

# **Los espacios invisibles en América Latina: análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica para la inversión estructural de la pirámide kelseniana como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos**

*Norberto E. Garay Boza\**

Las cárceles, como espacio en el que se concentra la represión, suelen ser invisibilizadas tanto institucional, social como jurídicamente, legitimando así prácticas crueles como el hacinamiento penitenciario, problema regional en Latinoamérica, detectado tanto por el sistema de las Naciones Unidas como por el Interamericano. En Costa Rica la saturación penitenciaria es una realidad. Esta situación es alimentada por varios factores, entre ellos el monto máximo de reclusión que es de 50 años de prisión, tope máximo estimado concomitante a la Constitución Política, según la valoración de la Sala Constitucional. Sin embargo, existe normativa reglamentaria que permite la posibilidad de egreso previo del sistema penitenciario, eventualidad afín a la normativa internacional en derechos humanos, pero que podría ser contraria a la lógica del sistema escalonado y de la pirámide kelseniana, resultando necesario replantearla en procura de una mejor tutela de los derechos humanos de las personas privadas de libertad mediante el predominio y el control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos, propuesto acá mediante la inversión estructural de la pirámide kelseniana y la inclusión del control del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

## **Introducción**

Hans Kelsen basó su teoría pura en un sistema lógico, pero no tomó en cuenta que, aun en el seno de la creación de la norma jurídica, no

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR), M.Sc. en Criminología por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, doctorando del Doctorado en Estudios de la Sociedad y la Cultura, UCR. Actualmente cursa la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Ha sido letrado de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, y Defensor Público del Poder Judicial.

hay lógica dura, sino ambiciones, emociones oscuras que la atraviesan. Como decía Foucault,

La ley no nace de la naturaleza, junto a los manantiales que frecuentan los primeros pastores; la ley nace de las batallas reales, de las victorias, las masacres, las conquistas que tienen su fecha y sus héroes de honor; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; surge con los famosos inocentes que agonizan mientras nace el día<sup>1</sup>.

Así, la teoría pura es al derecho lo que un marco a una pintura, le da sustento e inclusive elegancia, pero en definitiva no es el cuadro. Este último es el derecho y a diferencia del marco, está lleno de colores elegidos por el artista, a veces con talento, en ocasiones carente de él; pero, sin importar esto, el cuadro siempre estará atravesado, primero, por la intención de quien lo pintó y, luego, por la de quienes lo interpretan o, para el derecho, por quienes lo apliquen. En este punto, y sólo en este punto, la teoría pura del derecho nació muerta y su cadáver legitima sistemas de opresión.

La aceptación de que las normas jurídicas –tanto en su creación como en su aplicación– están llenas de intereses construidos desde el poder, permite ver de otra forma el funcionamiento de los sistemas jurídicos, especialmente en aquellos supuestos en que los órganos jurídicos nacionales pronuncian la inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales, aun cuando estas últimas sean más afines al DIDH que las constituciones respectivas, posibilidad que, al considerarla tan solo como uno de los “casos especiales de oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior”<sup>2</sup>, en algunas oportunidades podría reducir y hasta eliminar el afán protector de los derechos humanos que ciertas normas infraconstitucionales e infralegales brindan sobre aquellas que le son superiores. Se trata de una particularidad jerárquica que podría implicar la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos normativos.

---

<sup>1</sup> Foucault, M., *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008 (1976), págs. 55-56.  
<sup>2</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 2010 (1954), pág. 168.

Esta posibilidad será expuesta acá desde el tema del hacinamiento penitenciario en Latinoamérica, inicialmente con relación a las instancias internacionales. No obstante, primero es necesario responder a la siguiente pregunta: las instancias internacionales, ¿han reportado hacinamiento penitenciario en Latinoamérica? La respuesta a esta incipiente pregunta servirá de plataforma temática para el desarrollo del texto. Se ha elegido plantear una interrogante de tal amplitud por dos motivos:

1. Para saber si el hacinamiento penitenciario constituye un problema regional en Latinoamérica detectado por las instancias internacionales.
2. Para delimitarlo a un país específico, cuyas particularidades normativas y de control de constitucionalidad servirán tanto como premisa de realidad para repensar la pirámide kelseniana en procura de una mejor tutela de los derechos humanos, como para que si algún lector o lectora lo desea, pueda realizar el mismo ejercicio con respecto a algún otro país cuyo problema de hacinamiento penitenciario fuera detectado por las instancias internacionales.

En caso de que la pregunta anterior tuviese una respuesta afirmativa, en aras de delimitarla política y geonormativamente, se estima pertinente formular la siguiente interrogante: ¿actualmente existe hacinamiento penitenciario en Costa Rica? De ser así, ¿cuáles factores incidirían en dicho hacinamiento? El monto máximo de 50 años de encierro carcelario, ¿podría ser uno de esos factores? En caso de serlo, ¿tal monto punitivo sería compatible con el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional? De no ser compatible, ¿qué se podría implementar para superar tal incompatibilidad? Será propósito de este texto responder a estas preguntas, y la propuesta que en él se plantee podrá ser considerada progresista por algunos, descabellada por otros, pero en ninguno de los dos casos podrá negarse su carácter innovador.

El artículo se dividirá en tres apartados principales. En el primero se analizará si el hacinamiento penitenciario ha sido considerado un problema regional para Latinoamérica, empleando para ello datos emanados tanto del Sistema Universal –Comité de Derechos Humanos y Comité contra la Tortura– como del Interamericano. En el segundo

apartado se analizará el tema de la sobrepoblación penitenciaria en Costa Rica, su situación actual, su relación con el tope máximo legal de reclusión, las normas internas relacionadas y su compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho Internacional, en particular con el Estatuto de Roma. Por último, se analizará el problema de la saturación penitenciaria costarricense desde la óptica de la pirámide kelseniana, buscando repensarla en procura de una mejor tutela de los derechos humanos.

### **1. Los espacios invisibles en América Latina: acerca de su detección por las instancias internacionales y de la resistencia estatal**

Los espacios invisibles se caracterizan por ser de suma utilidad política. En tanto discurso, son empleados para marcar las vidas, para construir ciudadanos y ciudadanas que, aunque no sean vistos por las personas, éstas les temen y, con tal de no ser sujetos de su misma invisibilidad, evaden conductas o la detección de comportamientos que les puedan llevar a tales espacios. Pese a esto, no importa cuál sea la conducta de los sujetos ajenos a los espacios invisibles, estos últimos permanecerán invariables, no vistos, abandonados y correrán la misma suerte que Godot, personaje del teatro del absurdo y obra de Samuel Beckett, quien, pese a que marcó las vidas de Vladimir y Estragón, siempre mantuvo su invisibilidad intacta. Nada indicaba que las vidas que afectaba de alguna manera marcaran a Godot, el cual estaba condenado a no ser visto. Igualmente, los espacios son invisibles cuando, pese a marcar a las personas, ellas mismas no son vistas, son políticamente indetectables, se sumen en el abandono institucional y de tutela efectiva de los derechos de quienes, por formar parte de ellos, también se han convertido en invisibles.

El carácter prácticamente etéreo de los sujetos de los espacios invisibles es una manera extrema de exclusión por medio de la cual se les margina intensamente y, en consecuencia, se maximizan las situaciones en las cuales se pueden vulnerar sus derechos fundamentales. En este sentido, lo etéreo suele aliarse a la pobreza, tal y como lo indicó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas al adoptar la Declaración sobre la Pobreza, y el

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, calificando “a la pobreza como una negación de derechos humanos y propon[iendo] atacar el fenómeno desde los derechos humanos para reforzar estrategias contra la pobreza y consolidar la política de eliminación de la exclusión social”<sup>3</sup>. De ahí que lugares como orfanatos, manicomios, cárceles, entre otras instituciones, formen parte de ese bloque de anulación subjetiva que constituyen los espacios invisibles. Este texto se avoca al estudio de las prisiones en Latinoamérica y al hacinamiento penitenciario como manera sistemática de invisibilización de las personas privadas de libertad.

En el Sistema Universal se han desarrollado esfuerzos para reducir la saturación penitenciaria. Así, se han llevado adelante observaciones finales a Estados miembros para alcanzar ese propósito, en particular las dadas especialmente por el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, el primero en tutela del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, Pacto) y el segundo, en resguardo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (en adelante, Convención), observaciones finales respectivas que aquí serán objeto de estudio con relación a Latinoamérica, para determinar si el problema apuntado constituye efectivamente una situación regional.

Los datos base de este apartado han sido tomados de todos los informes anuales realizados por las entidades respectivas desde 1988 –año en el que se emitió el primer informe anual del Comité contra la Tortura– a los Estados parte latinoamericanos. De esta forma, la información se apega únicamente a lo que consta en dichos documentos, otorgándoseles carácter de verdad formal en aras de una delimitación metodológica. Así mismo, el motivo del estudio conjunto de los comités en cuestión se debe no solamente a que ambos, en virtud de distintos textos normativos, procuran erradicar el hacinamiento carcelario, sino también para realizar un estudio cruzado de los datos derivados de las observaciones finales de cada uno.

---

<sup>3</sup> Pinto, M., “Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza”, en: *Revista IIDH* 48. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008, pág. 58.

El Comité de Derechos Humanos ha realizado recomendaciones contra el hacinamiento penitenciario a trece de los dieciocho Estados parte latinoamericanos que han ratificado el Pacto (ver Cuadro 1), lo que implica que poco más del 72% de los países latinoamericanos miembros han tenido en alguna oportunidad problemas de sobrepoblación carcelaria, comprobando así que dicha saturación es un problema regional.

El problema ha persistido de manera tal, que las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos no han podido eliminarlo. Así, de los trece Estados parte latinoamericanos en que se ha detectado saturación carcelaria, ninguno ha reportado de manera satisfactoria la erradicación del problema. Por ejemplo, en el caso de Argentina, en las observaciones finales de 1990 y 1995 no se reportó sobrepoblación penitenciaria; no obstante, el problema comenzó a constar desde los informes correspondientes a 2001 y 2010, sin que las recomendaciones dadas por el Comité lograran eliminarlo, demostrando no solo su falta de efectividad, sino también el abordaje inadecuado por parte del Estado. Esta situación, que desde los datos se repetirá en el resto de Estados en los que se detectó la contrariedad en estudio, se constituye así en una resistencia estatal contra las recomendaciones, acción que refuerza la sobrepoblación carcelaria revelada.

