



UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

ESTUDIANTE: ADRIÁN ABARCA GAMBOA

PROYECTO FINAL DE GRADUACIÓN

MANIFESTACIONES DEL EFICIENTISMO PENAL EN LAS CAUSALES PARA LA
IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL
COSTARRICENSE

MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA CON ÉNFASIS EN SEGURIDAD HUMAN

MAYO 2023

Índice

Introducción.....	4
Antecedentes.....	5
Problemática	8
Justificación	11
Objetivos Generales	12
Objetivo Específico.....	12
Estructuración.....	13
Marco teórico	13
Capítulo Primero	13
1.1 Garantismo Penal.....	13
2. Evolución histórica del garantismo.....	16
2.1. Modelos de Control social, la Inquisición.....	16
2.2 El surgimiento del discurso crítico.....	18
2.3 La Ilustración.....	18
3. Eficientismo Penal.....	19
Capítulo segundo La Prisión Preventiva.....	21
1. Definición.....	21
2. Fundamento constitucional para la imposición de la prisión preventiva.....	22
3. Fundamento legal para la imposición de la prisión preventiva.....	23

4. Fundamento supra constitucional para la imposición de la prisión preventiva.....	29
5. Finalidad de la prisión preventiva.....	34
6. Requisitos para la imposición de la prisión preventiva.....	36
7. Análisis de las causales para la imposición de la prisión preventiva, manifestaciones del eficientismo.....	41
7.1 Peligro de fuga.....	43
7.2 Peligro de obstaculización.....	50
7.3 Peligro de continuidad delictiva.....	56
7.4 Peligro para la víctima.....	74
7.5 Causales del numeral 239 bis del Código Procesal Penal.....	77
Capítulo Tercero.....	83
1.Con Control de convencionalidad ¿es posible en nuestro ordenamiento jurídico?..	83
Conclusión.....	91
Bibliografía.....	94

Introducción

La presente investigación pretende analizar las causales del instituto procesal de la prisión preventiva, instituto que es tan controversial como lo es utilizado constantemente en nuestro ordenamiento jurídico. Precisamente al analizar las causales de esta medida cautelar se parte de la existencia del primer requisito absoluto que debe existir en relación a la imposición de cualquier tipo de medida cautelar, la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener de manera razonable la participación del imputado en un hecho delictivo.

Si bien a nivel doctrinario se ha discutido la compatibilidad del principio de presunción de inocencia con la imposición de la prisión preventiva, esta al tratarse precisamente de la privación de libertad de quien aún no ha sido sentenciado, la presente investigación deja de lado esta discusión, por el contrario se enfoca en analizar si las causales de este instituto en nuestro ordenamiento procesal penal son propias de una noción garantista o bien eficientista.

Existen múltiples premisas que permean la prisión preventiva en un Estado de Derecho como el nuestro, uno de ellos y fundamental, la utilización de la prisión preventiva con una finalidad estrictamente procesal. Esta finalidad representa la única viable para encontrar una legitimación válida en un instituto procesal tan perjudicial, sin que la misma se convierta en una mera arbitrariedad por parte del Estado.

La prisión preventiva ha representado generalmente en el Estado moderno la respuesta común ante la noción de inseguridad ciudadana, la regla no la excepción durante la investigación, generando sin lugar a dudas su utilización desmedida y propia de un estado de alarma social. A partir de ello, resulta relevante analizar su utilización en nuestro

ordenamiento procesal penal, propio de un Estado que se jacta de ser protector de los derechos humanos, incluso suscriptor de múltiples instrumentos internacionales en la materia.

Antecedentes

La mayor distinción que podemos encontrar en lo que se entiende como un Estado de Derecho, es la limitación del poder público a las mismas normas del ordenamiento jurídico. El poder del Estado se verá limitado en razón de una serie de garantías y derechos fundamentales que merecen protección y respeto, teniendo particular relevancia el Derecho penal. Este debe representar un progreso en el Estado de Derecho, en el cual el ser humano se encuentra sometido a la ley pero en el igual sentido, la misma ley limita y funciona de contralora en la intervención estatal, evitando de esta forma injerencias desmedidas, arbitrarias o ilegítimas de la autoridad pública.

Esta noción de protección de garantías aparece a través del liberalismo de finales del siglo XVIII con grandes pioneros, entre estos Cesare Beccaria, pensador distinguido que comenzó a plantear la necesidad de procurar limitar la acción del Estado en relación a las conductas del ser humano. Este pensador tenía como uno de sus postulados máximos la imperante necesidad que debía tener toda pena, de lo contrario no sería más que una manifestación de tiranía. Con ello se justificó la potestad del soberano en penar los delitos con fundamento en la necesidad de proteger la salud pública (Beccaria, 2011). De manera preponderante contribuye también la Ilustración, movimiento europeo-continental, como el liberalismo de las colonias inglesas de América del Norte, influyendo en la aparición de constituciones escritas como lo fue la de Estados Unidos.

En relación a la aparición de esta línea de pensamiento, se puede citar el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, mismo que estableció la necesidad de contar con un procedimiento judicial previo y una decisión judicial emanada de este para justificar la detención del ser humano, precisamente este procedimiento culminaba con una decisión en la cual se determinaba la condena o absolución del investigado, aceptándose la detención preventiva (Maier, 2015). Debe destacarse que la prisión mantenía para el siglo XVII una función cautelar y de custodia, es propiamente con la Revolución Francesa que adquiere la función de pena en el siglo XVIII (Maier, 2015; Maier, 2015).

El cambio de postura en relación a la necesidad de limitar el poder del Estado y brindar garantías procesales y sustantivas nunca dejará de ser un tema controvertido, un claro ejemplo de ello radica en relación a la prisión preventiva. Este instituto procesal, visto como la privación de libertad del ser humano aún y cuando no existe una sentencia condenatoria firme en su contra, nunca ha dejado de ser un tema controvertido, máxime que es sencillo afirmar, que tanto la privación de libertad como medida cautelar, como la que se deriva del descuento de una sentencia condenatoria en firme, poseen efectos similares, no sólo en quien la sufre, sino también de su familia.

Si de analizar las consecuencias de la prisión preventiva se trata, resulta necesario citar a Francisco Muñoz Conde y Víctor Morena Catena, los cuales establecen:

"Especialmente críticos frente a la prisión provisional son los penitenciarios que alegan diversas razones en contra de la institución:

1. La prisión provisional no permite llevar a cabo un labor re socializadora, ya que jurídicamente está vedada cualquier intervención sobre el aún condenado.

2. La prisión provisional implica un grave peligro de contagio criminal, ya que obliga al preventivo a vivir con los ya condenados , o por lo menos, en sus mismas condiciones.
3. La prisión provisional aumenta la población reclusa con las consecuencias de hacinamiento, más costos de las instituciones penitenciarias, necesidad de más personal de vigilancia, etc.
4. La prisión provisional es tan estigmatizante como la pena misma. (Rodríguez, 2010)."

De igual manera , Concepción Arenal, en 1877 estableció:

"Imponer a un hombre una pena grave, como es la privación de libertad, es una mancha en su hora, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia. Si a esto se añade que deja á la familia en el abandono, acaso en la miseria; que la cárcel es un lugar sin condiciones higiénicas donde carece de lo preciso para el vestido y sustento; donde, si no es muy fuerte, pierde la salud; donde si enferma, no tiene conveniente asistencia y puede llegar a carecer cama; donde, confundido con el vicio y el crimen, espera una justicia que no llega, ó llega tarde para salvar su cuerpo y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y probado puede legitimar su uso, y hay abuso siempre que aplica sin ser necesario y que no se ponen los medios para saber hasta dónde lo es (Rodríguez, 2010).

De manera preliminar resulta sencillo concluir la complejidad que conlleva este instituto, partiendo de la atalaya política de un Estado de Derecho, la justificación y legitimación de la privación de libertad de quien aún no se puede refutar como inocente, requiere de una argumentación bastante rigurosa para justificar su existencia.

El autor Javier Llobet afirma que la prisión preventiva y presunción de inocencia no pueden estimarse como incompatibles, aunque parezca difícil de comprender por implicar la detención de quien mantiene incólume esta presunción. Es precisamente por esto, que a nivel de doctrina latinoamericana y alemana se ha aceptado y justificado la aplicación de la prisión preventiva a través del distintivo en la finalidad que busca, aceptándose su utilización con una estrictamente procesal. Jamás podrá justificarse entonces, desde la perspectiva de un Estado de Derecho, la utilización de la prisión preventiva que radique en fines preventivos generales o preventivo especiales.

Vemos entonces, que al hablarse de una finalidad estrictamente procesal, sin lugar a dudas nos genera la interrogante y necesidad de analizar como se justifica su utilización en el ordenamiento jurídico costarricense.

Problemática

A nivel histórico ha existido una pugna entre un derecho penal garantista y uno efficientista, vestigios de ambas posturas se traducen constantemente en la actividad legislativa, con una especie de ida y vuelta en relación a ambas. La prisión preventiva no ha escapado de esta pugna, por el contrario se afirma, se encuentra íntimamente relacionada con el régimen político que existe dentro de un Estado. Mientras los regímenes autoritarios se manifiestan a través de la posibilidad desmedida de la utilización de este instituto procesal, en regímenes de corte democrático existen limitaciones en relación a su utilización con base a principios propios de un Estado Derecho, como lo es el apego a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad.

Aunque antagónicas como se indicó, es común que reformas procesales garantistas sean precedidas por otras de carácter autoritario, mismas que después son sucedidas por

posturas nuevamente de estilo garantista, y de esta manera se mantiene una especie de ciclo constante, siempre inmerso dentro de la connotación política que representa la prisión preventiva dentro de un Estado (Maier, 2015).

Es importante analizar el concepto de seguridad humana, no sin antes tomar en cuenta la evolución histórica de este término. En sus inicios, de previo a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, el concepto se desarrolló en torno a la soberanía estatal, se centraba en la necesidad de garantizar la estabilidad política, integridad territorial de los estados, los arreglos militares y todo lo relativo a las defensa y actividades financieras y económicas en relación a este tema. Posteriormente se dio una transición del término en relación a un antropocentrismo, en la cual el Estado perdió protagonismo, para cedérselo al ser humano. Ejemplo de ello fue la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, misma que promulgó la transcendencia del ser humano, proclamó como "la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Se dio una re conceptualización del termino, fundamentado no en la soberanía del Estado, sino más bien en la búsqueda de procurar en el ciudadano la libertad del miedo, de la necesidad o de la miseria.

