elementos comunes: constituyen modalidades de ejecución de la pena, son beneficios carcelarios establecidos por ley, y su aplicación o no, compete de forma exclusiva al órgano jurisdiccional; incluso cabe resaltar que respecto de la Amortización de la multa o descuento de la pena por trabajo, la Sala Constitucional en la resolución 6829-93, indicó que: *“... el otorgamiento del beneficio por parte del Instituto Nacional de Criminología no conlleva como efecto el reconocimiento de la disminución de la pena impuesta, ello sólo puede autorizarlo el Juzgador según ya fue señalado en este pronunciamiento.”*; esto por cuanto, en aquella oportunidad las autoridades penitenciarias otorgaban el beneficio sin orden jurisdiccional, tal y como se pretende con el cambio de modalidad de cumplimiento o ubicación en el Programa de Atención Semi Institucional.

En conclusión, cualquier modificación “cuantitativa” de la sentencia fuera del orden normativo y no tramitada vía jurisdiccional, implica la violación del principio constitucional de cosa juzgada.

c) Violación al derecho general a la justicia: Finalmente, se estima que la autorización a la administración penitenciaria, para otorgar la libertad anticipada de las personas sentenciadas a través de un cambio de modalidad de cumplimiento de la pena o de cambio de ubicación en un programa de atención abierto, sin que para ello cuente con autorización jurisdiccional, viola el derecho general

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

a la justicia, que consagran los numerales 27 y 41 de la Constitución Política; por cuanto, al otorgarse la libertad anticipada -por parte de las autoridades penitenciarias accionadas- a una persona que fue condenada a una pena de prisión, se está impidiendo que la justicia sea “cumplida”, tal y como lo reza el artículo 41 mencionado, situación que impide además la eficacia material de la sentencia.

Sobre este derecho a la justicia, cabe recordar que la Sala Constitucional lo ha reconocido como tal, en el voto 1739-92, del primero de julio de 1992, donde indicó:

“A) EL DERECHO GENERAL A LA JUSTICIA: (...) el derecho fundamental a la justicia, entendida como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado -declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos-; lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos y corregir los entuertos que origina la vida social, en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación... ese derecho fundamental a la justicia, que no es, por otra parte, más que una consecuencia del monopolio de la fuerza, asumido por el Estado, y la más importante manifestación del derecho de petición, que en Costa Rica se consagra, en los artículos 27 -en general- y 41 -en especial- de la Constitución (...).”

El reconocimiento de este derecho general, conlleva la exigencia además de que la justicia debe ser pronta y cumplida, siendo que en relación al adjetivo de “cumplida”, podemos decir que este se ve vulnerado por la actuación de las autoridades penitenciarias, ya que, estas al otorgar la libertad anticipada a una persona que por sentencia firme le fue dispuesta la privación de libertad; vulneran la eficacia de las resoluciones dictadas por los tribunales de justicia en los procesos penales, impidiendo así el derecho a la eficacia material de la sentencia y por ende, que la justicia se cumpla.

De lo indicado anteriormente, pretendemos que cualquier cambio de modalidad de cumplimiento de la pena o la ubicación en un programa de modalidad abierta de una persona sentenciada, debe ser siempre canalizada por la vía jurisdiccional, a efecto de que sea el órgano judicial quien lo autorice o no, conforme al debido proceso.

5.- En aras de empatar nuestra argumentación con el proyecto de ley en cuestión, y evitar eventuales inconstitucionalidades, nos permitimos sugerir la siguiente redacción a los artículos 7, 11 inciso e), 13, 14, 42, 48, 87 inciso e) y 117, a saber:

a) “ARTÍCULO 7. Modalidades de ejecución de la pena.

Una vez determinada la pena por cumplir mediante sentencia firme, la Dirección Nacional del Sistema Penitenciario definirá la modalidad en que debe ser ejecutada, así como el lugar y forma que establezcan los reglamentos dictados para tal efecto.”

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

b) **“ARTÍCULO 11. Programas Diferenciados de Atención.**

... e) Programa de Atención de Localización Permanente mediante Mecanismo Electrónico de Seguimiento: asegura la eficacia de los sistemas o dispositivos de vigilancia que permitan monitorear la ubicación y movimiento de las personas sujetas a una pena que así lo exija. Promueve por medio de redes de apoyo interinstitucionales y comunitarias la atención integral que impulse la inserción social de la persona sentenciada.