El hacinamiento penitenciario también ha sido objeto de preocupación del Comité contra la Tortura. De los dieciocho Estados latinoamericanos que se han obligado por la Convención, en trece se han detectado problemas de hacinamiento carcelario (ver Cuadro 2), un 72,2% del total de países latinoamericanos miembros, evidenciando también a este conflicto como un problema regional que debe ser enfrentado.

En el caso del Comité contra la Tortura, se detectó hacinamiento penitenciario en Latinoamérica en quince oportunidades, de las cuales en once recomendó tomar medidas para erradicarla. En los casos en los que se realizaron las recomendaciones respectivas, en la mayoría de esas ocasiones no se constató que la sobrepoblación penitenciaria fuera eliminada.

Al realizar un análisis conjunto acerca del hacinamiento penitenciario reportado al Comité de Derechos Humanos y al Comité contra la

**Cuadro 1\*.  
 Comité de Derechos Humanos.  
 Hacinamiento penitenciario en Latinoamérica**

<b>País</b>	<b>Año del informe</b>	<b>Hacinamiento penitenciario</b>	<b>Solicitud de nuevo informe</b>	<b>Recomendación</b>
<b>Argentina</b>	1990	No	N.A.	No
	1995	No	N.A.	No
	2001	Sí	Sí	Sí
	2010	Sí	Sí	Sí
<b>Brasil</b>	1996	Sí	No	Sí
	2006	Sí	Sí	Sí
<b>Colombia</b>	1988	No	N.A.	No
	1992	No	N.A.	No
	1997	Sí	No	Sí
	2004	No	N.A.	No
	2010	Sí	No	Sí
<b>Costa Rica</b>	1990	Sí	No	No
	1994	No	N.A.	No
	1999	No	N.A.	No
	2008	Sí	Sí	Sí
<b>Ecuador</b>	1988	No	N.A.	No
	1992	No	N.A.	No
	1998	No	N.A.	No
	2010	Sí	No	Sí
<b>El Salvador</b>	1994	No	N.A.	No
	2003	Sí	No	Sí
<b>Honduras</b>	2007	Sí	No	Sí
<b>México</b>	1989	No	N.A.	No
	1994	No	N.A.	No
	1999	No	N.A.	No
	2010	Sí	No	Sí
<b>Nicaragua</b>	1990	No	N.A.	No
	2009	Sí	Sí	Sí
<b>Panamá</b>	1991	No	N.A.	No
	2008	Sí	Sí	Sí
<b>Perú</b>	1992	No	N.A.	No
	1996	No	N.A.	No
	1997	No	N.A.	No
	2001	Sí	Sí	Sí
<b>República Dominicana</b>	1990	Sí	No	No
	1993	No	N.A.	No
	2001	Sí	Sí	Sí
<b>Venezuela</b>	1993	No	N.A.	No
	2001	Sí	Sí	Sí

\* Tanto para el Cuadro 1 como para el 2, en la cuarta columna las siglas N.A. significan “No aplica”.

## Cuadro 2. Comité contra la Tortura. Hacinamiento penitenciario en Latinoamérica

País	Año de informe	Hacinamiento penitenciario	Solicitud de nuevo informe	Recomendación
Argentina	1990	No	N.A.	No
	1993	No	N.A.	No
	1998	No	N.A.	No
	2005	Sí	No	Sí
Bolivia	2001	Sí	No	No
Brasil	2001	Sí	Sí	Sí
Chile	1990	No	N.A.	No
	1991	No	N.A.	No
	1995	No	N.A.	No
	2004	Sí	Sí	Sí
	2009	Sí	No	Sí
Colombia	1990	No	N.A.	No
	1996	No	N.A.	No
	2004	Sí	No	Sí
	2010	Sí	No	Sí
Costa Rica	2001	Sí	No	No
	2008	No	N.A.	No
Ecuador	1991	N.A.*	N.A.	No
	1992	No	N.A.	No
	1994	No	N.A.	No
	2006	Sí	Sí	Sí
El Salvador	2000	No	N.A.	No
	2010	Sí	No	Sí
Honduras	2009	Sí	No	Sí
Nicaragua	2009	Sí	No	Sí
Panamá	1991	Sí	Sí	No
	1993	No	N.A.	No
Perú	1995	No	N.A.	No
	1998	No	N.A.	No
	2000	No	N.A.	No
	2006	Sí	No	Sí
Venezuela	1999	Sí	No	No
	2003	No	N.A.	No

\* El Estado no presentó informe, por lo que no se tuvo información de relevancia para el estudio.



Tortura, en especial de los países que en éste último pasaron de reportar dicho problema en un informe a no mencionar su existencia en el siguiente –tal y como quedó consignado en el reporte anual respectivo–, derivan datos interesantes. Venezuela reportó al Comité de Derechos Humanos en el año 2001 que sí había problemas de hacinamiento en las prisiones, pero en el 2003 éste no fue reportado al Comité contra la Tortura. En su último informe al Comité contra la Tortura (1993), Panamá no reportó sobrepoblación carcelaria; no obstante, en el 2008 sí lo reportó al Comité de Derechos Humanos, por lo que podría considerarse al hacinamiento carcelario como un problema existente en la actualidad en dicho Estado. Por último, la situación de Costa Rica evidencia otro comportamiento; en el informe anual de 2008 al Comité contra la Tortura no se indica el problema en estudio, pero en el informe de ese mismo año al Comité de Derechos Humanos sí se reporta, lo que evidencia claramente un contradicción o al menos una omisión. En el caso del Comité contra la Tortura, persiste una falta de información importante que invisibiliza la existencia de tratos crueles contra una gran cantidad de personas constituida por el total de la población afectada por la saturación penitenciaria, esquivando así los controles atinentes a este Comité y no acatando la recomendación el Comité de Derechos Humanos, en el tanto la dificultad señalada no se ha superado<sup>4</sup>.

De lo indicado hasta este punto del estudio, se puede concluir que en los países latinoamericanos obligados tanto por el Pacto como por la Convención, ha imperado una tendencia al hacinamiento penitenciario, sin que la misma haya sido efectivamente eliminada.

El problema de hacinamiento penitenciario en Latinoamérica también ha sido detectado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual, mediante la Resolución 1/08, adoptó los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. En el preámbulo de esta Resolución, la CIDH resaltó “la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de

---

<sup>4</sup> Para setiembre de 2011, la población penitenciaria reportada fue de 11.355 personas, excediendo en 2.900 la capacidad máxima del sistema penitenciario costarricense. La Nación, “Proyectos libertarios generan temor por saturación de cárceles”, San José, Costa Rica, 2 de setiembre de 2011.

condiciones dignas de vida en distintos lugares de detención en las Américas<sup>5</sup>, poniendo así en evidencia el problema de sobrepoblación carcelaria detectado en la cuna del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo que, entre otros extremos, le motivó a implementar el Principio XVII, en el cual dispone medidas contra el hacinamiento tales como las siguientes:

- Definición de las plazas disponibles en cada lugar de detención acorde con estándares vigentes en materia habitacional, así como la debida publicación de estos datos.
- Existencia de procedimientos legales para que las personas privadas de libertad, sus abogados y/u organizaciones no gubernamentales puedan impugnar los datos de plazas de un establecimiento, tasas de ocupación, individual o colectivamente.
- Prohibición legal de la ocupación de un establecimiento por encima del número de plazas establecido. Cuando de esta sobrepoblación se siga la violación de derechos humanos, se considerará pena o trato cruel, inhumano o degradante.
- Establecimiento de mecanismos legales para remediar inmediatamente el hacinamiento del centro de privación de libertad.
- Obligación de los jueces de adoptar remedios adecuados en ausencia de regulación legal efectiva.
- Verificado el hacinamiento, el Estado deberá investigar las causas de tal situación y deslindar las responsabilidades individuales del funcionariado que autorizó las medidas respectivas, debiendo permitirse la participación de las personas privadas de libertad, sus abogados y/u organizaciones no gubernamentales<sup>6</sup>.

Tal y como los datos derivados del Sistema Universal lo evidencian, en ninguno de los Estados latinoamericanos en los que se detectó hacinamiento penitenciario se han implementado integralmente los aspectos recién indicados y adoptados por la CIDH, más allá de que estas medidas sean de reciente data, toda vez que el problema persiste.

---

<sup>5</sup> CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas., Resolución 1/08, 131 Período de Sesiones, Washington, pág. 2.

<sup>6</sup> *Ibidem*, Principio XVII.

La trayectoria de sobrepoblación carcelaria mantenida en la mayoría de países de Latinoamérica, también permite inferir que no ha sido prioridad de los Estados erradicar esa situación y, aún más, el mantenerla durante tantos años –al menos 21 años en el caso de Costa Rica, por tan solo dar un ejemplo– hace que la hipótesis de la invisibilidad de este espacio adquiera sentido, en tanto las prisiones progresivamente se convierten en instituciones de las que suele hablarse a diario, pero pese a ello dentro de sus muros se mantienen problemas como el aquí señalado, sin que el paso del tiempo evada la resistencia estatal que ha logrado la violación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

Si bien el hacinamiento penitenciario es terreno fértil para la violación de derechos humanos, también es síntoma de una sociedad punitiva o donde la prevención ha sido insuficiente. Ambas posibilidades no se excluyen y, en todo caso, se trata de un problema complejo. Para enfrentarlo debe ser delimitado espacial, temporal y factorialmente, delimitaciones aquí concretadas a la realidad costarricense, en particular a sus últimas dos décadas y a la posible relación entre la sobrepoblación carcelaria y el monto máximo de encierro penitenciario de 50 años de prisión.

## **2. Hacinamiento penitenciario en Costa Rica: la incompatibilidad del artículo 51 del Código Penal costarricense con el Estatuto de Roma**

El 3 de diciembre de 2007 más de 400 personas privadas de libertad de La Reforma, la cárcel más grande de Costa Rica, realizaron una huelga de hambre por recibir mala alimentación. Este hecho no sólo fue olvidado por la prensa prontamente, sino que sucedió una semana después de que el máximo Tribunal Constitucional del país resolviera un amparo ordenando a esa institución dar jabones a los privados de libertad para su limpieza personal<sup>7</sup>. Ambos problemas están profundamente relacionados con la sobrepoblación carcelaria, que ha persistido durante los años posteriores y ha llegado al conocimiento de

---

<sup>7</sup> La Nación, “Reos de La Reforma en huelga de hambre”, San José, Costa Rica, 4 de diciembre de 2007.

la Sala Constitucional<sup>8</sup>. Esta continuidad dota de actualidad institucional a la saturación carcelaria, siendo necesario, y objetivo de este apartado, analizar la situación contemporánea de este problema en Costa Rica, así como su posible relación con realidades asociadas, como el tope máximo punitivo. Así, se desarrollará primero la situación actual de la contrariedad apuntada y luego, desde el DIDH, la posible incidencia que sobre ella tiene el límite máximo de encierro carcelario normativo de 50 años.