Un punto trascendental en relación a la evolución de este concepto fue el Informe sobre Desarrollo Humano de 1994, mismo que establece "...la seguridad humana no significa ya contar con salvaguardias cuidadosamente erigidas contra la amenaza de un holocausto nuclear, una probabilidad que se ha reducido grandemente al terminar la guerra fría. En cambio, significa responder a la amenaza de la pobreza mundial que atraviesa las fronteras internacionales en forma de estupefacientes, VIH/SIDA, cambio climático, migración ilegal y terrorismo. Este mismo Informe establece: "En primer lugar, significa seguridad contra

amenazas crónicas como el hambre, la enfermedad y la represión. Y en segundo lugar, significa protección contra alteraciones súbitas y dolorosas de la vida cotidiana, ya sea en el hogar, en el empleo o en la comunidad” (PNUD, 1994).

Es claro como evoluciono el enfoque de la seguridad humana, fijando su visión en el ser humano. Existen en la actualidad dos nociones en relación al termino, una más amplia que la otra. Por un lado existe una noción reducida de este concepto en el cual se parte del término *freedom from fear*, mismo que procura la protección del ser humano frente a la fuerza y violencia; mientras que desde otra óptica más amplia se parte del *freedom from want*, misma que denota la seguridad humana desde la perspectiva de enfrentar las amenazas contra la vida y dignidad humana, entre ello frente a la pobreza, crimen organizado, enfermedades infecciosas como el SIDA, drogas, entre otras.

En relación a esta transición y ampliación del termino seguridad humana, existe en la actualidad, un Derecho penal orientado a la prevención de riesgos, aspecto que ha influido en el Derecho procesal penal; al respecto Ernst Beiling afirmó, que el Derecho procesal penal es sirviente o si se quiere, políticamente dependiente del Derecho penal. En una sociedad que se convirtió en una exposición constante y creciente a nuevos riesgos, ha surgido también un nuevo Derecho procesal penal, orientado hacia el futuro y a la protección de riesgos. Este aspecto sin lugar a dudas ha influido en la prisión preventiva, generando la duda de si realmente tiene una connotación estrictamente procesal o si por el contrario, desde una noción eficientista, es un instituto que en la actualidad paso de ser de carácter procesal, a uno de carácter preventiva (Chavarría, 2009). En este sentido, el autor Walter Antillón indicó: “la tendencia a socavar las garantías procesales que hoy muestran los gobiernos oligárquicos con la ayuda de los grandes medios de comunicación de masas, es una de las múltiples

consecuencias de la nueva fase del capitalismo globalizado que estamos viviendo (Maier, 2015).”

Justificación

Es notable la legitimación que desde un Estado de Derecho se le puede otorgar a la prisión preventiva, al respecto podemos citar el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, en el cual la Corte Interamericana de Derecho Humanos estableció la necesidad de encontrar una finalidad en las medidas cautelares impuestas dentro de un proceso penal, compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos. Para ello encuentra la Corte Interamericana, una justificación estrictamente procesal en las medidas, respetando además de esto el principio de proporcionalidad. Resalta la Corte en esta resolución, como la restricción a la libertad del individuo alejada de esta noción conlleva una privación de libertad arbitraria y violatoria del artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin lugar a dudas, la prisión preventiva tiene una finalidad estrictamente procesal, con ello surge la interrogante: ¿existe dentro del ordenamiento jurídico procesal penal costarricense, la utilización de la prisión preventiva con una finalidad estrictamente procesal? En un país como el nuestro, el cual se cataloga como democrático de derecho y cuyo estandarte implica el respecto a los derechos humanos la respuesta debería ser sencilla, encontrar en la medidas cautelares de nuestro ordenamiento procesal penal, una finalidad estrictamente procesal, propia de una noción garantista y conteste con la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos de carácter internacional que versan sobre la materia.

Precisamente al responder la interrogante planteada se abocará el presente trabajo de investigación, determinar a la luz de nuestra normativa procesal si existe una verdadera noción garantista en relación a este instituto procesal, o si por el contrario, su utilización representa vestigios de un derecho procesal penal eficientista. En caso de que lamentablemente la respuesta no sea positiva, de que se encuentre un derecho procesal penal de corte punitivista en nuestro ordenamiento, será necesario proponer soluciones a esta situación.

Objetivo General

Determinar si existen vestigios del derecho procesal penal eficientista en las causales de prisión preventiva del ordenamiento procesal penal costarricense.

Objetivo Específicos

1. Abordar de manera introductoria las nociones de garantismo penal y eficientismo penal.
3. Analizar las causales de los artículos 239 y 239 bis del Código Procesal Penal de Costa Rica.
3. Abordar algunos de los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la prisión preventiva.
5. Analizar la posibilidad de que exista un control de convencionalidad en Costa Rica según los criterios de la CIDH y la Corte IDH.

Estructuración

La presente investigación se desarrolla en tres capítulos distintos, el primero en un inicio versa sobre el garantismo penal, distintos aspectos en relación a su definición, además de analizar tres aspectos históricos relevantes en relación a su evolución.

Posteriormente se procura brindar una definición del termino “eficientismo penal”: esto en relación a tener una posibilidad clara de contestar la interrogante de la presente investigación: ¿existen vestigios del eficientismo penal en las causales de prisión preventiva en Costa Rica?

En el capítulo segundo se analiza el concepto, fundamento constitucional y supra constitucional para la procedencia de esta medida cautelar y cada una de las causales establecidas en nuestro Código Procesal Penal en relación a la interrogante planteada.

Para finalizar, se analiza en último capítulo la posibilidad de que en el país se aplique un control de convencionalidad, tomando en cuenta algunos de los criterios emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Marco Teórico

Capítulo Primero

1. Garantismo Penal

Surge como modelo de derecho penal entre los siglos XVIII y XIX, impulsado por la ilustración (Maier, 2015). Procura la protección de derechos y garantías de todos los ciudadanos a través de límites establecidos al poder del Estado, basado en la necesidad de limitar el poder punitivo de la autoridad pública. Evidentemente esta necesidad de otorgar garantías al ser humano posee relevancia en el tanto existe una organización de poder que regula la convivencia social, precisamente por este se remonta su origen al siglo XVIII, con

la afirmación del Estado moderno bajo un esquema contractualista (Chavarría, 2009). El garantismo es propio del Estado Social y de Derecho, con una noción de un derecho penal mínimo en el cual la intervención del Estado y su *ius puniendi* se ve utilizado en la menor medida posible, siempre y cuando se necesite tutelar los bienes jurídicos indispensables de la sociedad.

Tal como lo señala Rúben Hernández, lo que caracteriza un Sistema Democrático moderno, es el pleno respeto de la libertad, esto por medio del reconocimiento de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (Hernández R. , 1990). Este modelo surgió como una crítica a la situación que existía para ese momento entre los individuos y la autoridad punitiva, resultando en un modelo no se encuentra de acuerdo con la delincuencia o inseguridad ciudadana, pero procura combatirla bajo un margen de respeto de los derechos y garantías de los y las administradas (Hernández R. , 1990).

Distintos autores han brindado definiciones al respecto, entre ellos Seall Sasiain al señalar que “es el movimiento o escuela del derecho constitucional, penal y procesal penal que brega por asegurar la más amplia y efectiva observancia de toda norma, derecho, exención, garantía o principio en defensa de la persona y de su dignidad frente al estado y frente a terceros, en todos sus posibles roles: como ciudadano, administrado, arrestado, detenido, sumariado, imputado, procesado, acusado, condenado, etc (Hernández R. , 1990). Esta definición establece como la normativa se observa en función a la defensa del ciudadano frente al Estado.

En un sentido más teleológico, Sotomayor expresa que el garantismo es “un modelo de derecho penal liberal, esto es, de un derecho penal cuya legitimidad depende no de la mera consecución de determinados fines sino de la consecución de dichos fines de conformidad

con ciertas reglas, de cuya observancia depende la admisibilidad del recurso a la herramienta penal.”

Pretende el garantismo tutelar los derechos y garantías de los ciudadanos pero existiendo al mismo tiempo una serie de límites al poder sancionador del Estado; de esta forma se evita abusos y arbitrariedades por parte de este. Al respecto se ha afirmado que es acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho, legitimado a través de la misma limitación que le brinda la Constitución. Precisamente por esto se le ha vinculado con la constitucionalización del derecho. Carpizo ha señalado que “ el constitucionalismo moderno aspiró, desde su primer hora, a un poder limitado. La limitación del poder no es capaz de asumir otro sentido más que el de salvar la libertad y los derechos, por eso el poder limitado es el único compatible con la democracia, en el tanto el poder sin límites responde a la actualidad tipología de los totalitarismos (Hernández, 2018).

Al hablar de garantismo es necesario mencionar al jurista Luigi Ferrajoli, principal impulsor de esta a través de su publicación en su libro “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”. En esta obra el autor destaca como el garantismo representa un modelo normativo de derecho de estricta legalidad, propio del Estado de Derecho, mismo que se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, con una técnica de tutela en la cual se minimiza la violencia y se maximiza la libertad.

El garantismo representa una ideología que informa al derecho penal moderno, cuyo desarrollo histórico se puede afirmar, se ve influenciado por momentos históricos en específico, mismos que se analizaran a continuación.

2. Evolución histórica del garantismo

2.1. Modelos de Control social, la Inquisición

Uno de los principales medios de control social sin duda alguna lo representa la utilización del poder punitivo, mismo que ante cualquier acción considerada como lesiva a nivel social, legítima la imposición de una sanción para quien comete la falta. Precisamente la imposición esta sanción se ha realizado a través de procedimientos que han evolucionado a lo largo de la historia, influenciados por la ideología de la organización política en que se utilizan. La imposición de una sanción adquiere relevancia, siempre y cuando se trate de regular las conductas humanas en una estructura organizada.