Cuando una persona sentenciada se encuentre en la Modalidad Cerrada, la Autoridad Penitenciaria, previa acreditación de su adecuado desenvolvimiento, podrá solicitar al Juzgado de Ejecución de la Pena respectivo, que autorice el traslado a la Modalidad Abierta mediante el Programa de Atención de Localización Permanente mediante Mecanismo Electrónico de Seguimiento, según el procedimiento establecido vía reglamentaria. En estos casos se podrá otorgar los permisos temporales que resulten necesarios, definir espacios u horarios de movilización para la persona sentenciada. En caso de incumplimiento injustificado de las condiciones impuestas o comisión de nuevo delito doloso la autoridad judicial que otorgó el beneficio en primera instancia podrá modificar o revocar el cambio de modalidad y ordenar el retorno a la Modalidad Cerrada.

f)...”

c) **“ARTÍCULO 13. Cambio de modalidad de ejecución.**

Las autoridades jurisdiccionales, a instancia de administración penitenciaria o de la persona sentenciada, podrá disponer un cambio en la modalidad de ejecución o el programa de atención al que esté adscrita. Para ello, deberán de tomarse en cuenta los siguientes factores en cada caso concreto:

- a) Plazo de la pena impuesta.
- b) Existencia de otras causas penales activas o sentencias pendientes de descontar.
- c) Cumplimiento y avance del Plan de Atención Profesional.
- d) Posibilidad de continuidad del Plan de Atención Profesional luego de ejecutado el cambio de modalidad de ejecución.
- e) Recursos familiares, comunales e institucionales disponibles. Se podrá prescindir de estos recursos cuando se establezca que la persona presenta condiciones propicias que favorecen un proyecto de vida independiente.
- f) Posibilidad de contar con una oferta ocupacional viable, ya sea laboral, educativa o formativa.
- g) Factores de riesgo y factores protectores relacionados con la violencia.
- h) La comisión de faltas graves según el régimen disciplinario durante los doce meses previos a la valoración.
- i) Antecedentes de uso problemático de sustancias psicoactivas o trastornos por consumo de sustancias.
- j) Grado de aceptación y responsabilidad respecto a las acciones delictivas perpetradas, así como reconocimiento del daño personal o social infligido y empatía por la o las víctimas, según los informes técnicos de las distintas disciplinas administrativas.
- k) Posibles riesgos de la persona o las personas víctimas del delito.
- l) Posibles riesgos para la seguridad e integridad de la persona sentenciada.”

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

d) “ARTÍCULO 14. Cambio de modalidad o programa otorgados por la Autoridad Jurisdiccional.

La autoridad jurisdiccional a solicitud de la Administración Penitenciaria, podrá trasladar a la persona sentenciada hacia una modalidad o programa de menor contención, o bien reubicarla en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas para el otorgamiento del cambio realizado. Para ello, deberán seguirse los procedimientos establecidos en esta ley.”

e) “ARTÍCULO 42. Acuerdos de cambio de modalidad de ejecución de la pena del Consejo Superior Penitenciario.

Los acuerdos de cambio de modalidad de ejecución de la pena emitidos por el Consejo Superior Penitenciario serán remitidos al Juzgado de Ejecución de la Pena correspondiente, para que se conozca mediante el Incidente de cambio de modalidad.”

f) “ARTÍCULO 48. Acuerdos de cambio de modalidad de ejecución de la pena o de programa de atención profesional de los Consejos Interdisciplinarios.

Los acuerdos de cambio de programa de atención profesional emitidos por el Consejo Interdisciplinario serán remitidos al Juzgado de Ejecución de la Pena correspondiente, para que se conozca mediante el Incidente de cambio de modalidad.”

g) “ARTÍCULO 87. Competencia de los Juzgado de Ejecución de la Pena.

El Juzgado de Ejecución de la Pena será competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la pena o la medida de seguridad, conforme las atribuciones establecidas en esta ley, la Ley Orgánica del Poder Judicial y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Corresponde al Juzgado de Ejecución de la Pena las siguientes competencias:

- a) Mantener, sustituir, modificar, o hacer cesar el cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad, así como las condiciones impuestas para su cumplimiento.*
- b) Resolver los incidentes de ejecución de la pena. Asimismo, podrá ordenar la suspensión de los efectos de las disposiciones dictadas por la Administración Penitenciaria que sean impugnadas en el procedimiento.*
- c) Aprobar el aislamiento de una persona privada de libertad de manera excepcional cuando la Administración Penitenciaria pretenda exceder las 48 horas por razones distintas a temas sanitarios.*
- d) Dictar las medidas cautelares que garanticen el cumplimiento de la pena.*
- e) Además, tendrán a su cargo las competencias de vigilancia del Sistema Penitenciario Nacional asegurando la tutela de los derechos humanos de la población sentenciada e indiciada.*

Su competencia territorial estará definida por el lugar de ubicación del establecimiento penitenciario al cual se encuentra adscrita la persona sentenciada. En el caso de que la persona cumpla una pena alternativa o sustitutiva a la prisión, la competencia territorial estará asignada por el lugar de residencia o permanencia.