### **a. La furia del hacinamiento o acerca de la situación actual de las cárceles costarricenses**

El hacinamiento penitenciario en Costa Rica es un problema que atenta hace unos años contra los derechos humanos de las personas privadas de libertad. En ese sentido, en 1977 habían 2.134 personas detenidas, mientras que en 2008 –año que coincide con uno de los informes anuales del Comité de Derechos Humanos en el que se evidencia dicha saturación– habían 13.034, es decir, se dio un incremento del 511% de la población presa<sup>9</sup>.

A la luz de estos datos podría pensarse que ese aumento de la población penitenciaria respondió al aumento de la criminalidad. No obstante, tal apreciación sería reduccionista y dejaría de lado factores capitales, como la particularidad de que en el mismo periodo se implementaron más de 55 reformas parciales al Código Penal<sup>10</sup>. Es más, no sólo no se disminuyó la tasa de delincuencia, sino que cada vez más

<sup>8</sup> Lo que se constata en los votos 12832-2008, 2785-2009, 8384-2010 y 2118-2011, entre otros tantos todos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

<sup>9</sup> Al respecto, se ha indicado lo siguiente: “la población en general pasó de 2.134 personas en 1977 a 13.034 en el 2008, para un crecimiento absoluto de 10.900 personas y un incremento relativo de 511% y en las tasas de población, estas pasaron de 104 por cien mil habitantes en 1977, a 286 en el 2008, para un crecimiento de 182 puntos por cien mil habitantes (porcentuales), lo que muestra un crecimiento acelerado de la población penitenciaria, especialmente durante los últimos diez años, posterior a las últimas reformas penales (procesales penales)”. Ulate Barrantes, J., *Evolución y tasas de población penitenciaria 1977-2008*. Ministerio de Justicia y Gracia, Dirección General de Adaptación Social, San José, Costa Rica, 2008, pág. 20.

<sup>10</sup> Semanario Universidad, “Expertos advierten: gana terreno visión simplista y fácil sobre seguridad ciudadana”, San José, Costa Rica, 7 al 13 de julio de 2010.

personas han sido presas por conductas que antes no eran consideradas delitos, lo que ha contribuido precisamente a la saturación del sistema penitenciario. Esta situación ha sido denunciada recientemente por la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP); no obstante, el problema no se ha solucionado y la comunidad penitenciaria sigue en aumento<sup>11</sup>.

En este contexto es que se da la recomendación del Comité de Derechos Humanos al Estado de Costa Rica en la que le indica específicamente la preocupación por “el hacinamiento y las malas condiciones de los centros de detención del Estado parte”<sup>12</sup>, le recomienda ponerle fin y, en particular, la aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Éstas no han sido eficientemente empleadas por el Estado costarricense, especialmente en situaciones criticables asociadas a la sobrepoblación carcelaria. Por ejemplo, en ese instrumento internacional, en el artículo 6.1, se dispone como principio fundamental que las Reglas deben ser aplicadas imparcialmente, sin establecer diferencias basadas en prejuicios. No obstante, el mismo sistema de encarcelamiento costarricense evidencia una selectividad prejuiciosa. Así, la población penitenciaria total en 1993 era de 2.767 personas condenadas; en 2003 ésta se incrementó a 6.537<sup>13</sup>, es decir, poco más de un 136%. Mientras tanto, en 1993 habían 91 nicaragüenses privados de libertad y para 2003 las personas de esa nacionalidad eran 452<sup>14</sup>, es decir, un incremento de 396,7%, casi tres veces el aumento porcentual de la población general. En suma, la promoción estatal de otredades y la maximización de su posterior encierro.

El anterior ejemplo, al ser previo a la recomendación del Comité de Derechos Humanos, podría ser un factor que colaboró al hacinamiento

---

11 La Extra, “Sistema penitenciario enfrenta grave crisis”, San José, Costa Rica, 19 de junio de 2010.

12 Comité de Derechos Humanos, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto”, Naciones Unidas, CCPR/C/CRI/CO/5, 2009, pág. 2.

13 Instituto Nacional de Criminología, *Estudio de población extranjera atendida en el sistema penitenciario nacional*. Departamento de Investigación y Estadística, Costa Rica.

14 Instituto Nacional de Criminología, *Evolución y tasas de población penitenciaria, 1977-2008*, Departamento de Investigación y Estadística, Costa Rica.

penitenciario pero que, por su naturaleza, no fue abarcado por la recomendación. Esto evidencia un punto débil y, por lo tanto, un asunto por mejorar no sólo en el control que este Comité ejerce mediante la revisión de los informes que los Estados presentan con ocasión del artículo 40 del Pacto, sino también –y de manera más directa y preocupante– un punto de resistencia estatal, toda vez que, pese a la detección interna e internacional del problema señalado, el mismo se mantiene sin que existan esfuerzos estructuralmente efectivos para erradicarlo.

El persistente problema de saturación carcelaria no se agota en la violación constante de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, sino que culturalmente acarrea otra serie de vicisitudes institucionales, entre ellas la creación de burocracias corruptas, tal y como recientemente se ha reportado respecto a dos casos, uno relativo a la cárcel de San Rafael<sup>15</sup> y el otro a la prisión de Pérez Zeledón<sup>16</sup> – centros llamados de esa manera por el lugar donde se encuentran. Ahí las autoridades máximas cobraban dinero por dar facilidades –como la ocupación de celdas más amplias–, entre otras concesiones ilegítimas, “beneficios” que si no existiera hacinamiento penitenciario no podrían ser objeto de corrupción y esas condiciones se verían satisfechas pues el Estado cumpliría con sus deberes internacionales. No obstante, mientras esto último no suceda, se seguirá fortaleciendo la plataforma apta para estas prácticas.

El actual hacinamiento penitenciario en Costa Rica se podría tornar aún más problemático ante la aprobación del proyecto de Ley 17490, el cual pretende reformar el instituto de la libertad condicional, dando mayor rigurosidad a los requisitos para su otorgamiento<sup>17</sup> e, inclusive,

---

15 La Nación, “Justicia despidió a jefe de cárcel de San Rafael”, San José, Costa Rica, 5 de octubre de 2011.

16 La Prensa Libre, “Cae directora de cárcel por dar beneficios a reos”, San José, Costa Rica, 5 de octubre de 2011.

17 La reforma al art. 64 del Código Penal plantea que el beneficio se pueda solicitar cuando el condenado cumpla tres cuartas partes de la pena y no la mitad, tal y como está regulado actualmente. Asamblea Legislativa, “Modificación de los artículos No. 64, No. 65 y No. 67 del Código Penal, Ley No. 4573, modificar requisitos por los cuales se puede otorgar la libertad condicional”, San José, Costa Rica, 2009, Expediente legislativo No. 17490, art. 1.

realizando una lista de los delitos que implicarían la negación inmediata del beneficio<sup>18</sup>. Este proyecto de Ley recibió el aval de la mayoría de Corte Plena, integrada precisamente por las y los magistrados de las respectivas salas de Casación y de Control de Constitucionalidad. El informe que apoyó esta postura fue redactado por el magistrado Carlos Chinchilla<sup>19</sup>, quien en declaraciones dadas poco más de un año antes de la redacción del mismo expresó:

La ciudadanía debe saber que yo no estoy, ni nunca estaré de acuerdo, en que un juez no imponga una sanción penal o una prisión preventiva sólo porque el Ministerio de Justicia no tiene los medios para albergar a personas. No puede ser posible [...] Cuidado el Ministerio de Justicia me va a decir que no va a recibir personas condenadas [...] Le molesta al Poder Ejecutivo porque le mandamos más presos, más personas que tienen que estar sometidas al sistema penitenciario<sup>20</sup>.

El criterio de Corte Plena fue remitido a la Asamblea Legislativa, dando así apoyo institucional a políticas que de manera necesaria incrementarían estructuralmente la violación masiva de los derechos humanos de los presos, debido al hacinamiento penitenciario.

Lo referido en los párrafos precedentes no sólo da cuenta de la actualidad y persistencia de la sobrepoblación carcelaria en Costa Rica, sino que también brinda apoyo suficiente para considerar que ésta posee implicaciones político-ideológicas, donde los agentes no se limitan a las autoridades inmediatamente encargadas de las prisiones, sino que van más allá. Así, se ingresa en saberes de otras instituciones que legitiman la prisionalización en condiciones de hacinamiento en detrimento de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, no acatando

---

18 En la reforma al art. 65, inc. 3), se dispone que la libertad condicional, entre otros requerimientos, se podrá otorgar cuando “el solicitante no haya sido condenado por la comisión de delitos dolosos contra la vida e integridad física de las personas; relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores; secuestro extorsivo; contra la propiedad; contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley General de Policía y la Policía Judicial y delitos relacionados de forma principal o conexas con cualquier actividad de crimen organizado”. *Ibidem*, art. 2.

19 La Nación, “Proyectos libertarios generan temor por saturación de cárceles”, San José, Costa Rica, 11 de agosto de 2011.

20 La Nación, “Estamos bajo un sistema penal permisivo y alcahueta”, San José, Costa Rica, 14 de diciembre de 2009.

los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, emanados desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ni tampoco las recomendaciones realizadas en el seno del Sistema Universal.

La determinación de las causas del hacinamiento penitenciario en Costa Rica es una labor multifactorial. Su abordaje integral implicaría abarcar extremos que ameritarían un trabajo más extenso que el acá propuesto, en primer lugar, y además, conllevaría el estudio de objetos distintos a los que se han elegido en este texto, para poder dar respuesta a los problemas planteados inicialmente. Hecha esta salvedad, para delimitar un factor pertinente asociado al encierro penitenciario, se ha considerado un motivo de preocupación expuesto por el Comité contra la Tortura al Estado costarricense en la observación final de 2001:

d) La sobrepoblación de las prisiones, con su consecuencia de hacinamiento, originada tanto por la insuficiencia de inversión en infraestructura como por el recurso a la privación de libertad y *al aumento de la duración de las penas como reacción casi exclusiva ante el incremento de la criminalidad*<sup>21</sup>. (El subrayado es del autor.)