Como se adelantó, el garantismo surgió como una crítica el modelo que existía para ese momento, el Inquisitivo. No es posible concebir el origen del garantismo, sus cimientos, sin primero analizar este modelo de corte represivo.

Durante la Edad Antigua, la religión, los usos y costumbre, el mismo Derecho aunque primitivo, no tenían mayor diferenciación en los cuerpos normativos, precisamente por ello podría encontrarse la presencia de normas junto a referencias teocráticas, ejemplo de ello el Código Hammurabi o bien los textos hebreos en libros bíblicos del Pentateuco. Más allá de esto, de las distintas fuentes de sistemas normativos que existieron para esa época y la confusión entre estos, de manera organizada tal como lo conocemos en la actualidad, se puede afirmar que el poder punitivo se instala en el siglo XII, con mayor precisión en el siglo XIII (Chavarría, 2009).

Este surge precisamente a través de la confiscación que existió para ese momento del conflicto a las víctimas para trasladarlo a los señores feudales, a estos se les otorgó legislación compuesta por normativa romana para justificar su intervención y erradicar el sistema de

autotela que existía para la época, como sucedía con los duelos o las ordalías de Dios (Zaffaroni, 2006).

Con el transcurso del tiempo se instauraron una serie de cuerpos normativos de aplicación generalizada, existiendo una especie de alianza entre las autoridades políticas y eclesiásticas, desplazando a la víctima del centro del conflicto. Bajo este contexto aparece la Inquisición, misma que se concentró en reprimir lo que se consideraba como herejía. Los distintos reinos de la Edad, le otorgaron plena legitimación para la aplicación del poder punitivo a la Iglesia Católica Romana, misma que a través de la autoridad papal controló la Inquisición. A través de esta alianza que existió entre la Iglesia y la organización política del momento, se fortaleció el poder de quienes ostentaban una situación de privilegio para el momento, los reyes y pontífices. En el siglo XV el poder eclesiástico encontró necesario controlar, legitimar y organizar el procedimiento Inquisitivo, momento para el cual surge la obra *Malleus Malleficarum*, de los dominicos Heinrich Kraemer y James Sprenger. A través de este manual, el cual representó el de mayor popularidad entre las autoridades papales, se legitimo la muerte de más de setenta mil personas, en su mayoría mujeres por la persecución de la época a la brujería (Chavarría, 2009).

La limitación a la autotutela de la época, la instauración y desarrollo de la Inquisición marcaron el inicio y aplicación del poder punitivo, sin que sea posible olvidar como las nociones inquisitivas de la época legitimaron atrocidades irracionales como la persecución no tanto de las conductas lesivas a nivel social, sino más bien una ideología, un discurso de emergencia y peligro del cual era necesario erradicar fundamentalmente a ciertos tipos de personas, no tanto las conductas que estos cometían.

2.2 El surgimiento de un discurso crítico

El origen de un discurso crítico a la Inquisición, surge precisamente como reacción a la obra antes referida, el *Malleus Malleficarum*. Este discurso se le atribuye al clérigo Friedrich Spee von Langenfeld, mismo que a través de su obra *Cautio Criminalis* de 1631, planteo una crítica al conocido Martillo de las Brujas. Precisamente al ser una obra de un clérigo conocía a cabalidad la aplicación del procedimiento inquisitivo, el cual centro su libro en la ausencia de garantías del proceso criminal. Planteó en su obra 52 interrogantes en relación al procedimiento, de resaltar como en la número diecisiete hace referencia a la necesidad de que toda mujer acusada de brujería contará con la presentación de un profesional en Derecho. De igual manera cuestionó y resaltó el peligro de obtener una confesión a través de la tortura (Chavarría, 2009).

2.3 La Ilustración

Se ubica su nacimiento en el siglo XVIII, período en el cual el ser humano paso a ser el centro de atención, esto se relacionó con otros movimientos del momento como el Racionalismo, Enciclopedismo, Liberalismo, Empirismo y Contractualismo, así como la Revolución Francesa, Industrial y la lucha de las Trece Colonias Británicas de América (Chavarría, 2009).

No es posible hablar de la Ilustración dejando de lado la obra de Cessare Beccaria “De los Delitos y de las Penas”, considerado como el emblema del Iluminismo del siglo XVIII. Este afirmó, partiendo del contrato social postulado por Rousseau, la existencia de un acuerdo ente los hombres, mismo que nacían libres, y que al formar parte de la sociedad ostentaban el respeto a sus derechos. A raíz de la existencia de este pacto social es que el soberano se convierte en depositario y administrador de los espacios de libertad cedidos por

el hombre, siendo permitida la aplicación del poder punitivo siempre cuando se utilice para conservar la salud pública. En relación a la regulación de la utilización de este poder punitivo por parte del Estado, Beccaria plantea una serie de exigencias como es la necesidad de contar con un juez natural, la necesidad de que exista legalidad del delito o bien de la pena (Beccaria, 2011).

Surgió un discurso de garantías visto como mecanismo de protección frente al poder del Estado, el cual asociado a la promulgación de textos y normas de corte garantista, implicó el paso de un discurso crítico a uno liberal mediante el cual se limitó el poder estatal. Esta transición se acentuó con la promulgación de constituciones escritas, mismas que a la postre implicarían el surgimiento del Estado de Derecho (Chavarría, 2009).

3. Eficientismo Penal

3.1 Concepto

Se debe partir de la premisa de que no existe en realidad una definición unívoca de lo que representa el eficientismo en el derecho penal, en realidad como muchos conceptos jurídicos, resulta difícil encontrar unidad de criterios, máxime si trata de definiciones terminológicas. Este suele ser asociado a otros conceptos, algunos lo relacionan con el funcionalismo de la dogmática penal alemana, otros con una expansión del Derecho Penal, mismo que conlleva la disminución de garantías o bien se le vincula al concepto de “Derecho penal del enemigo”, en igual sentido se ha considerado que corresponde al concepto de “seguridad ciudadana que informa la política criminal contemporánea (Chavarría, 2009).

Ahora bien resulta importante en búsqueda de encontrar un concepto, enfocarnos en su construcción gramatical. La palabra eficacia se define, según la Real Academia Española

como la: “ 1. f. Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.”. Con esto vemos como conlleva una connotación enfocada en la concreción de los fines propuestos, la búsqueda de la realización de los resultados esperados por parte del derecho penal. Estos resultados a todas luces se ven influenciados por un aspecto meramente político, con influencias de los distintos poderes del Estado, y la ideología que impere para el momento.

El sistema penal se ve inmerso en los objetivos políticos que rigen una sociedad, siempre con la expectativa de que se cumpla con su cometido. Muchas veces existe un fracaso en el cumplimiento de estos, implicando que exista un señalamiento al ordenamiento penal como ineficiente e incapaz. Es común que la opinión pública adquiera peso en ese punto, generando una respuesta del Estado en la que se procura brindar una respuesta rápida.

En vista de lo anterior, representa una noción eficientista del derecho penal, aquella noción ideológica en la cual el proceso penal procura la concreción de los fines establecidos a nivel político, sin importar para ello los medios empleados.

Partiendo de la literalidad de la noción de eficiencia, se alude con este a la idea de que se materialicen como hechos, las consecuencias deseadas y esperadas del derecho penal. Se procura con el derecho penal los resultados ya previamente establecidos, existiendo doctrinas como las antes mencionadas, que justifican una ideología como esta.

Nos encontramos en el tiempo moderno con una sociedad que mantiene una noción de riesgos, donde impera no como una excepción sino más bien como la regla, la existencia de un estado de emergencia permanente. A partir de esta noción, se procura contar con cuerpos legales flexibles, en los cuales lo que importa es alcanzar la eficacia, sin importar para ellos los medios utilizados, un aspecto totalmente contraria a una noción garantista del derecho penal. Precisamente la prisión preventiva no escapa de esta noción, es utilizada en

gran medida para garantizar la seguridad ciudadana y cumplir con esa expectativa a nivel social de contar con un derecho penal eficaz, existiendo la posibilidad de que se aparte de los postulados propios de un Estado de Derecho. Generalmente a través de un populismo punitivo existe una noción de considerar la prisión preventiva no como la medida cautelar de supremacía excepcional, sino más bien como la más eficaz para combatir la criminalidad, implicando que se olvide realmente la finalidad procesal que esta posee.

A través de la presente investigación, se analizan las causales para la procedencia de esta medida cautelar en nuestro ordenamiento jurídico, verificando si existe o no vestigios de un derecho procesal penal eficientista en nuestro país.

Capítulo Segundo. La prisión preventiva

1. Definición

Corresponde en principio definir el instituto procesal bajo análisis dentro de la presente investigación, la prisión preventiva. No existe controversia en relación a su definición, implica la privación de libertad en perjuicio de quien no puede considerarse como culpable, siendo que no existe una sentencia condenatoria en firme dictada en su contra. El autor Javier Llobet agrega a esta definición, que se encuentra basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio, la ejecución de una eventual sentencia, o bien en el peligro de que obstaculice la averiguación de la verdad, en concreto este autor señala:

“... la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o para evitar la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad” (Rodríguez, 2010).

2. Fundamento constitucional para la imposición de la prisión preventiva

Según señala el autor Javier Llobet (Rodríguez, 2010), se ha reconocido como fundamento constitucional el artículo 37 de la Constitución Política, el cual indica:

“ARTÍCULO 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y si se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.”

3. Fundamento legal para la imposición de la prisión preventiva

En el Libro IV de nuestro Código Procesal Penal se regula el tema de las medidas cautelares dentro de nuestro ordenamiento jurídico, clasificando estas en dos grandes apartados, las de carácter real y las de tipo personal. Es a partir del numeral 235 y hasta el 262 del Código Procesal Penal que se regulan estas últimas, contemplando en lo sucesivo la que nos interesa, la prisión preventiva.