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

En el caso de Medidas de Seguridad de Internamiento en centro especializado, la competencia territorial estará definida por la ubicación del centro donde se encuentre internada la persona sometida a la medida de seguridad.”

h) “ARTÍCULO 108. Caducidad para la presentación de Incidentes de Queja.

Los reclamos de la población sentenciada contra acciones de la administración penitenciaria, diferentes al régimen disciplinario, podrán presentarse dentro del plazo de tres meses a partir de la resolución, acto o disposición administrativa generadora del perjuicio. En el caso del régimen disciplinario, el plazo de tres meses empezará a regir a partir de que el acuerdo de la Comisión Disciplinaria se encuentre en firme.

Cuando el reclamo verse sobre detención ilegítima, tortura, trato cruel, inhumano, degradante o maltrato se le dará a la gestión una atención preferente y el mismo no caducará.

Los plazos de caducidad definidos en este artículo no rigen en los casos en que, por imposibilidad física o mental, o por causas que no le son atribuibles a la persona sentenciada, sea imposible presentar la queja. Cuando se haya determinado alguna de estas circunstancias, el plazo empezará a regir a partir del momento en que la persona sentenciada tenga la posibilidad para accionar ante el Juzgado de Ejecución de la Pena.”

i) “ARTÍCULO 117. Incidente de cambio de modalidad de ejecución.

Procederá el incidente de cambio de modalidad de ejecución, para que la persona sentenciada sea trasladada de la Modalidad Cerrada a la Modalidad Abierta cuando se verifiquen las siguientes razones de carácter humanitario:

- a) Cuando la persona sentenciada se encuentre en estado avanzado de embarazo al momento del ingreso a la Modalidad Cerrada, sea madre jefa de hogar de hijo o hija menor de edad hasta de doce años, o que algún familiar tenga discapacidad grave o enfermedad limitante debidamente probada. Lo anterior cuando se acredite que la persona sentenciada se ha hecho responsable del cuidado anteriormente y que no existe otra persona que pueda ocuparse del cuidado. En el caso de hombres sentenciados que sean jefes de hogar de una persona menor de edad hasta de doce años, donde se logre comprobar la ausencia de la madre u otra persona que pueda asumir su cuidado, tendrán el mismo beneficio.*
- b) Cuando la persona sentenciada sea mayor de sesenta y cinco años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito justifiquen la sustitución de la prisión.*
- c) Cuando a la persona sentenciada le sobrevenga alguna enfermedad física, adictiva o siquiátrica cuyo tratamiento, aun cuando sea posible seguirlo en la prisión, resulte pertinente hacerlo fuera para asegurar la recuperación, previo los informes médicos y técnicos necesarios que justifiquen el arresto domiciliario.*
- d) Cuando a la persona sentenciada le sobrevengan situaciones en la ejecución de la pena que ameriten el resguardo del principio de humanidad, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito justifiquen el cambio a la Modalidad Abierta. Para tal efecto, se evacuará la prueba necesaria para acreditar la procedencia de lo requerido.*

Una vez recabada la prueba deberá de convocarse a audiencia oral.

Fiscalía General de la República
San José
Costa Rica

Cuando el cambio de modalidad de ejecución se autorice por razones de salud, el Juzgado de Ejecución de la Pena podrá ordenar la valoración médica anual de la persona beneficiada, quien deberá someterse a la misma; caso contrario podrá revocarse el beneficio y ordenarse la reubicación en la Modalidad Cerrada.

Al cesar las condiciones que motivaron el incidente, se requerirá informe al Consejo Superior Penitenciario para que emita un criterio en el que se indique si se recomienda mantener la modalidad de cumplimiento de la pena o si es necesario proceder a su reubicación en el Programa de Atención Institucional.

Igualmente se tramitará por esta vía, los cambios de modalidad de ejecución solicitados por el Consejo Superior Penitenciario y el Consejos Interdisciplinarios, según los acuerdos emitidos al respecto.”

6.- Se sugiere reformar el artículo 56 bis del Código Penal, a efecto de uniformar el plazo del Recurso de Apelación; en virtud de que dicho artículo establece 5 días, mientras que el presente proyecto de ley establece 3 días.

7.- Se sugiere incluir un artículo que establezca el fin de la pena.

8.- En relación a la reforma del artículo 50 del Código Penal, se debe tener en cuenta el numeral 9 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

Sin otro particular se despide atentamente,

Warner Molina Ruiz
Fiscal General a.i
Fiscalía General de la República