El aumento de las penas es uno de los motivos de preocupación del Comité contra la Tortura y en la realidad normativa costarricense, existe un cambio de paradigma punitivo a ese respecto, la duplicación legal del tope superior punitivo realizada en 1994<sup>22</sup>, con la cual, mediante la reforma del artículo 51 del Código Penal, se pasó de 25 a 50 años como tope máximo de encierro con ocasión de una sentencia penal. En suma, la duplicación punitiva en un contexto de hacinamiento carcelario, cuya compatibilidad con el DIDH será el objeto de estudio de la siguiente parte de este texto.

---

21 OACNUDH/IIDH/ASDI, *Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe (1988-2005)*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Santiago, Chile, 2005, pág. 130. Disponible al 9 de noviembre de 2001 en: <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cat/>>.

22 Asamblea Legislativa, *Reforma al Código Penal*. San José, Costa Rica, Ley No. 7389 del 22 de abril de 1994, artículo 1.



## **b. La resistencia estatal ante el hacinamiento penitenciario: la incompatibilidad del encierro máximo de 50 años de prisión con el Estatuto de Roma**

En la Comisión Redactora del Código Penal actual de Costa Rica, al discutirse el tema del tope máximo de prisionalización estipulado en el artículo 51, se consideró que su monto debía ser 25 años, estimando que esto se ajustaba

[A] las exigencias actuales en materia rehabilitadora. La posibilidad de una pena que exceda de ese límite de tiempo es negativa para el interno y funesta, por lo mismo, para sus perspectivas futuras. Penas de cuarenta y cinco años son como una muerte en vida y son pocos, por no decir ninguno, el que las ha podido soportar<sup>23</sup>.

Poco más de veinte años después, en 1994, se reformó tal numeral duplicando el monto máximo de castigo penal<sup>24</sup>, enterrando así los razonamientos que justificaron el texto primigenio.

Acorde con las estadísticas judiciales costarricenses, desde 1994 hasta 2010, 1.244 personas han sido condenadas a penas de cárcel cuyo monto oscila entre los 25 y 50 años<sup>25</sup> (ver Cuadro 3). Si bien ha variado respecto a su momento de aprehensión y permanencia en el sistema penitenciario, esta cantidad de personas innegablemente ha confluído en las cárceles nacionales durante el periodo señalado, representando un 42,89% de los niveles de sobrepoblación penitenciaria actual<sup>26</sup>, y por lo tanto debe considerarse una cifra significativa. No obstante, el incremento punitivo recién apuntado coincide con otra tendencia que podría ser denominada de tipo cultural-legislativa, en tanto que, al contrastar el Código Penal actual con su versión original, deriva que en los cinco años posteriores a la modificación del artículo 51 se realizaron reformas y adiciones a diferentes numerales de la parte especial que en total sumaron unos 26 cambios, cifra que representa un poco más de los

---

23 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre de 2001.

24 Asamblea Legislativa, *Reforma al Código Penal...*

25 Datos derivados de las estadísticas judiciales anuales, de 1994 a 2010.

26 Véase nota al pie 4.

25 cambios que se le habían efectuado a esa ley en los más de veinte años que tenía de existencia. Por ende, es viable asociar temporalmente una explosión inédita en Costa Rica del derecho penal con la duplicación del tope máximo punitivo, particularidad que a su vez acompañó e incidió en el hacinamiento penitenciario ya indicado.

**Cuadro 3.**  
**Cantidad de personas sentenciadas entre 25 y 50 años de prisión, de 1994 a 2010**

Año	Cantidad de personas condenas a penas entre 25 y 50 años de prisión	Diferencia porcentual aproximada respecto al año anterior
1994	1	-----
1995	29	2800%
1996	57	96,55%
1997	60	5,26%
1998	42	-30%
1999	44	4,76%
2000	60	36,36%
2001	101	68,33%
2002	83	-17,82%
2003	98	18,07%
2004	94	-4,08%
2005	57	-39,36%
2006	73	28,07%
2007	66	-9,58%
2008	76	15,15%
2009	132	73,68%
2010	171	29,54%
<b>Total</b>	<b>1.244</b>	<b>---</b>

La relación entre el hacinamiento penitenciario y la citada reforma del artículo 51 del Código Penal costarricense, se ha erigido así desde dos frentes complementarios. El primero de ellos puede denominarse de implicación directa, en tanto la cantidad de personas presas por penas asociadas a esa modificación normativa incidió directamente en el total de sobrepoblación carcelaria. El segundo frente, como se refirió en el párrafo precedente, es de tipo cultural-legislativo, siendo esa reforma

un hito histórico que marca la hipertrofia de un Estado punitivo, donde el acceso al derecho penal como reacción ante problemas diversos sería la regla, siendo inclusive medular en las campañas presidenciales de 2009<sup>27</sup>, año en el que casualmente el número de personas condenadas a más de 25 años de prisión se elevó hasta 132, cifra superada solamente por los 171 individuos que condenados a tales montos punitivos en 2010.

La duplicación del incremento punitivo en cuestión ha sido sometida, en tanto norma legal, a control de constitucionalidad ante la Sala Constitucional. Este órgano ostenta el control concentrado de constitucionalidad en Costa Rica y sus fallos son vinculantes *erga omnes*. En varias oportunidades esa Cámara se ha pronunciado a favor de tal disposición. En el año 2001, por un voto de mayoría, resolvió la constitucionalidad de la norma, considerando que

[L]a determinación de los montos de las penas privativas de libertad constituye un asunto de política criminal, que por la propia definición del sistema político y de organización del Estado costarricense (artículos 1, 2, 9 y 121 de la Constitución Política) corresponde en exclusiva definir a los legisladores<sup>28</sup>.

Así, en aplicación “del principio de legalidad y de reserva de ley en la definición del derecho penal y procesal penal”<sup>29</sup>, la Sala Constitucional se consideró incompetente para valorar el tope máximo punitivo. En sentido similar, y respondiendo a lo planteado en la acción de inconstitucionalidad respecto al tema de la rehabilitación que ejerce el sistema carcelario, se indicó que ese propósito era objeto del régimen penitenciario, no de la pena en sí, por lo cual la relación establecida por la accionante entre pena y resocialización no podría ser considerada para un análisis de constitucionalidad<sup>30</sup>. En suma, el monopolio legislativo de la determinación de la política criminal y, a su vez, el desplazamiento del objetivo resocializador al sistema penitenciario y no a la pena de prisión, hicieron que el tope máximo punitivo se mantuviera vigente.

27 La Nación, “La ‘mano dura’ en los programas de gobierno”, San José, Costa Rica, 28 de diciembre de 2009.

28 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre de 2001.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

De manera más reciente, en el año 2009 y nuevamente por voto de mayoría, la Sala Constitucional se pronunció a favor de la constitucionalidad de la norma en cuestión. En este fallo se consideró primeramente que la tramitación legislativa del proyecto de Ley que culminó con la reforma del monto máximo punitivo, estaba apegada a derecho, pero además, al referirse al tope de 50 años de encierro y, en particular, a su relación con el derecho al trabajo y al deterioro familiar, la Cámara Constitucional estimó, primeramente, que la posibilidad de estudiar otorgada en las cárceles debía analizarse desde la limitación de desplazamiento propia de los presos y, en segundo lugar, además de que el monto de 50 años de prisión es un monto máximo razonable, “una condena a un año o meses, conlleva una serie de efectos secundarios inevitables, principalmente en los entornos social, laboral y familiar que no pueden ser achacados al sistema, sino como resultado de la acción cometida por el sujeto”<sup>31</sup>.

Los dos fallos recién referidos analizaron la constitucionalidad del monto punitivo acá controvertido. Inclusive, desde la amplitud conceptual, estimaron que el mismo no contravenía la resocialización perseguida por la pena de prisión. No obstante, hubo un punto esencial no analizado, atinente a la disposición del numeral 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma<sup>32</sup>, aunque no fue debatido en las acciones de constitucionalidad y que, por tratarse de una norma internacional concerniente a los derechos humanos, en al menos el voto del año 2009<sup>33</sup> debió ser considerada aún de oficio por la Sala Constitucional<sup>34</sup>.

---

31 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 04522-2009 de las 15:50 horas del 18 de marzo de 2009.

32 Tal y como consta en la página oficial de la Corte Penal Internacional, Costa Rica firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998, ratificándolo el 7 de junio de 2001. Ver, <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/Latin+American+and+Caribbean+States/Costa+Rica.htm>>, disponible a noviembre de 2011.

33 Dado que el Estatuto de Roma entró en vigencia el 1 de julio 2002, no sería exigible un control de compatibilidad con el mismo con respecto a fallos anteriores a esa fecha.

34 Con relación al control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha referido lo siguiente: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas locales y la Convención

El artículo 77 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, referente a las penas aplicables, en lo pertinente, dispone lo siguiente:

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las siguientes:
  - a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
  - b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado<sup>35</sup>.

Por disposición constitucional, en Costa Rica existe una prohibición explícita de penas perpetuas<sup>36</sup>, lo que conllevó a que la Sala Constitucional resolviera que, al concordar tal disposición constitucional con el numeral 80 del Estatuto de Roma, no sería posible la aplicación del inciso 1.b)<sup>37</sup>, de ahí que esa estipulación no fuera considerada inconstitucional. Sin embargo, el contenido del inciso 1.a) no ha sido analizado, ni su constitucionalidad ni las implicaciones que el mismo debería tener para la normativa nacional, en particular para el tope máximo punitivo de 50 años de prisión establecido en el artículo 51 del Código Penal.

---

Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Será parte de la propuesta acá desarrollada extender el control de convencionalidad al control del DIDH. Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

35 Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998.