Los derechos fundamentales pueden verse limitados, aspecto que fundamentalmente sucede producto de un proceso penal. Precisamente por esto gran parte de las limitaciones a derechos fundamentales se encuentran reguladas en nuestro Código Procesal Penal, si bien nuestra Constitución Política regula aspectos como la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la libertad personal y de tránsito, la privacidad de las comunicaciones, entre otros, frente a ello, prevé nuestra normativa la facultad de limitar estos derechos a través de diligencias procesales como lo puede ser una orden de allanamiento o bien, a través directamente de la imposición de medidas cautelares. Medidas que impone el Estado de manera coercitiva ante el cumplimiento de ciertos presupuestos. (Rodríguez, Proceso penal comentado, 2022)

Si bien existe una clasificación dual de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento, la misma resulta en insuficiente, existiendo a nivel doctrinario la siguiente clasificación (Rodríguez, Proceso penal comentado, 2022):

- A. Medidas que afectan la libertad personal
- B. Medidas que afectan la integridad personal
- C. Medidas que afectan el derecho a la propiedad
- D. Medidas que afectan la intimidad
- E. Medidas que afectan el secreto postal y de las comunicaciones
- F. Medidas que afectan el derecho profesional

Ahora bien, es propiamente el numeral 239 del Código Procesal Penal en que se establecen los presupuestos para la aplicación de la prisión preventiva:

“ ARTICULO 239.-Procedencia de la prisión preventiva. El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.

c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.

d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos previstos de la Ley 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de 25 de abril de 2007, así como otros delitos donde la persona investigada mantiene o haya mantenido con la víctima una relación o vínculo de pareja, sea matrimonial, unión de hecho, noviazgo, convivencia, de no convivencia, casual u otra análoga, aun cuando medie divorcio, separación o ruptura, así como cuando medie alguno de los supuestos contemplados en el artículo 2:1 bis de la Ley 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de 25 de abril de 2007.

(Así adicionado el inciso anterior mediante el artículo 45 de la Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres, N° 8589 del 25 de abril del 2007)

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 2° de la Ley para establecer el femicidio ampliado, N° 10022 del 23 de agosto de 2021)”

Además de este numeral, el artículo 239 bis, en un artículo bastante controvertido que se analizará más adelante, establece:

“Artículo 239 bis.- Otras causales de prisión preventiva

Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política:

a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos.

c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.

d) Se trate de delincuencia organizada.

(Así adicionado por el artículo 17 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, N.º 8720 de 4 de marzo de 2009). “

Según se denota de lo último transcrito, el numeral 239 bis se incorporo mediante la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal del 4 de marzo de 2009, este artículo en realidad representa como la víctima ha asumido un papel de piedra angular en la formulación de normativa para la imposición de la prisión preventiva, representando un cuestionamiento bastante valido, si existe o no una naturaleza procesal en las causales del numeral antes transcrito.

En relación a la normativa que regula el proceder una vez impuesta la prisión preventiva, deben resaltarse los numerales 253, 254 y 257 del Código Procesal Penal, los cuales establecen:

“ARTICULO 253.-

Revisión de la prisión preventiva Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó. Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del

régimen disciplinario cuando corresponda. Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior. Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él.

“

De este artículo debe señalarse como menciona la facultad que posee el legislador de valorar como fundamentó para el mantenimiento de esta medida cautelar la “peligrosidad del imputado“, representando un claro ejemplo de un derecho penal de autor, una clara violación al principio de presunción de inocencia en la cual dejando de lado este, y la finalidad estrictamente procesal de la prisión preventiva, priva un derecho procesal penal eficientista. A pesar de existir un estado de inocencia, el cual de ninguna forma se relativiza con la existencia de una causa en su contra, el legislador faculta al juzgador valorar la condiciones personales del supuesto autor del hecho delictivo, apartarse de esa noción imperante de que aún no puede señalarse como autor de un hecho delictivo y partir de la prueba incriminatoria que exist en su contra, un aspecto propio de la imposición de cualquier tipo de medida cautelar.

“ARTICULO 254.-

Revisión, sustitución, modificación y cancelación de las medidas Salvo lo dispuesto en el

artículo anterior, el tribunal, aun de oficio y en cualquier estado del procedimiento, por resolución fundada revisará, sustituirá, modificará o cancelará la procedencia de las medidas cautelares y las circunstancias de su imposición, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, cuando así se requiera por haber variado las condiciones que justificaron su imposición. Si la caución rendida es de carácter real y es sustituida por otra, será cancelada y los bienes afectados serán devueltos.“

Precisamente atiendo a la finalidad procesal de las medidas cautelares, las condiciones que imperaron al momento de imponer una medida, sea la prisión preventiva u otras pueden varias durante el procedimiento, de ahí la posibilidad de que la medida cautelar sea modificada, sustituida o cancelada. Este cambio evidentemente puede ser tanto en beneficio como en perjuicio del imputado, dependerá de lo que motive la necesidad de modificar la medida cautelar existente.

“ARTICULO 257.-

Cesación de la prisión preventiva La privación de libertad finalizará:

a) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida, aun antes de que transcurran tres meses de haberse decretado.

b) Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada.

c) Cuando su duración exceda de doce meses. “

Este artículo refiere aspectos trascendentales en relación con esta medida cautelar. La primera de ellas el carácter dinámico que posee el análisis del indicio de probabilidad dentro de una causa. El inciso a) hace referencia a la posibilidad que existe de que nuevos elementos de juicio impliquen una modificación de las condiciones que en principio imperaron para que procediera esta medida cautelar. De igual forma el inciso b) tiene alusión un principio fundamental en torno al análisis de las medidas cautelares, el respeto al principio de proporcionalidad.

4. Fundamento supra constitucional de la prisión preventiva

En razón del principio “pro homine” estipulado en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Sala Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad que existe en nuestro país, ha reconocido que los instrumentos que conforman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no solamente tienen un valor similar a la Constitución, sino que además, pueden tener un valor superior en el tanto otorgue mayores derechos o garantías con respecto a la norma constitucional.

En razón de ello los tratados internacionales pueden tener un valor supra constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, al respecto existe senda jurisprudencia de

vieja data de la Sala Constitucional que así lo establece. En este sentido se puede señalar el voto 02313-1995, el cual indica:

“Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un 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”

En relación al principio pro homine o pro persona, Mónica Pinto ha indicado: “ es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente a la norma o la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre” (Pinto, 2016).

Este principio en particular se encuentra regulado en el artículo 29, inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se establece como ninguna disposición de este instrumento internacional puede ser interpretado con el fin de: “ limitar el goce y disposición de ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes en cualquiera de los Estados Partes, o de acuerdo con otra

convención en que sea parte uno de dichos Estados (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi Vs Nicaragua , 2001).

De igual manera resulta importante destacar en relación a este principio, la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 presentada por el Estado de Costa Rica, misma que en relación a la igualdad e identidad de género y no discriminación de parejas del mismo sexo establece:

“57. Es en este sentido que la Convención prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

En razón de lo anterior, resulta indiscutible la importancia que posee el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos en relación al análisis de la prisión preventiva, resultando en fuente normativa cuyo valor deviene en superlativo. En nuestro continente resultan trascendentales dos instrumentos en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratado de la Organización de las Naciones Unidas.

Fundamentalmente deben destacarse en relación al instituto procesal bajo análisis dos artículos; de la Convención Americana el numeral 7 indica:

“Artículo 7 Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad, tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza. Dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios. ”

En relación al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 establece:

“Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”

Ambos artículos poseen similitudes, siendo que el borrador de la Convención Americana fue elaborado por el Comité Jurídico Interamericano en 1985, tomando como

antecedente el borrador del Pacto de la ONU, elaborado a principios de los años 50 por la Comisión de Derechos Humanos de este (Rodríguez J. L., 2018).

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos representan fuente de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ende, resultan trascendentales en relación al análisis de la prisión preventiva, máxime con el carácter supra constitucional que estas pueden llegar a tener, más adelante se analizarán.

5. Finalidad de la prisión preventiva en el proceso penal

No existe en realidad controversia a nivel doctrinario al menos, en relación a la finalidad estrictamente procesal de las medidas de carácter personal impuestas dentro del proceso penal, entre ellas la más grave de todas, la prisión preventiva. Lo anterior representa, que esta medida cautelar de carácter excepcional, únicamente pueda fundarse en riesgos meramente procesales, como es el peligro de que el encartado se fugue del proceso, o bien, obstaculice la averiguación de la verdad real de los hechos (Rodríguez J. L., La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales), 2010).

Al respecto resulta de importancia transcribir criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros, activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, en sentencia del 29 de mayo de 2014, en esta se establece:

“312. De conformidad con lo indicado, no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria, lo cual implica que la ley y su aplicación deben respetar los requisitos siguientes: a) Finalidad compatible con la Convención: la finalidad de las medidas

que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención (supra párra. 311.

a). La Corte ha indicado que la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-henerales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar (...) en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia,. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputado o son, por sí mismo, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. b) Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir el fin perseguido. c) Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito (supra párr. 311.b), la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos procesos penales. d) Proporcionalidad: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida (...)"

Es claro según se transcribe del voto antes referido, que atendiendo a la Convención Americana de Derechos Humanos, la prisión preventiva conlleva como se indicó en una medida de carácter estrictamente procesal, ni siquiera preventivo y mucho menos punitivo.

Partiendo de esta premisa, la prisión preventiva únicamente podrá imponerse para garantizar el sometimiento de quien es investigado al proceso o bien, por temor de que este afecte la investigación en relación al delito.

6. Requisitos para la imposición de la prisión preventiva

A nivel doctrinario y jurisprudencial se han delimitado los requisitos materiales para la procedencia de la prisión preventiva en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo establece el numeral 239 del Código Procesal Penal, en tres (Rodríguez J. L., Proceso penal comentado, 2022):

- a) Sospecha suficiente de culpabilidad
- b) Existencia de una causal de prisión preventiva
- c) Respeto al principio de proporcionalidad

De estos tres requisitos, el único no establecido al menos literalmente es el respeto al principio de proporcionalidad, sin embargo, con la necesidad establecida en la norma de que la conducta típica sea sancionada con pena de prisión, la Sala Constitucional ha establecido la necesidad de respetar este (Rodríguez, 2010).

En este sentido el voto de la Sala Constitucional 02216-2003, de las 15: 55 horas del 18 de marzo de 2003 establece:

“El recurrente señala que el Tribunal Penal de Heredia confirmó la detención ordenada en contra del amparado Gutiérrez Ramírez, lo que estima ilegítimo, por cuanto no existe indicio comprobado que venga a determinar la participación del amparado en el hecho que se le atribuye, siendo las sospechas son indeterminadas e inciertas, razón por la que estima que el amparado se encuentra privado de libertad de forma ilegítima.