36 Asamblea Constituyente, *Constitución Política*. San José, Costa Rica, 1949, art. 40.

37 El artículo 80 del Estatuto de Roma dispone que: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”. Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...*

Al considerar que en Costa Rica, acorde con lo dispuesto por la Sala Constitucional, se ha reconocido que “los instrumentos de Derechos Humanos vigentes [...], tienen no solamente valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”<sup>38</sup>, el tope máximo de encierro penitenciario establecido en el inciso 1.a) del artículo 77 del Estatuto de Roma debería ser de aplicación obligatoria, desplazando así al monto máximo de 50 años de prisión dispuesto en la normativa nacional, toda vez que el límite indicado en tal instrumento internacional es más garante para los derechos humanos del preso que la normativa interna, punto que amerita ser tratado con más detenimiento.

Tal y como deriva de la lectura de los párrafos precedentes, el hacinamiento penitenciario es un problema que aqueja en gran medida a Latinoamérica como región. Este problema a conllevado a una serie de recomendaciones por parte de entidades internacionales, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura. Costa Rica es uno de los países acreedores de dichas observaciones (Cuadro 1). Es en este contexto de sobrepoblación carcelaria, alimentado por tendencias ultrapunitivas –como la duplicación del monto máximo punitivo en Costa Rica mantenido estatalmente por más de dos décadas–, donde las medidas judiciales no encuentran un terreno fértil para erradicar o reducir la saturación, entre otras tantas particularidades, donde una disposición como la dispuesta en el inciso 1.a) del artículo 77 del Estatuto

---

<sup>38</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 2313-1995 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995. En igual sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 3435-1992 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992 y su aclaración, 5759-1993 de las 14:15 horas del 10 de noviembre de 1993. Posteriormente, la misma Cámara Constitucional ha ampliado de manera progresiva los alcances internos de la tutela de los derechos humanos ejercida desde el Derecho Internacional, indicando lo siguiente: “En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los ‘instrumentos internacionales’, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, fallo 9685-2000 de las 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000.

de Roma debe ser entendida ante todo como una norma protectora de los derechos humanos de las personas privadas de libertad y, por ende, con primacía sobre la Constitución Política y demás normativa nacional. Al tratarse de una disposición emanada del Derecho Internacional, más garante que las normas patrias, de acuerdo al fallo constitucional vinculante *erga omnes* destacado en el párrafo precedente, debería prevalecer sobre el ordenamiento jurídico patrio.

La posibilidad de que el tope máximo punitivo establecido en el Estatuto de Roma sea de aplicación interna en Costa Rica deriva no solamente del razonamiento jurídico recién señalado, sino que inclusive guarda lógica interna, toda vez que al estimar como proporcional una pena de 30 años de prisión para autores de delitos tan lesivos a los que se aplicaría tal instrumento –tales como el genocidio o delitos de lesa humanidad<sup>39</sup>–, con mucho mayor razón debe considerarse desproporcional una pena superior a la referida por infracciones que poseen una lesividad inclusive menor, aún cuando se trate de concurso de delitos, ya que crímenes como el genocidio igualmente poseen multiplicidad de víctimas y, probablemente, de acciones<sup>40</sup>. En este sentido, la implementación nacional de ese límite sancionatorio dotaría de contenido práctico parcial al Principio XVII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en tanto se orientaría como política pública a una disminución considerable de la población penitenciaria, en una realidad carcelaria caracterizada por la sobrepoblación.

En detrimento de los razonamientos precedentes, el extremo máximo de 50 años de prisión continua en vigencia y su aplicación nacional, tal y como lo confirman los datos aportados, es de consideración sustancial

---

<sup>39</sup> Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...* art. 5.

<sup>40</sup> Esta salvedad se hace a raíz de que la Sala Constitucional, en el fallo 4522-2009, señaló que “el límite de cincuenta años establecido en la normativa que ahora se impugna, analizado desde otra óptica diferente a la del accionante, es un beneficio final para la persona que en concurso ideal o material de delitos, fue en su oportunidad condenado a más de cincuenta años de prisión por todos los ilícitos cometidos, pero que, la normativa penal, estableció un límite máximo razonable”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, voto 04522-2009 de las 15:50 horas del 18 de marzo de 2009.

para la situación en torno al hacinamiento penitenciario. Sin embargo, existe otra normativa infralegal que en su lógica posee un germen de tutela efectiva de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, que es el Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. Este permite una suerte de libertad semi-institucional (egreso parcial) de la prisión cuando se cumple el tercio de la pena –además de otros requerimientos<sup>41</sup>–, pese a que la libertad condicional (egreso total condicionado) solamente se consiente al cumplir con la mitad de la pena –además de otros requisitos– y, por estar consagrada en el Código Penal, es una figura de rango legal<sup>42</sup>.

Pese a la diferente naturaleza de los institutos, pareciera que existe una verdad difícil de negar y es que la norma reglamentaria permite al preso ver el mundo fuera de los muros de la cárcel antes que la norma legal y, en este sentido, esta disposición es más garante de los derechos humanos que su superior jerárquica, pues le brinda la posibilidad de salir de un lugar caracterizado por el hacinamiento. Además, esto conlleva a que en ese punto también sea su negación, planteando una serie de dificultades: ¿cómo una norma inferior jerárquicamente puede negar a la norma superior y, al mismo tiempo, ser más tutelar de los derechos humanos de la población a la que ambas se dirigen? ¿Se tratará de uno de los “casos especiales de oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior”<sup>43</sup> indicados por Kelsen? O, ¿podría tratarse de un supuesto de compatibilidad sustancial entre normativa infralegal con instrumentos internacionales de derechos humanos? Además, ¿cómo se explica que normas que en principio no mantienen una relación de determinación entre sí, regulen un mismo objeto? Será sobre estas dudas que se desarrolle el siguiente apartado de este texto.

---

41 Presidencia de la República y Ministra de Justicia y Gracia, *Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario*. San José, Costa Rica, 11 de julio de 2007.

42 Asamblea Legislativa, *Código Penal*. San José, Costa Rica, 15 de noviembre de 1970, art. 64.

43 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 168.



### **3. La inversión estructural de la pirámide kelseniana y el hacinamiento penitenciario en Costa Rica: hacia el predominio y el control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos (control DIDH)**

El sistema escalonado kelseniano considera que “una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema”<sup>44</sup>, toda vez que “la validez de una norma aislada se determina con relación a la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también”<sup>45</sup>. Esa concepción originó precisamente lo que se denomina como la pirámide kelseniana, la cual, desde una lógica escalonada heredada de Merkl<sup>46</sup>, esquematiza el orden jurídico-normativo basado originalmente en la norma fundamental, que “se encuentra solamente en la base del derecho internacional”<sup>47</sup>. En materia de DIDH, esta noción describe la jerarquía normativa costarricense, tal y como lo ha dispuesto la misma Sala Constitucional<sup>48</sup>.

La lógica de la pirámide kelseniana, tal y como se infiere de la estructuración dada en la teoría pura del derecho, armoniza a los sistemas jurídicos, permitiendo que las normas superiores condicionen a las inferiores<sup>49</sup>, esquivando así contradicciones insalvables en procura de un sistema lógico. No obstante, en esa búsqueda de un saber duro, preciso, distante, positivo, se pasó por alto una eventualidad real, quizá no tan positiva, pero no por ello menos importante: la posible

44 *Ibidem*, pág. 126.

45 *Ibidem*, pág. 117.

46 Merkl, A., “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)”, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 3, 2005 (1931), págs. 301-324.

47 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 117. Con relación a este punto, resulta útil la aclaración realizada por Kelsen en el sentido de que “la circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos [...] Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo”. *Ibidem*, pág. 160.

48 Véase nota al pie 39.

49 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* págs. 123-126.

contradicción entre normas, pero donde la norma inferior controvertida de alguna manera fuera conforme a la norma fundamental, tal como fue referido de previo al inicio de este apartado. Esta posibilidad y sus implicaciones serán el objeto de esta parte del texto, expuestas especialmente desde la situación del hacinamiento penitenciario en Costa Rica. Así, primero se analizarán las implicaciones de la compatibilidad entre una norma inferior controvertida con las normas supraconstitucionales de derechos humanos y, luego, se examinará la posibilidad de crear un modelo de control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos (control DIDH).

**a. La inversión estructural de la pirámide kelseniana para el predominio supraconstitucional de las normas infraconstitucionales más garantes de los derechos humanos: análisis de la libertad semi-institucional, la libertad condicional y el tope máximo punitivo en Costa Rica**

La controversia entre normas inferiores y superiores suele ser evaluada desde el prisma kelseniano, donde la anulación de la norma inferior significa el imperio de aquella que la ha determinado, la norma superior<sup>50</sup>. Sin embargo, no se han analizado formas de falsear esta solución en procura de una mayor promoción de los derechos humanos, opción que acá se plantea primeramente desde la proposición del modelo de inversión estructural de la pirámide kelseniana, y luego mediante su implementación al problema del tope máximo penitenciario en Costa Rica.

**i. La inversión estructural de la pirámide kelseniana o acerca del predominio supraconstitucional de las normas infraconstitucionales más garantes de los derechos humanos**

En su obra *Teoría General del Estado*, Kelsen desarrolló la noción básica que serviría de base a lo que actualmente se denomina como la pirámide kelseniana, apoyándose para ello en la propuesta de Merkl, de la siguiente manera:

Todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho

<sup>50</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* págs. 123-126.

[...] La “ley” no es ni el grado único ni siquiera el grado supremo del orden jurídico, como ha demostrado con vigor extraordinario una reciente teoría, la cual, además, ha prestado a la ciencia del Derecho el valioso servicio de mostrar la estructura graduada, jerárquica del orden jurídico<sup>51</sup>.

La colaboración teórica atribuida a Merkl implica que cualquier replanteamiento de la pirámide kelseniana debe considerar los insumos teóricos adeudados a éste. Siendo propósito de este texto repensar ese extremo de la Teoría Pura del Derecho, también será necesario avocarse al estudio de la propuesta merkliana.

Adolf Merkl consideró que existen proposiciones jurídicas que condicionan el contenido y forma de otras, las primeras denominadas **determinantes** y las segundas **determinadas**<sup>52</sup>. De esa manera establece la lógica del sistema escalonado, estimando así que la

relación entre el acto determinante y el determinado trae consigo la expresión introducida por Kelsen “regla sobre la producción”, bajo la que se han de entender la suma de actos determinantes. Así, la Constitución aparece como la regla sobre la producción de la legislación, la Constitución y la ley son las reglas sobre la producción del reglamento, las leyes formales y materiales relativas al Poder Judicial y la Administración son las reglas sobre la producción de los actos administrativos y judiciales, así como de los llamados actos de los negocios privados<sup>53</sup>.

---

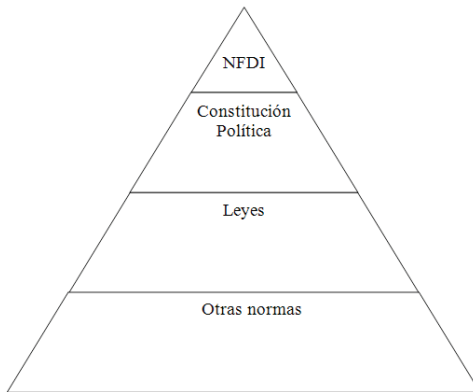
51 Kelsen, H., *Teoría general del Estado*. Editora Nacional Edial, México, 1957, pág. 305.

52 Al respecto, Merkl se pronunció de la siguiente manera: “Aquellas proposiciones jurídicas cuyo contenido y forma son prefiguradas de acuerdo con otras proposiciones jurídicas, que no pueden o no deben existir en un modo distinto al prefigurado y que en todo caso su existencia está condicionada por otras proposiciones jurídicas a las cuales deben su validez, las llamamos proposiciones jurídicas determinadas, y aquellas que sirven a su validez, proposiciones jurídicas determinantes [...] De acuerdo con lo dicho anteriormente, apenas se necesita concluir, que la existencia de una proposición jurídica caracterizada como determinante no requiere ser la única condición de existencia de la proposición jurídica por ella condicionada, sino que para el reconocimiento de una proposición jurídica como determinante basta que la preceda dentro de la cadena de actos”. Merkl, A., “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)”... pág. 304.

53 *Ibidem*, pág. 309.

Las nociones merklianas recién indicadas sirvieron así de plataforma teórica para que Kelsen desarrollara sistemáticamente la estructura jerárquica del orden jurídico en la Teoría Pura del Derecho, dándole a la norma fundamental un valor de significación elemental<sup>54</sup> y, al identificarla con las normas emanadas desde el Derecho Internacional, también jerárquicamente superior, considerando que la norma fundamental “se encuentra solamente en la base del derecho internacional [...] En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales”<sup>55</sup>. Así mismo, la estructura jurídica nacional derivada del Derecho Internacional se ordena de tal manera que “[i]nmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo”<sup>56</sup>, normas superiores a otras, como decretos, reglamentos, ordenanzas, sentencias<sup>57</sup>, manteniendo entre ellas la relación de determinación desarrollada por Merkl. Esa estructura jerárquica, para los efectos aquí pretendidos, se puede figurar de la siguiente manera:

### Pirámide kelseniana\*



<sup>54</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 113.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pág. 117.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pág. 117.

<sup>57</sup> *Ibidem*, págs. 119-122.

\* Las siglas NFDI en el área superior de la pirámide significan Norma Fundamental del Derecho Internacional.

En la pirámide kelseniana, tal y como refiere Walter,

[N]o son las formas de derecho las que constituyen el objeto del sistema escalonado según el condicionamiento jurídico; en cuanto respecta a ese sistema de supraordinación y subordinación, lo que importa no es la forma, sino el contenido. El contenido de la disposición jurídica supraordinada se resume en la reglamentación del proceso generador de la disposición jurídica subordinada<sup>58</sup>.

De esta manera, conforme se descienda en la jerarquía del orden jurídico las normas serán subordinadas y determinadas por las superiores, de tal suerte que la creación de la norma inferior se podrá realizar conforme a la superior o contraria a ella, pero si se elige la segunda opción, la norma creada “es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada”<sup>59</sup>.

La elaboración de la pirámide kelseniana y del sistema escalonado merkliano se basó en una idea armónica, derivada desde el derecho mismo como si se tratara de una estrategia de autogeneración, dotando de una racionalidad inédita al ordenamiento normativo que sería instrumentalizado para aprender, aplicar y reproducir el saber jurídico. La pureza y fluidez de estas teorías les permitieron atravesar sutilmente el tiempo y las personas que durante él se relacionaron de alguna manera con el derecho – no sólo como abogadas o abogados, ni siquiera como funcionarias o funcionarios del sector público o privado, o como individuos que aprovechando el poder se escudaron detrás de la pirámide kelseniana para tutelar intereses particulares, sino también como ciudadanos y ciudadanas que ejercieron el voto para elegir a sus gobernantes, como habitantes que pagaron sus impuestos para colaborar con sus Estados, como personas que no querían guerras, o de manera quizá más sensible, como seres sujetos de alguna institución disciplinaria, como los hospitales, los manicomios, los orfanatos, los campos de concentración y exterminio, las cárceles y demás. La versatilidad de ambas teorías y, de alguna manera, también su

---

<sup>58</sup> Walter, R., *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 119.

<sup>59</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 125.

interiorización pétreo en el pensamiento jurídico, impidieron analizar otras opciones que, además de ser jurídicamente correctas, estarían llenas de inclusión, de igualdad estructural<sup>60</sup>, de posibilidades de acción y demás particularidades que en suma representan una mejor tutela y promoción de los derechos humanos. De estas posibilidades acá solamente se dará cuenta de una: la inversión estructural de la pirámide kelseniana.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana mantiene una relación genealógica con el principio de progresividad de Nikken<sup>61</sup> y, así como las nuevas generaciones suben sobre los hombros de las anteriores para mejorar su mundo, ésta da paso a nuevas posibilidades para concebir los derechos humanos, los cuales serán su exclusivo objeto, delimitando así su campo de acción. En este sentido, el modelo propuesto solamente puede aplicarse en materia de derechos humanos, en consideración de que “los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento del Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma”<sup>62</sup>. Esta particularidad se manifiesta en una disposición contenida en diversos órdenes constitucionales cuya implicación es que la enunciación constitucional de los derechos, por su inherencia a las personas, no constituye la negación de otros que no consten en la Constitución respectiva<sup>63</sup>, circunstancia que a su vez conlleva a que “los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener

---

<sup>60</sup> Respecto a la igualdad estructural, Saba ha indicado lo siguiente: “De acuerdo con esta perspectiva, resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que dé cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Esta segunda concepción del principio de igualdad ante la ley, relativamente ausente de la discusión constitucional local [...] se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente ‘ciego’ a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas”. Saba, R., “(Des) igualdad estructural”, en: Alegre, M. y R. Gargarella, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2007, pág. 166.

<sup>61</sup> Nikken, P., “El concepto de derechos humanos”, en: *Estudios básicos de derechos humanos I*. IIDH, San José, Costa Rica, 1994, págs. 25-27.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pág. 24.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pág. 24.

supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura constitucional<sup>64</sup> y, en caso de que sean más garantes que los reconocidos por la misma carta magna, por su progresividad, deberán ser jerárquicamente superiores a ella.

Es precisamente la progresividad tan propia de los derechos humanos la que posibilita que la inversión estructural de la pirámide kelseniana les tenga como objeto y propósito para replantear la concepción positivista del orden jurídico. Al partir de la premisa de que las regulaciones provenientes del DIDH deben tener la misma cobertura constitucional, o bien, superior en caso de ser más garantista que el orden interno, no solamente se les otorga un lugar superior respecto de las normas nacionales —lo cual ya había sido previsto por el mismo Kelsen<sup>65</sup>—, sino que también deben erigirse como parámetro de control interno para su misma normativa<sup>66</sup>.

En la estructura desarrollada por Kelsen, la determinación sustancial ejercida por la norma superior implica que la norma inferior está circumscripita, delimitada, por el espectro de acción requerido por su superior jerárquica, siendo que si excede de tales determinismos, podría correr la suerte de ser anulada y cerrar los ojos ante la realidad

---

64 *Ibidem*, pág. 26.

65 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 117.

66 Acerca de este punto se profundizará en el siguiente apartado. Así mismo, este tipo de control, a propósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya ha sido avalado por la Corte IDH mediante la creación del control de convencionalidad, refiriendo lo siguiente: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. San José, Costa Rica, 2006, párr. 124.

que regula. Esta noción heredada del positivismo, busca la descripción armoniosa de un sistema jurídico que dista mucho de ser imparcial o apolítico, donde la producción normativa está regida –tal y como es en la actualidad– por una innumerable cantidad de intereses, circunstancias y demás fuerzas que nos hacen recordar la inversión que del principio de Clausewitz realizaba Foucault, afirmando que “la política es la continuación de la guerra por otros medios”<sup>67</sup>. De ahí que la Teoría Pura del Derecho diese la espalda a otras posibilidades quizá más asociadas a esa realidad conflictiva en la producción del derecho, posibilidades que sirven de plataforma para plantear las siguientes preguntas: ¿qué pasaría si esa norma inferior, pese a contrariar a aquella que le determina, fuese compatible con otra norma superior de la que buscaba originarla? Aún más, ¿qué sucedería si esa norma inferior fuese de orden infralegal y, pese a su carácter refractario contra todo el orden nacional, en ella yaciera la compatibilidad con una norma del DIDH<sup>68</sup>? ¿Cuáles serían sus implicaciones para la producción normativa? ¿Cómo afectaría tal posibilidad a nuestra concepción del orden jurídico respecto al DIDH? La respuesta a estas preguntas es acá planteada desde la inversión estructural de la pirámide kelseniana.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana, además de ser un modelo de aplicación sólo en materia de derechos humanos, no altera el orden jerárquico de la pirámide kelseniana, sino que replantea su manera de aplicación con relación a la determinación de las normas que deberán prevalecer, ya no por su rango piramidal –como lo propone el modelo positivista–, sino por su contenido y compatibilidad con el DIDH. Se considera no solamente que de la norma superior deriva la inferior, sino que la primera por definición abarca y supera los contenidos de la segunda, por lo cual, si bien el contenido de la norma inferior podrá delimitarse exclusivamente a la determinación de su antecesora, también

---

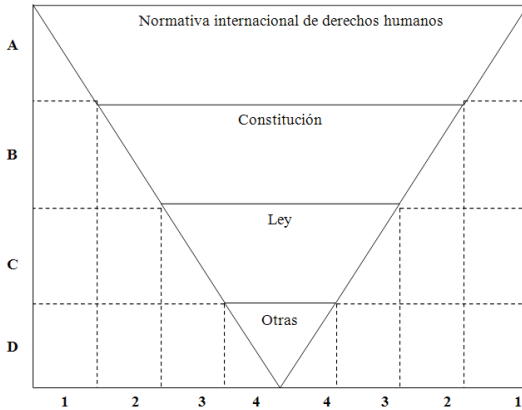
<sup>67</sup> Foucault, M., *Defender la sociedad...* pág. 28.