Sin embargo, esta Sala ya ha tenido oportunidad de analizar dichos reclamos, en virtud de un recurso de hábeas corpus anterior, interpuesto a favor del mismo recurrente y contra el Juzgado Penal de Heredia, en que se alegaba que la medida cautelar de prisión preventiva impuesta a éste era ilegal. Dicho amparo se tramitó en el expediente número 02-013426-0007-CO, el cual se rechazó por el fondo mediante resolución número 2003-00022 de las nueve horas y veintiún minutos del seis de enero de este año, en la que se consideró:

“I.- Objeto del recurso. El recurrente Cambronero Carmona reclama que la prisión preventiva decretada en contra de su representado es ilegal, pues a su criterio, la resolución con la que se ordenó dicha prisión preventiva no hace alusión a los concretización de los indicios que se requieren para privar de libertad al amparado.

II.- APLICACIÓN Y PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. La prisión preventiva podrá ser acordada, a petición del Fiscal, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, ejecutándose de modo que perjudique lo menos posible a los afectados (artículo 238 del Código Procesal Penal), y procede siempre que concurren las siguientes circunstancias:

"a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.

b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.

c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad" (artículo 239 del Código Procesal Penal).

Del artículo transcrito se desprende que los requisitos materiales de la prisión preventiva son la sospecha suficiente de participación en un hecho delictivo, la existencia de peligrosidad procesal (peligro de fuga, u obstaculización), y el respeto al principio de proporcionalidad. Por su parte, la obligación de que la resolución que ordena la prisión preventiva sea debidamente fundamentada, se encuentra no sólo en el citado artículo 238 del Código Procesal Penal, sino también en el numeral 243 de la misma ley, que dice:

"La prisión preventiva sólo podrá decretarse por resolución debidamente fundamentada, en la cual se expresen cada uno de los presupuestos que la motivan. El auto deberá contener:

- a) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo.-
- b) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen.-
- c) La indicación de las razones por las cuales el tribunal estima que los presupuestos que motivan la medida concurren en el caso.-
- d) La cita de las disposiciones penales aplicables.-
- e) La fecha en que vence el plazo máximo de privación de libertad".-

La legislación procesal penal insiste en la obligación de la debida fundamentación, requisito que también ha exigido reiteradamente este Tribunal (ver por ejemplo la sentencia número 0386-92).-

ANÁLISIS DEL CASO SOMETIDO A ESTUDIO. Se cuenta en autos con una copia de la resolución dictada por el Juzgado Penal de Heredia, a las diecisiete horas veinticinco minutos del veinticuatro de diciembre de dos mil dos, mediante la cual se decretó la prisión preventiva del amparado (ver folios 5 a 27 del expediente); resolución que se fundamenta en las siguientes circunstancias: Primero, la existencia de una sospecha suficiente de participación del imputado en el hecho investigado (artículo 339.a del C.P.P.), que se motiva

en las declaraciones rendidas por los testigos, las cuales configuran **indicios** comprobados de que el puede ser, autor del delito que se le atribuye (ver folios 9 a 22 del expediente). Véase en este sentido que a criterio del Juzgador las versiones de los testigos arrojan elementos de convicción suficientes que apuntan a tener como probable la participación del imputado en los hechos que se le acusan, tanto por sus deposiciones como porque los testigos ni siguiera se conocen y no tienen razón alguna porqué rendir ambas declaraciones contra el encartado e involucrarlo en hechos como los que se le imputan (folio 25). Segundo, que concurre una causal de prisión preventiva, a saber los peligros de fuga y reiteración delictiva (artículo 239.b del C.P.P.). Esos peligros los fundamenta el recurrido en que el imputado es un extranjero, de nacionalidad colombiana, al que no se le conoce arraigo alguno en el país y en el hecho de que la práctica forense, por la fragilidad de las fronteras puede hacer posible que por encontrarse en libertad pueda evadir la acción de la justicia y evadirse del territorio del territorio nacional. A su criterio, encuentra todavía más sustento en informaciones confidenciales que en ese sentido han recibido. Sobre este mismo aspecto, tiene en consideración el juzgador que en ese momento se encontraba a la espera del resultado de los informes recibidos respecto del imputado por parte de las autoridades colombianas y que al mismo se le investiga por otros hechos (extorsión y estafa) cometidos en el territorio nacional. Aspecto que a su criterio hace concurrir el peligro de reiteración delictiva, de ahí que la libertad del imputado puede también dar al traste con la investigación porque queda claro de la solicitud de la Fiscalía que al encartado se le investiga por hechos graves, no solo el homicidio en perjuicio de Parmenio Medina Pérez, sino también en delitos de estafa y extorsión en perjuicio de otros ciudadanos. Continúa agregando el accionado que el dicho de los testigos le merece plena fé al Despacho, y las observaciones hechas por la Defensa y el propio imputado son propias de otra etapa procesal y no de aquella en la que se encuentra el

proceso y donde basta la probabilidad para fundar la prisión preventiva que examina. Aduce que amén de lo anterior en el caso faltan diligencias por realizar, las que darán al traste de encontrarse el imputado en libertad, como lo es el reconocimiento judicial que debe realizar el testigo (folios 25 y 26 del expediente). Tercero, el respeto al principio de proporcionalidad (artículo 239.c del C.P.P). En este supuesto, el juzgador considera que el término de seis meses por el que decretó la prisión preventiva en contra del accionante es razonable y apropiado a las circunstancias de la causa y la concurrencia de los supuestos que hacen posible la aplicación de la medida gravosa que se dispone, amén de que la investigación se encuentra en un punto cercano a la conclusión.

Del estudio de la resolución impugnada, se desprende la necesidad procesal de la medida cautelar impuesta al amparado, con fundamentos que resultan legítimos y que se encuentran dentro de los supuestos que permiten la limitación de la libertad (en este sentido se puede consultar la sentencia número 05396-95, dictada por este Tribunal a las quince horas cuarenta y cinco minutos del tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco). Ciertamente, dicha resolución cumple con los tres requisitos materiales de la prisión preventiva: la sospecha suficiente de participación, la existencia de una causal de prisión preventiva (peligro de fuga y de reiteración delictiva), y el respeto al principio de proporcionalidad; todo lo anterior indicando las razones por las cuales se estima que los presupuestos que motivan la medida concurren en el caso (artículo 243.c del C.P.P.). En síntesis, los fundamentos dados por el recurrido, unidos a la existencia de indicios razonables de participación en un delito -artículo 37 de la Constitución Política- encuentran suficiente respaldo en el proceso y en las disposiciones de la legislación procesal vigente, contrario a lo manifestado por el recurrente, sin que se evidencie en los razonamientos del Juez, ilegitimidad alguna.-Por lo expuesto, el recurso resulta improcedente y así debe declararse.“

De igual manera el voto 11184-2004 del 8 de octubre de 2004 indica:

“ Estima la Sala que la medida cautelar decretada cumple con los tres requisitos materiales de la prisión preventiva, cuales son: la sospecha suficiente de participación, la presunción razonable de que la imputada no se someterá al proceso con lo cual existe el peligro de fuga, la presunción de que podría continuar con la actividad delictiva y la posibilidad de que, en caso de ser responsable del delito, la sanción es privativa de libertad.”

Según se transcribió anteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, en sentencia del 29 de mayo de 2014, refirió la procedencia de esta medida cautelar, siempre y cuando su utilización radique en un fin legítimo con respeto a la Convención Americana de Derechos Humanos. Teniendo un enfoque en concreto en relación al análisis de las causales para que proceda esta medida cautelar, surge como duda de la presente investigación, si en nuestro ordenamiento jurídico se mantienen causales para la imposición de esta medida cautelar cuyo fin es estrictamente procesal, o bien, representan vestigios de una ideología eficientista de nuestro ordenamiento jurídico procesal.

7. Análisis de las causales para la imposición de la prisión preventiva, manifestaciones del eficientismo penal

Según se transcribió, las causales para la imposición de esta medida cautelar se encuentran reguladas en los artículos 238, 239, 239 bis, 240 y 241 del Código Procesal Penal.

Se entiende por causales, aquellos presupuestos que justifican la procedencia de esta medida cautelar. En general se ha establecido a nivel doctrinario como la prisión preventiva no puede representar una pena anticipada, al respecto en el caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, en sentencia del 24 de junio de 2005 estableció:

“111. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.”

Es difícil tener como válida esta necesidad de que no funcione como pena anticipada, siendo que conlleva prácticamente las mismas consecuencias de la privación de libertad producto de una pena. Al respecto se ha afirmado que únicamente es posible distinguir entre ambas la finalidad que buscan (Rodríguez J. L., 2018). La pena dependiendo de la postura ideológico que se analiza, con una finalidad retributiva, preventiva o bien mixta y la medida

cautelar con una estrictamente procesal como se ha analizado a lo largo de la presente investigación.

Las causales representan los presupuestos materiales que hacen procedente la imposición de esta medida cautelar, representando en el juzgador una prognosis hacia el futuro de lo que podrá suceder en caso de no imponer esta medida cautelar, precisamente por ello se habla de “peligros“ procesales. Analicemos ahora bien en concreto las causales de prisión preventiva previstas en nuestro Código Procesal Penal.

7.1 Peligro de fuga

El numeral 239 prevé esta causal brindando una somera explicación al respecto, implica la condición en la cual se presume el imputado no se someterá al procedimiento en caso de encontrarse en libertad. El proceso penal no permite su continuidad ante la ausencia del imputado, de ahí la necesidad de garantizar la presencia de este durante el procedimiento, de lo contrario la aplicación de la ley penal no sería más que un ideal, no una realidad. Representa la presunción de que el imputado previendo las posibles consecuencias del proceso seguido en su contra, preferirá evadir la acción de la justicia al sustraerse del proceso. El proceso penal dentro de sus múltiples finalidades y como una de las principales, busca la imposición de una pena a quien se encuentre culpable de un delito, precisamente por ello es necesario que ante la noción de se evadirá la acción de la justicia, se faculte la detención de la persona con el fin de garantizar la realización de un eventual contradictorio.

Debe afirmarse que tanto la legislación alemana como la latinoamericana contemplan este peligro procesal como fundamento para la imposición de la prisión preventiva,

representa en realidad una causal de poca controversia a nivel doctrinario, siendo evidente el fin procesal que esta conlleva (Rodríguez J. L., La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales), 2010).

En relación a este peligro procesal, el numeral 240 establece los parámetros para analizarlo:

“ARTICULO 240.-

Peligro de fuga Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.

b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso.

c) La magnitud del daño causado.

d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.”

Los incisos antes descritos se encuentran compuestos tanto por factores objetivos como subjetivos, en concreto los incisos a) y d) se analizan con base al investigado, su situación domiciliar, familiar, laboral, etc y además la conducta que este asume a la largo del procedimiento en concreto u otro, representan los factores de más importancia para determinar si es procedente o no la imposición de esta medida cautelar.

Por medio de estos parámetros el juzgador podrá realizar un juicio valorativo en relación a si quien se encuentra sometido al proceso penal, decidirá quedarse sujeto al mismo en contra peso con lo que representa su familia, trabajo o lugar de residencia, frente a la posibles consecuencias que le conlleve el proceso al que es sometido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y en general la doctrina ha admitido la procedencia de esta causal para la imposición de la prisión preventiva, siempre y cuando, se base en un peligro concreto, no en valoraciones abstractas. Al respecto el numeral 7 inciso 5) de la Convención Americana de Derechos Humanos indica que “ (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. De igual forma, el artículo 9 inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica: “(...) La prisión preventiva de las personas que se hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”, de ambas debe destacarse como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente establece que no será esta medida cautelar la regla, haciendo alusión expresa a la procedencia

a uno de los principios fundamentales en torno a la aplicación de esta medida cautelar, su excepcionalidad (Rodríguez J. L., 2018).

En relación al peligro de fuga, se debe resaltar el criterio emitido por la Comisión Interamericana de Derechos, misma que el informe 2/97 del 11 de marzo de 1997 establece:

“A. Justificaciones

i. Presunción de que el acusado ha cometido un delito

26. La Comisión considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición "sine qua non" para continuar la medida restrictiva de la libertad. El artículo 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal dispone que debe existir una razonable sospecha de la culpabilidad de una persona para que el juez ordene su prisión preventiva.

27. No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo.

ii. Peligro de fuga

28. La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que

aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia.

29. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.

30. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada.

31. Además, la Comisión observa que si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia. ”

Precisamente “...La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena” representan criterios abstractos, que si bien puede ser utilizados por el juzgador al momento de resolver la situación del encartado, no pueden “per se” ser suficiente para la procedencia de esta medida cautelar dentro del proceso penal. De lo contrario la prisión preventiva funcionaría de manera oficiosa ante ciertos delitos, como por mencionar un ejemplo, los relativos a la infracción de Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Esto implica que ante una alta penalidad del delito investigado el juzgador debe analizar junto

con otras circunstancias, como lo es la personalidad del imputado, sus relacionadas privadas, sus vínculos familiares, laborales y el peso de las pruebas incriminatorias (Rodríguez J. L., 2018).

De lo anterior se denota la necesidad de que el peligro de fuga sea concreto, no regido únicamente por aspectos abstractos como la alta penalidad del delito investigado. Como refiere el criterio de la comisión, de lo contrario la prisión preventiva se convertiría en una medida cautelar oficiosa en relación a ciertos delitos. Corresponde al juzgador realizar una análisis integral de todos los presupuestos establecidos en el numeral 240, a partir de estos parámetros se podrá concluir la magnitud en que se encuentra presente dentro del proceso. Estos aspectos se valoran de manera individual en relación a cada uno de los sujetos investigados, siendo improcedente considerar que con base al principio de igualdad, la medida cautelar que se le impone a uno, corresponde para el resto. En este sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional, estableciendo que no a todos los co imputados sometidos a una causa, deba resolverseles por igual, con independencia de las circunstancias de cada uno, de lo contrario se pondría en detrimento lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Política (Voto 2354-91, 1991).

En relación a este peligro procesal es necesario referir lo que establece el numeral 364 del Código Procesal Penal:

“ Redacción y lectura La sentencia será redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación.

Enseguida, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencias, después de ser convocadas verbalmente las partes. El documento será leído en voz alta por el secretario ante quienes comparezcan.

Si la sentencia es condenatoria y el imputado está en libertad, el tribunal podrá disponer la prisión preventiva cuando haya bases para estimar razonablemente que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia.

Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente, al público, los fundamentos que motivaron la decisión; asimismo, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva.

La sentencia quedará notificada con la lectura integral y las partes recibirán copia de ella. “

Lo anterior representa la presunción de que el imputado no cumplirá con la ejecución de la pena impuesta en sentencia, en este sentido se legitima al Tribunal a imponer la medida cautelar aún y cuando no ha adquirido firmeza.

Debo indicar que en relación al inciso c) del numeral 240: “La magnitud del daño causado“, no encuentro, aún y cuando el legislador lo prevé como un factor a considerar en relación al peligro de fuga, que este tenga relación con respecto a esta presunción. La magnitud del daño causado corresponde mi criterio, a aspectos propios de porqué una conducta puede ser más o menos reprochable, pero no debería tener relación alguna en torno a incidir en la psiquis del imputado para evadir la acción de la justicia.

En base a todo lo antes mencionado existe un asidero legítimo en torno a la imposición de la prisión preventiva producto del peligro de fuga, precisamente es a través del proceso penal, con el respeto de todas las garantías procesales del sujeto sometido a este que se ejerce la acción penal por parte del Ministerio Público, para que esto sea una realidad, es necesario contar con la presencia de un imputado en el proceso, siendo procedente su privación de libertad provisional cuando se estime que no se someterá al mismo. Reviste de una clara naturaleza procesal la imposición de esta medida cautelar con base al peligro de fuga, de ahí no se considere en una manifestación del eficientismo procesal penal.

7.2 Peligro de obstaculización

(Sánchez, 2015) Este se encuentra relacionado con uno de los fines fundamentales del proceso penal, la averiguación de la verdad real de los hechos. Este fin evidentemente se alcanza a través del acervo probatorio recabado durante la etapa de investigación, existiendo la necesidad imperante de garantizar la existencia de la prueba durante el proceso. Precisamente por esto, que representa en realidad un fin loable del proceso penal, es que la doctrina, al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos han aceptado como legítimo la existencia de esta causal para la aplicación de la medida cautelar más gravosa.

Para el autor Frister, esta causal es contraria a la presunción de inocencia, debido a que supone un trato desigual entre quienes figuran como sospechosos y los que no, partiendo de que estos últimos también podrían influir en la investigación. Para ello considera que

únicamente existen dos vías, regularla también para quienes no son sospechosos o bien, eliminarla de manera absoluta (Sánchez, 2015) .

Existen quienes consideran que de conformidad con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es procedente la aplicación de esta causal, siendo que expresamente no se prevé esta causal para la procedencia de la prisión preventiva, en los numerales 7 inciso 5) y 9 inciso 3) respectivamente.

Al respecto debe reconocerse la calidad estrictamente procesal de esta medida cautelar, misma que no deviene incompatible con la presunción de inocencia (una de las mayores críticas a la procedencia de la prisión preventiva), sin embargo, una realidad es que reviste de menor importancia que la causal de peligro de fuga, lo que podría obedecer a su omisión expresa dentro de la normativa mencionada (Rodríguez J. L., 2018).

Debe destacarse como en el Conjunto de principios de la ONU para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, dispone en el numeral 36:

“1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o

para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención. “

Al respecto nótese como avala la procedencia de esta medida cautelar desde la premisa de que se entorpezca de alguna forma la investigación.

En relación a criterios relevantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el antes citado informe 2/ 97 del 11 de marzo de 1997, establece:

“ **iv. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión**

33. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad.

34. La Comisión considera que no es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.

v. Riesgo de presión sobre los testigos

35. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido

interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado. “

Al respecto la Comisión hace referencia a como puede disminuir este peligro procesal conforme el avance de la investigación, influyendo en ello las diligencias que se logren recabar durante la tramitación, sin embargo, no se puede dejar de lado que en proceso penal costarricense una de las etapas fundamentales es la del contradictorio, en este a través de los principios de inmediación, oralidad, concentración, contradictorio, entre otros principios, que se determinará en primera instancia la suerte del proceso, el dictado de una sentencia condenatorio o absolutoria. Para ello se requiere garantizar la comparecencia de los testigos y víctimas a esta etapa procesal, de lo contrario todas las diligencias realizadas durante la investigación no tendrán sentido.

Representa este peligro procesal, una causal clásica para la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva en la doctrina Latinoamérica y alemana, misma que respeta el principio de presunción de inocencia y que persigue un fin estrictamente procesal (Rodríguez J. L., La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales), 2010).

En relación a este peligro procesal, el numeral 241 del Código Procesal Penal establece:

“ Peligro de obstaculización Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

- a) Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.

- b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate. “

El numeral señala que al respecto debe existir una grave sospecha en que sucederá alguno de los dos incisos previstos, precisamente de esto se deriva que no se trata de cualquier tipo de situación la cual puede justificar la existencia de este peligro procesal, sino que debe deducirse a través de un juicio valorativo la probabilidad de que exista gravedad al respecto. Se trata de un análisis que no es sencillo para juzgador, siendo que no se requiere tampoco que exista una materialización del mismo, precisamente por ello se califica como un “ peligro“ procesal. Es común que se utilicen argumentos que pueden rallar con el mismo derecho de defensa en relación a la posibilidad para el imputado de conocer la prueba incriminatorio que existe en su contra. Al respecto se suele justificar la existencia de este peligro en que el imputado conoce a raíz de su intimación la existencia de prueba en su contra, el nombre de los testigos o bien la dirección de estos, sin embargo, ello es propio de un Estado de Derecho. Precisamente por ello el legislador previo la necesidad de que exista “ gravedad “ en esta sospecha.