<sup>68</sup> Respecto a las posibles disonancias entre normas internas –constitucionales– e internacionales, Neuman propone que tal divergencia puede ser producto de inconsistencias entre los aspectos consensuales, suprapositivos e institucionales relacionados tanto con los derechos humanos como con los constitucionales. Neuman, G., “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, *Stanford Law Review* 55, 2003, págs. 1863-1900.



podrá alcanzar los límites de las otras normas superiores que regulen el mismo objeto – noción sustancial no sistemática. De ahí que puedan poseer disposiciones no consideradas por su norma superior inmediata, pero compatibles con las proposiciones jurídicas superiores previas. El modelo propuesto puede figurarse de la siguiente manera:

### Inversión estructural de la pirámide kelseniana



El modelo de inversión estructural de la pirámide kelseniana no sólo esquematiza la determinación sustancial de la norma superior sobre la inferior –trazada en el contenido normativo yacente dentro de la sucesión piramidal–, sino que además vislumbra posibles alcances de compatibilidad entre la norma inferior y cualquier norma superior relacionada con el DIDH. Así, dentro de la categoría indicada como **Otras**, podrán estar reglamentos o estatutos que, por definición, están subordinados al rango legal, pero que en este modelo pueden tener alcances más protectores de los derechos humanos si regulan disposiciones que, pese a no estar establecidas en la norma superior inmediata, resultan compatibles con las normas superiores a esta última. Por ende, la norma de rango inferior deberá prevalecer sobre su superior inmediata por un criterio de compatibilidad sustancial con normas superiores en materia de derechos humanos. Por ejemplo, acorde con el esquema planteado, el cuadrante **A1** puede no estar regulado constitucionalmente –esto al suponer que la Constitución consagró derechos hasta **B2**–, pero si un reglamento lo regula dándole

a su contenido propio un alcance hasta el cuadrante **D1** —que según el modelo concordaría plenamente con el **A1**, dado que ambos pertenecen a la columna 1—, la disposición reglamentaria, por ser aún más compatible con el DIDH, deberá prevalecer aun sobre las disposiciones constitucionales y demás normas internas. La columna 1 estructura el espectro de tutela de la normativa internacional de derechos humanos.

El modelo adeuda su calificativo estructural precisamente a las consecuencias de su aplicación, ya que al permitir que órganos o sujetos no legislativos dicten normas que puedan ser superiores y obligatorias a nivel interno respecto del resto del orden jurídico, con el exclusivo requisito de que tales disposiciones logren adecuarse más al DIDH que el resto del ordenamiento jurídico, definitivamente brinda una herramienta que contribuiría a la erradicación del “fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad”<sup>69</sup>.

Para esquematizar lo recién indicado, supóngase que a un pueblo originario, entendido como un grupo desaventajado<sup>70</sup>, sus tierras le fueron sistemáticamente quitadas y nunca le fueron devueltas. Así, con el objetivo de recuperarlas, ha realizado durante años litigios internos infructuosos y luego, con algo de suerte, ha llevado el caso a instancias internacionales, las cuales, por su volumen de trabajo, no han resuelto el problema, contribuyendo así al sometimiento estructural del grupo. Si se aplicase la inversión estructural de la pirámide kelseniana, el grupo, en tanto organización, podría haber dictado alguna norma con el propósito de la restitución de las tierras, norma que, sin importar su rango jerárquico, al ser más compatible con el DIDH —como podría ser el Convenio No. 169 de la OIT o, inclusive, la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, debería prevalecer sobre el resto del

<sup>69</sup> Saba, R., “(Des)igualdad estructural”... pág. 166.

<sup>70</sup> Fiss ha caracterizado a estos grupos de la siguiente forma: “Por un lado, el grupo constituye una entidad (aunque no implique un cuerpo físico). Esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia. Es posible, así, hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen. Por otro lado, el grupo se distingue por la condición de la interdependencia. Esto es, la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo se encuentran interrelacionados”. Fiss, O., “Grupos y la cláusula de la igual protección” (1976), en: Gargarella, R., *Derecho y grupos desaventajados*. Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 138.

ordenamiento normativo nacional. De esta manera, la norma dictada por el pueblo originario debería tener un contenido que abarcara hasta el cuadrante **D1** –identificado con **A1** y que significaría la restitución de las tierras originarias–, así se superarían los límites nacionales estancados en **B2** –identificado con **D2** y que configura la negativa de titularizar las tierras a favor del pueblo originario–, alcanzando la meta que sería **A1**, es decir, el espectro de tutela del DIDH.

Para la efectividad del modelo propuesto se deberían considerar al menos dos cuestiones: primero la población destinataria de la tutela y, en segundo lugar, un sistema de control de supraconstitucionalidad de la norma inferior dictada. En términos efectivos, la población destinataria estaría constituida por las personas que presenten una relación de interdependencia con el grupo desaventajado, tal y como lo ha expuesto Owen Fiss<sup>71</sup>. Así mismo, debe existir institucionalmente un sistema de control de supraconstitucionalidad, orientado precisamente a legitimar de manera directa la compatibilidad entre la norma inferior con normativa proveniente del DIDH, labor que podría ejercerse por un tribunal cuyas particularidades se adapten al sistema judicial o de control normativo correspondiente al país respectivo.

El contenido de la norma inferior compatible con la normativa internacional de derechos humanos, deberá mantener una relación sustancial con las normas superiores no necesariamente sistemática. Es decir, la norma inferior podrá o no derivar directamente de la norma superior, pues lo que importa para la aplicación del modelo es que ambas normas compartan el objeto de regulación y no que pertenezcan al mismo sistema –escalonado– de determinación normativa. De tal manera, cuando normas de diferente rango y sistema de determinación regulan de forma diferente un mismo objeto, ya no aplicará el criterio de especialidad, sino que prevalecerá un criterio de compatibilidad con la norma del DIDH, independientemente del rango de la norma que deba predominar. Situación similar ocurriría cuando, ante la inexistencia de una ley específica, otras normas regulen lo que debería ser el objeto de aquella norma, una de rango legal y otra infralegal. Así, la que debería prevalecer ante un conflicto normativo sería precisamente aquella que mejor supla los requerimientos determinados desde el DIDH.

---

<sup>71</sup> Véase nota al pie 70.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana es, entonces, un modelo que permite explicar la creación y prevalencia de normas estructurales, orientadas por el DIDH, aplicable para cualquier situación donde precisamente se menoscaben derechos fundamentales bajo el auspicio ya sea del silencio o de la acción del manejo normativo nacional. Además, cabe indicar que la concepción positivista kelseniana, desde la perspectiva del modelo aquí propuesto, no podría solucionar plenamente los conflictos entre normas estimando que la norma superior podría ser anulable por no disponer los extremos normativos del DIDH, pues existe la posibilidad de que esa omisión no signifique una contradicción con tal norma internacional, sino quizá que no alcanzó su espectro de tutela de los derechos humanos. Por último, si se quisiera desarrollar alguna visión reduccionista de la inversión estructural de la pirámide kelseniana desde el lente propio del positivismo, se dejaría de lado uno de los puntos medulares del modelo: la pronta y versátil capacidad de agencia normativa que ofrece directamente a grupos desaventajados.

Corresponde ahora aplicar la inversión estructural de la pirámide kelseniana al problema bajo estudio, el hacinamiento penitenciario en Costa Rica, especialmente la situación de la normativa nacional referente al tope máximo punitivo con relación a lo regulado en el Estatuto de Roma.

ii. Aplicación de la inversión estructural de la pirámide kelseniana al tema del tope máximo punitivo en Costa Rica

Tal y como se ha referido anteriormente, existe una contradicción entre la disposición del artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma y el numeral 51 del Código Penal costarricense, toda vez que el primero, para delitos de extrema gravedad, estipula como tope máximo punitivo un monto de 30 años de prisión, mientras que el segundo regula tal tope en 50 años de cárcel, aun para delitos de lesividad menor. En este sentido, la ley penal mantendría una relación de negación de su superior jerárquica. No obstante, a nivel nacional ha sido considerada respetuosa de los derechos humanos de las personas privadas de libertad<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre de 2001 y, en igual sentido, voto 04522-2009 de las 15:50 horas del 18 de marzo de 2009.

Desde la perspectiva del modelo propuesto, el Estatuto de Roma efectivamente regula hasta **A1** –y, por ende, a toda la columna 1 que constituye la negación de cualquier pena superior a 30 años de prisión–, no obstante, el artículo 51 del Código Penal, primeramente, no trasciende de **B2** y, en segundo lugar, sus alcances niegan los alcances posibles a la columna 1, toda vez que permite un tope máximo punitivo de 50 años de prisión. En este contexto, para coordinar al orden jurídico nacional con el internacional de derechos humanos, sería necesaria alguna norma que bien podría ser infralegal, que prohíba cualquier pena de prisión superior a 30 años, pero una norma de este tipo actualmente no existe en Costa Rica. Pese a ello, sí consta otra cuya aplicación podría ser analizada desde el modelo de inversión piramidal.

En Costa Rica, no existe una ley de ejecución penal, de ahí que lo que deberían ser sus disposiciones se encuentran reguladas en diferentes cuerpos normativos, entre ellos el Código Penal y el Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. En el artículo 64 del Código Penal se consagran los requerimientos para conceder la libertad condicional, dentro de los que destaca que se haya cumplido la mitad de la pena<sup>73</sup>, de tal forma, que en caso de que se aplicase para alguien que estuviera descontando una condena de 50 años de cárcel, en caso de cumplir con los requerimientos podría acceder a tal beneficio a los 25 años de haber ingresado a la prisión. Este beneficio penitenciario, por estar regulado en el Código Penal, posee el mismo rango normativo que lo dispuesto en el numeral 51 del mismo cuerpo legal. Su coexistencia en gran parte se debe a que responden a naturalezas distintas, en el tanto los alcances del citado artículo 51 pretenden que la pena máxima de 50 años de prisión sea un límite al cumplimiento penitenciario sin ningún tipo de beneficios, mientras que la libertad condicional es un beneficio propiamente dicho y, como tal, puede ser revocado<sup>74</sup>. Sin embargo, existe otra norma que de alguna manera es más garantista que las anteriores, el artículo 25 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, cuya aplicación permite que cuando se cumpla el tercio de la pena, se pueda optar por un cambio de modalidad a un sistema semi-institucional, lo

<sup>73</sup> Asamblea Legislativa, *Código Penal...* art. 64.