El comportamiento del imputado previo, durante o posterior al hecho investigado puede incidir en esta conclusión, al respecto nótese la resolución 00140-2015 de las 15:25

del 10 de marzo de 2015, en al cual el Tribunal de Apelación de Sentencia del III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, estableció:

“ De relevancia para la presente solicitud lo es, además, la existencia del peligro procesal de obstaculización de la prueba, el cual se deriva objetivamente del comportamiento del acusado hacia la víctima y su progenitor, por cuanto tras la investigación preliminar del presente asunto, se estimó la existencia del delito de amenazas graves, en las que pudo incurrir el acusado precisamente para coaccionarlos con motivo de la denuncia por ellos interpuesta. Debe abonarse que, conforme, a la acusación, la ofendida [Nombre 002], fue sometida durante mucho tiempo a amenazas graves por parte del acusado, que hacen pensar que en libertad intentará nuevamente influir en la misma. En esas condiciones, siendo necesario para asegurar los fines de la administración de justicia y la actuación de la ley, se autoriza una prórroga de la prisión preventiva del imputado [Nombre 001] por el plazo de tres meses contados a partir del día 13 de marzo y hasta el 13 de junio, ambos de 2015, período razonable para la celebración de la audiencia preliminar en donde se definirá la situación jurídica del encartado [...].”

Precisamente el Tribunal analiza la existencia de amenazas por parte del encartado con respecto a la denunciante, concluyendo que podría incidir nuevamente en esta afectando la administración de justicia.

Tanto el peligro de fuga como el de obstaculización deben ser deducidos del caso en concreto, debiendo para ello realizarse un análisis de la persona, su comportamiento, las relaciones que este posee, las condiciones de vida , aspectos propios del caso en concreto y el propio interés de este de obstaculizar la prueba (Rodríguez J. L., La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales), 2010).

En razón de lo anterior se encuentra justificada en una razón estrictamente procesal la procedencia de esta causal para la imposición de la prisión preventiva o cualquier tipo de medida cautelar, más allá de que se reconozca como de menos valor en relación al peligro de fuga o bien las críticas que se le puedan realizar en relación a su efectividad, busca garantizar un fin primordial del proceso penal como lo es la averiguación de la verdad real de los hechos.

7.3 Peligro de continuidad delictiva

Sin lugar a dudas representa una de las causales de mayor controversia en relación a su legitimidad. La misma se encontraba regulada en el Código de Procedimientos Penales como en vigente Código Procesal Penal, reconocida en Alemania expresamente y en Latinoamérica a través de la utilización de expresiones como de delincuente habitual, experto, entre otras. En relación a normativa y foros internacionales no existe unanimidad al respecto, siendo reconocido por algunos y por otros no.

En este sentido según recomendación No. R (80) del Comité de Ministros del Consejo de Europa avaló la aplicación de esta causal en caso de delitos de graves, al igual que en las recomendaciones del VIII Congreso Internacional de la ONU sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente 1990, mientras que no se prevé en las Reglas de Mallorca de 1992, ni en el proyecto de principios jurídicos de la ONU sobre la libertad frente al encarcelamiento y privación de libertad arbitrario, los cuales únicamente prevén el peligro de fuga y de obstaculización. De igual manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso Suárez Rosero ha rechazado la posibilidad de aceptar este peligro procesal, aspecto que también se observa en el catálogo de principios para la protección de los sometidos a toda forma de encarcelamiento y prisión penal (Rodríguez J. L., La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales), 2010). Es notorio que no existe una unanimidad en

relación a la procedencia o no esta medida cautelar, corresponde más bien realizar un análisis muy propio en relación a la legitimidad que puede tener o no esta cautelar en un Estado de Derecho como el nuestro.

Las posturas que avalan esta medida cautelar son de distinta naturaleza, algunos la justifican en la necesidad de proteger los intereses de la colectividad, otros intentan brindarle una justificación de carácter procesal.

Precisamente como lo indica su nombre, procura evitar que quien es sometido al proceso penal, estando en libertad continúe con la comisión de otros delitos. Al respecto la Sala Constitucional ha aceptado esta causal como una medida cuyo fin radica en la protección del orden jurídico, en este sentido, en un voto de vieja data pero que señala esta postura indica:

”...En forma reiterada esta Sala ha indicado que el Juez competente sólo puede ordenar la detención del sometido a proceso, en los términos de los artículos 267, 297 y 298 del Código de Procedimientos Penales si existe una necesidad procesal asegurativa del descubrimiento de la verdad (por ejemplo impedir que se actúe sobre la prueba), de la actuación del derecho (ejemplo impedir que eluda la acción de la justicia), o de protección del orden jurídico (ejemplo impedir que continúe con la actividad delictiva). Como bien lo indica la accionante en el recurso, los elementos probatorios de la causa, sirven de fundamento al Juzgador para resolver la situación jurídica del acusado, pero en sí mismos no autorizan la restricción automática a la libertad individual como sucedió en el presente caso. Siendo ilegítima la restricción a la libertad de la acusada por falta de fundamentación, el recurso se declara con lugar.

II) Tomando en cuenta que la autoridad recurrida concedió la excarcelación a la amparada, y que a la fecha de la resolución de este asunto la garantía exigida había sido rendida y la acusada puesta en libertad, los efectos de la sentencia estimatoria obligan a ordenar al Juez Segundo de Instrucción de Limón la devolución de la garantía. Lo resuelto no imposibilita al Juez para ordenar, en otro momento procesal, la privación de libertad de la acusada, lo que podrá disponer en forma debidamente fundamentada y en los casos que en forma específica lo autoriza el Código de Procedimientos Penales (Voto 3253'93, 1993) ”

En un voto más reciente de la misma Sala Constitucional se indica:

” En virtud de lo expuesto, en los considerandos anteriores estima la Sala que la medida cautelar impuesta al amparado, cumple los requisitos materiales de la prisión preventiva: la sospecha suficiente de culpabilidad, la existencia de las causales de prisión preventiva tales como peligro de reiteración delictiva, obstaculización y de fuga, así como el respeto al principio de proporcionalidad. Así las cosas, la Sala considera que la privación de libertad del amparado se encuentra ajustada a derecho y no es cierto que carezca de fundamentación por asemejarse al planteamiento expuesto por el Ministerio Público, más bien resulta razonable que ambos pronunciamientos sean similares, primero por la identidad de hechos y luego porque al aceptar la solicitud de medida cautelar el juzgador está aceptando como válidos los alegatos del Ministerio Público y en esa medida bien puede hacerlos suyos.

También argumenta el recurrente que con la privación de libertad decretada en contra de su defendido se lesionan los principios de proporcionalidad y razonabilidad debido a que en su criterio, no existe justificación procesal real y válida que permita el encarcelamiento del amparado. Sobre el particular, partiendo de la prueba aportada a los autos y de los informes rendidos bajo juramento, observa la Sala que tal y como se dijo anteriormente por

existir en el caso concreto una multiplicidad de actuaciones delictivas que están siendo investigadas por el Ministerio Público y por estar esa investigación en la etapa inicial, hay motivos suficientes para justificar la posibilidad de que se pueda manipular la prueba pues hay elementos concretos y evidencias que indican que hubo supresión de prueba y coacción de testigos. En virtud de ello, se considera que, contrario al dicho de los recurrentes, sí existe proporcionalidad en la medida decretada. Así las cosas, también en cuanto a este extremo, el recurso es improcedente y así se declara.

En conclusión y por las razones dichas en los considerandos anteriores, no es válida la tesis del recurrente en cuanto a este punto pues debe tenerse en cuenta que entre el interés persecutorio del Estado y el interés del imputado en permanecer en libertad durante el proceso, se justifica la privación de libertad cuando aquél interés persecutorio es muy elevado y ello existe cuando, como en el caso concreto, existen multiplicidad de actuaciones delictivas que son investigadas por el Ministerio Público y que brindan un alto grado de probabilidad de que el amparado haya participado en los delitos endilgados, con lo cual existe un adecuado equilibrio entre la presunción de inocencia y la necesidad procesal de mantener la privación de libertad en vista de la investigación que se está realizando. Así las cosas, no considera este Tribunal que el alegato del recurrente sea de recibo por lo que resulta procedente desestimar el recurso como en efecto se hace” (Voto 7900'2004, 2004).

Nótese como se avala por parte de la Sala Constitucional la aplicación de esta causal justificado en este anterior voto según la existencia de un alto interés persecutorio por parte del Estado, en razón de la multiplicidad de delitos que se investigan.

En el voto 15726-2008 de las ocho horas veintiséis minutos de la Sala Constitucional, se indica:

“En igual sentido se ponderó que en el lapso de dos meses que tienen de estar en Costa Rica, los encartados son vinculados en tres delitos similares, utilizando el mismo *modus operandi* y encontrándose de por medio computadoras personales o portátiles, lo que denota el peligro de reiteración delictiva, presumiendo el recurrido que en libertad continuarían con la misma actividad delictiva. Al confirmar lo resuelto, el Tribunal ad-quem valoró ampliamente la prueba existente que sustenta lo resuelto por el Juzgado Penal, incluyendo el hecho de que se probó que los amparados no cuentan con estatus legal en el país debido a que la Dirección General de Migración y Extranjería les denegó la solicitud de refugio.”

Es clara la aceptación de esta causal que ha existido a nivel jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional, esto a pesar de los criterios esbozados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se analizarán más adelante.

La justificación de procurar el interés de la colectividad implica brindar una función propiamente de la pena a la prisión preventiva. Se utiliza con una finalidad de prevención especial, aspecto propio de la teoría de las penas, que se impone a quien aún no ha sido condenado por la comisión de un delito. En este sentido el autor Dworkin indica: “Quizás el principio que citaba Hart, de que el gobierno debe mostrar un mínimo de respeto incluso a los acusados y de tratarlos como a seres humanos y no como saldos, ayude a establecer la existencia de una contradicción. Este principio, por ejemplo, configura la doctrina de que un hombre es inocente mientras que no se demuestre que es culpable y ayuda a explicar por qué parece que está mal enviar a prisión a un hombre que espera ser procesado, sobre la base de una predicción según la cual podría cometer más delitos si se lo dejara en libertad bajo fianza. Porque una predicción, como ésta, si es correcta, debe basarse en la opinión de que un

individuo es miembro de una clase que tiene determinados rasgos que lo hacen más susceptible de cometer delitos a otras clases. Es decir que la predicción debe ser actuarial, como la predicción que hace una campaña de seguros respecto de la posibilidad de que los adolescentes tengan accidentes de automóvil. Pero es injusto encarcelar a alguien sobre la base de un juicio de referente a una clase, por más extraño que éste sea, porque así se niega su derecho a ser igualmente respetado como individuo (Rodríguez J. L., La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales), 2010).