<sup>74</sup> *Ibidem*, art. 67.

que implica que solamente habría que pernoctar algunas noches por semana en la prisión<sup>75</sup>.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana, por tratarse de un modelo orientado a la promoción y tutela de los derechos humanos consagrados en el derecho internacional, no puede considerar al derecho como un universo en sí mismo, desligándolo de aquello que regula, por ende, considera las situaciones que apremian a los derechos de grupos desaventajados. Para el caso de la situación penitenciaria en Costa Rica esto implica analizar el tema carcelario a la luz de un contexto de hacinamiento y de todos los problemas que el mismo conlleva para las garantías de las personas privadas de libertad. En este sentido, la regulación derivada del artículo 25 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario que permite a la persona egresar previamente de los límites que imponen los muros de la cárcel, podría contravenir al instituto de la libertad condicional, regulado en una norma sustancialmente superior. No obstante, dado un contexto de sobrepoblación penitenciaria, esta norma reglamentaria sería más compatible con otras superiores del orden del DIDH<sup>76</sup> que la disposición que norma la libertad condicional, consecuentemente, la norma reglamentaria debería prevalecer sobre la legal. En este sentido, acorde con el modelo de inversión piramidal, los alcances de la norma reglamentaria llegan hasta **D1**, mientras que los de la legal no trascienden de **C2**.

Si bien la disposición recién referida del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario es más afín con la tutela de los derechos humanos de las personas presas, no se debe a su compatibilidad con

---

75 Este artículo, en lo pertinente estipula que “[l]a valoración técnica podrá incluir recomendaciones ante el Instituto Nacional de Criminología para el cambio de modalidad de custodia y pernoctación, una vez que la persona privada de libertad haya cumplido al menos el primer tercio de la pena total. Si la persona privada de libertad tiene varias sentencias por descontar, el cambio de programa se podrá recomendar hasta que haya cumplido el tercio de la pena total de la última sentencia”. Presidencia de la República y Ministra de Justicia y Gracia, *Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario...* art. 25.

76 Tal es el caso del artículo 10 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o del numeral 5 inciso 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que ambos tutelan la readaptación social como objetivo de las penas privativas de libertad.

el artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma, pues por ser un egreso parcial condicionado de la prisión, no puede implicar la libertad total del privado o privada de libertad. En este sentido, desde la inversión estructural de la pirámide kelseniana, será necesario que alguna organización legitimada dicte una norma que disponga como tope máximo punitivo 30 años de prisión, logrando así alcanzar el espectro de tutela de dicha norma internacional, debiendo luego de ello pasar por un control de supraconstitucionalidad, labor cuyo objetivo será dotar de legitimidad pronta y efectiva a las normas estructurales respectivas, punto último que será analizado en la siguiente sección de este estudio.

### **b. El control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos (control DIDH)**

Para su efectividad, la inversión estructural de la pirámide kelseniana requiere de un órgano de control que, de manera pronta y sin mayor requerimiento de formalidades, vele por la compatibilidad entre las normas estructurales y el DIDH, dotando de legitimidad a tales disposiciones. Este engranaje institucional será abordado en este apartado.

El control de supraconstitucionalidad o control DIDH, encuentra su más próximo antecedente en el control de convencionalidad desarrollado en el caso *Almonacid Arellano* y otros contra Chile, donde la Corte IDH consideró lo siguiente:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que

del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>77</sup>.

En el párrafo recién destacado, la Corte IDH dispuso precisamente un control de compatibilidad de la normativa interna efectuado desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de lo cual, tal y como lo ha indicado Néstor Sagüés, derivan importantes implicaciones, no solamente que “el Pacto está jurídicamente por encima de la Constitución”<sup>78</sup>, sino que además

[...] la norma subconstitucional que efectivice un derecho emergente del Pacto, es jurídicamente válida, aunque colisione con una regla constitucional que impida la vigencia del derecho emergente del Pacto [...] el “control de convencionalidad” se perfila a la postre, en los veredictos que citamos, como un “control de supraconstitucionalidad”<sup>79</sup>.

El enfoque dado al control de convencionalidad, tanto por parte de la Corte IDH como de Sagüés, se centra en el análisis de la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de las interpretaciones que de la misma haya realizado tal tribunal internacional. No obstante, no lleva más allá a las circunstancias que ello plantea, a sus implicaciones para el control de los derechos humanos, lo cual acá se propone desde el control DIDH.

El control DIDH, así como el control de convencionalidad, también implicaría que los tribunales nacionales velasen por la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las interpretaciones que la Corte IDH realice acerca de tal instrumento. No obstante, esta sería una tarea específica de una más amplia, que sería el control de supraconstitucionalidad en sentido estricto, examen realizado únicamente con relación a los derechos humanos por los mismos motivos que la inversión estructural de la pirámide kelseniana solamente se avoca a tal materia. De tal forma, el control DIDH será ejercido igualmente en los sistemas nacionales, pero

<sup>77</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...* párr. 124. En igual sentido, Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú...* párr. 128.

<sup>78</sup> Sagüés, N., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, Año LXXIII, No. 35, 2009, pág. 3.

<sup>79</sup> *Ibidem*, pág. 3.



con relación a los instrumentos internacionales respectivos<sup>80</sup>, teniendo como uno de los parámetros rectores el principio de progresividad, de tal suerte que siempre deberá optar por aplicar como criterio de compatibilidad la norma internacional que más tutele los derechos humanos para la situación sometida a su conocimiento.

Además del control de supraconstitucionalidad en sentido estricto, el control DIDH deberá cumplir otra función medular, la cual no ha sido considerada por el control de convencionalidad: la legitimación de las normas estructurales que pretendan su valor supraconstitucional mediante la aplicación de la inversión estructural de la pirámide kelseniana. Esta labor comprenderá como mínimo la resolución respecto a la compatibilidad de la norma estructural con la norma del derecho internacional. Determinada la compatibilidad, podrá suceder una de las siguientes posibilidades:

1. Que las normas superiores a la norma estructural no sean contrarias a lo dispuesto en la normativa internacional respectiva, sino solamente omisas, es decir, no alcanzaron el espectro de tutela de la norma internacional –columna 1 del modelo de la inversión piramidal–, pero sus disposiciones no vulneran lo dispuesto en ella. En este supuesto, el control DIDH no tendría la obligación de pronunciarse acerca de la compatibilidad del resto del orden jurídico nacional con la normativa internacional correspondiente.
2. Que las normas superiores a la norma estructural sí sean contrarias a lo dispuesto en la normativa internacional respectiva. En este supuesto, el órgano encargado del control DIDH deberá declarar la incompatibilidad de las normas nacionales correspondientes con la normativa internacional del caso, teniendo como consecuencia la anulabilidad de las normas refractarias. Estas normas deberán

---

<sup>80</sup> Tales instrumentos internacionales deberán ser determinados según el ordenamiento interno, de tal manera, el control DIDH mínimo deberá realizarse con base en los instrumentos internacionales en derechos humanos ratificados por el Estado, o bien, como en el caso de Costa Rica, se realizará no solamente con relación a tales normativas, sino también con aquellas que sin haber tenido el trámite de incorporación nacional, fuesen más tutelares de los derechos fundamentales. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, fallo 9685-2000 de las 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000.

declararse nulas para evitar no sólo la posibilidad de coexistencia de resoluciones contradictorias en caso de que otro tribunal conozca el análisis de compatibilidad supraconstitucional de tal disposición, sino también para impedir que tales disposiciones internas legitimen alguna posible violación de derechos humanos.

La consecuencia más importante de la declaración de compatibilidad DIDH, además de la anulación de las normas controvertidas, es la legitimación de la norma estructural, otorgándole así la validez necesaria para exigir su acatamiento.

La organización, vinculación institucional y conformación del órgano que ejerza el control DIDH, deberá determinarse con base en las particularidades normativas y políticas de cada país. No obstante, se intuye que para que su funcionamiento sea lo más transparente posible, quienes le integren deberán ser personas con una imparcialidad intachable, mitigando así que interfieran intereses ajenos al objetivo de tal control.

El control DIDH, podrá ser criticado desde concepciones democráticas que consideren al poder legislativo como detentador de un monopolio en la creación de leyes como ejercicio de una asumida representatividad. También podrá ser censurado por quienes estimen que podría representar un peligro para un orden constitucional o inclusive para la soberanía estatal. No obstante, estas críticas deberán considerar que si la norma estructural deriva directamente de grupos desaventajados, es decir, de grupos integrantes de ese *demos* de la democracia, quizá no representen un peligro para esta última. Así mismo, si la disposición creada cubre ese espectro de tutela de los derechos humanos que el orden jurídico nacional no alcanza o niega, entonces no será enemiga de la Constitución ni de la soberanía estatal, sino colaboradora de uno de los objetivos más nobles de éstas, la protección de los derechos humanos sus destinatarios.

## Conclusiones

Analizados los informes anuales del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura desde 1988 hasta la actualidad, se ha determinado que el hacinamiento penitenciario es un problema para la

mayoría de los Estados parte latinoamericanos, apreciación compartida desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el caso de Costa Rica también se ha detectado el problema de sobrepoblación carcelaria, dificultad que posee más de dos décadas de persistencia, pese a lo cual no solamente no se ha erradicado, sino que se ha maximizado por particularidades como la duplicación del tope máximo punitivo a 50 años de prisión, disposición que contraviene lo normado en el artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma.

Para mitigar situaciones con la recién indicada, debería de existir algún sistema que procure la prevalencia supraconstitucional de normas que, sin importar su rango, sean afines al DIDH, sistema que podría ser logrado mediante la inversión estructural de la pirámide kelseniana y legitimado por un control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos o control DIDH. En Costa Rica, pese a existir normativa reglamentaria que permite un egreso parcial previo de las cárceles y, dado un contexto de hacinamiento penitenciario, más compatible con los derechos de las personas presas, aún no existe alguna norma que compatibilice al orden jurídico patrio con lo establecido en el artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma, resultando imperativo realizar tal disposición. La inversión piramidal constituye una propuesta para la creación de esa norma estructural.