Este autor hace referencia desde un inicio al principio de presunción de inocencia, mismo que representa una limitación a la arbitrariedad que puede existir en torno a la utilización de esta medida, además de tener íntima relación con la necesidad de que la medida tenga una finalidad estrictamente procesal.

La Sala Constitucional no ha aceptado esta causal como contraria al principio de presunción de inocencia, al respecto indicó:

“... no puede ser resuelta, sin tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 37 y 41 de la Constitución Política en los que se protege la administración de justicia y se permite la detención de los que perturban la normal convivencia, al cometer acciones delictivas. Dentro del marco constitucional se garantiza que ocurriendo a las leyes todos deben encontrar reparación por los perjuicios que se les han inferido y se permite restringir la libertad de las personas, por existir en su contra un indicio comprobado que se le sindicó como autor de un hecho delictivo. La administración de justicia en materia penal y la prisión preventiva, en tratándose de delitos, encuentra así autorización constitucional. Uno de los fines del derecho es posibilitar la normal convivencia en sociedad, pretendiendo que quienes habitan en una determinada circunscripción territorial, adecúen su conducta a las reglas legales que la

norma, cuando el ciudadano no se comporta conforme lo pretende el ordenamiento jurídico, su conducta puede ser reprimida, ello cuando su acción se encuentra regulada por el derecho penal. (Voto 1438-92, 1992)”.

Del extracto antes referido se denota una postura de la Sala Constitucional propia de derecho penal sustantivo. Ante la comisión de un delito efectivamente procede la imposición de una pena, el tema con esto es que se trata de un análisis procesal el que nos aboca, la determinación de cuando procede o no la prisión preventiva no puede perder el norte de entender que se trata de un aspecto cautelar, no podrá tener tintes de carácter material con base al principio de presunción de inocencia.

Un análisis interesante en relación a este causal la brinda Cafferata Nores, el cual señala “... cabe señalar que nuestra realidad carcelaria torna vana la pretensión de impedir la continuación de la actividad delictiva por medio de la prisión preventiva. La cárcel de encausados, con su súper población y su hacinamiento, con la drogadicción y la homosexualidad imperante, no parece ser el ambiente más adecuado para corregir o inocuizar al peligroso... Lejos de ser un lugar en donde no se delinque, es uno de los sitios en que proliferan los más graves delitos, tales como violaciones, tráfico de drogas, homicidios, lesiones, robos, etc. Si el imputado tiene tendencia a delinquir, allí podrá continuar haciéndolo perfectamente, realizando nuevos contactos, perfeccionando sus técnicas y adquiriendo nuevos vicios que en nada ayuda a los fines correctivos que la medida de seguridad persigue. Allí reinan los “catedráticos de la prisión”, recordados por Carrara... Si realmente es peligroso, no es justo, en salvaguarda de los inocentes libres, arrojarlo indiscriminadamente sobre muchos inocentes que están detenidos”. Lleva razón Nores al

hacer referencia a la multiplicidad de delitos que se dan en el ámbito penitenciario, claro está que quienes aceptan la posibilidad de esta causal lo hacen desde la perspectiva de evitar la comisión de más delitos que afectan a la sociedad pero exceptuando las personas privadas de libertad, estos tipos de análisis no son tomados en cuenta al momento de justificar esta medida.

El autor Ruprecht justifica a nivel procesal esta causal partiendo de que a su criterio, es necesaria la privación de libertad del sujeto para lograr una investigación completa, además de que la ejecución de una eventual sentencia puede verse en peligro, siendo aún mayor esta posibilidad en caso de reincidentes (Sánchez, 2015). Este análisis es incorrecto siendo que en realidad son aspectos propios del análisis del peligro de fuga y obstaculización.

Eberhard Schmidt asegura que ante la comisión de más delitos por parte del investigado, se afecta la investigación de la totalidad de estos siendo que se produce un retardo general en el proceso al tenerse que investigarse multiplicidad de eventos (Sánchez, 2015). En realidad este análisis no es correcto, si este fuera el caso, podrían separarse las investigaciones con la finalidad de no afectar la principal. De igual forma la inoperancia de la administración de justicia, como lo puede ser el retraso por la gran cantidad de investigaciones necesarias no puede ser de reproche para el administrado, máxime en procura de la imposición de una medida aunque restringe uno de los derechos de mayor relevancia y con este otros, la libertad de tránsito.

Theodor Kleinknecht considera que es procedente este peligro procesal al hacer posible la intimación y mejorar la eficacia en cuanto al mejoramiento del autor por la comisión del hecho delictivo (Sánchez, 2015).

Por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sendos votos se han aceptado únicamente como peligros procesales admisibles para la procedencia de la prisión preventiva, en relación a los Estados que forma parte de la Convención Americana, el peligro de fuga y el de obstaculización, al respecto se pueden destacar los siguientes votos:

Caso Tibi Vs. Ecuador del 07 de septiembre de 2004:

“...180. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”

Es claro como únicamente se encuentra como válida la utilización de la medida cautelar más gravosa, siempre y cuando se busque garantizar la investigación o evitar que el investigado eluda la acción de la justicia.

Caso Bayarri vs Argentina del 30 de septiembre de 2008:

“74. La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las

autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, el Tribunal entiende que la Ley No. 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado (supra párr. 72). Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo.”

De esta resolución debe destacarse como por sí solos, para determinar la procedencia o no de esta medida cautelar no serán suficientes la gravedad del delito o bien la personalidad del sujeto. Precisamente por ello en general la Corte promulga la existencia de peligros concretos no abstractos para la procedencia de esta medida.

Caso Usón Ramirez contra Venezuela del 20 de noviembre de 2008:

“144. Asimismo, el Tribunal ha indicado que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá

de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia¹⁴⁰. En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio¹⁴¹. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención¹⁴². Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.”

El extracto transcrito hace referencia de manera clara y precisa a como la utilización de esta medida sustentada en otros fines que no sean los antes mencionados, contraviene el principio de presunción de inocencia y con ello implica la utilización de esta medida como una pena anticipada.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador del 21 de noviembre de 2007:

“93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria:

- i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia;
- ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre

todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención⁵⁰.

94. Con base en lo anterior la Corte procederá a analizar: a) si el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 7.3 de la Convención en la detención del señor Lapo, y b) si la orden de prisión preventiva en contra de los señores Chaparro y Lapo y el mantenimiento de la misma fueron arbitrarias. “

De la resolución antes transcrita se denota la importancia que conlleva el principio de proporcionalidad en torno al análisis de la procedencia de las medidas cautelares, haciendo referencia a sus tres sub principios como lo son necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. De igual manera reitera la postura en cuanto a la necesidad de que se fundamente la prisión preventiva en fines legítimos, de lo contrario implica una contrariedad con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Caso López Álvarez Vs. Honduras del 01 de febrero de 2006:

“Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia.

Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”

La sentencia es clara en señalar la imposibilidad de que se justifique la procedencia de esta medida cautelar en aspectos meramente punitivos, resaltando también la imposibilidad que se utilice por un tiempo desmedido, violentando con ello el principio de proporcionalidad.

Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela del 17 de noviembre de 2009:

” ARTÍCULO 7 (LIBERTAD PERSONAL), EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS) Y 2 (DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

1. detención arbitraria (artículo 7.3) 110. La Comisión indicó que al señor Barreto Leiva le fue impuesta una detención preventiva “sobre la base exclusiva de indicios de culpabilidad [...], sin motivación alguna sobre los fines procesales que perseguía la aplicación de dicha figura”, todo lo cual constituyó, en el criterio de aquélla, una violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1 y 7.3 de la Convención Americana. El representante se adhirió a lo expuesto por la Comisión y el Estado no controvertió estos alegatos.

111. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer

razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.”

En esta resolución en concreto se transcribe como la Corte hace referencia a la utilización de esta medida cautelar con fines propios de la pena, como lo es uno de prevención especial, al procurar evitar que el investigado en libertad cometa más delitos.

En el mismo sentido, a continuación se extrae un extracto de lo resuelto en el caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile del 29 de mayo de 2014 se indica:

312. De conformidad con lo indicado, no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria, lo cual implica que la ley y su aplicación deben respetar los requisitos siguientes:

a) Finalidad compatible con la Convención: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención (supra párr. 311.a). La Corte ha indicado que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.

Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

b) Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido

c) Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito (supra párr. 311.b), la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales.

d) Proporcionalidad: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

e) Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención³³⁶. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención.”

Esta resolución señala uno a uno los requisitos admisibles por la Convención para la procedencia de la medida cautelar, específicamente indica la imposibilidad de que resida en

finos preventivo generales o preventivo-especiales, precisamente en esto radica el principio de continuidad delictiva. La presunción de que imputado cometerá nuevamente otro delito, siendo necesario proteger a la sociedad frente a esta potencialidad, ignorando en realidad que aún no se puede señalar como culpable de un hecho delictivo.

Caso Servellón García y otros Vs. Honduras del 21 de setiembre 2006:

“90. Asimismo, la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención”.

La resolución promulga el criterio esbozado a lo largo de todos los votos antes transcritos en relación al reconocimiento de únicamente dos peligros procesales, resultando cualquier ulterior en una arbitrariedad por parte del Estado. Precisamente la reiteración delictiva implica como primer inconveniente la imposibilidad real que posee el juzgador de saber si durante la tramitación del proceso el investigado cometerá otro delito o no, en realidad es un hecho futuro e incierto. Aún y cuando se justifique la separación de personas condenadas en relación a los indiciados dentro del ámbito penitenciario, ambas poseen los

mismos efectos nocivos en quien la soporta, siendo incluso peor para quien no ha sido condenado. Se parte de que la distinción entre quien descuenta y quien lo realiza de manera preventiva, radica precisamente en la finalidad procesal que contiene esta última, sin embargo, al justificares en fines meramente preventivos, convierte su utilización en un aspecto propio de una pena anticipada (Robert, 2021) .

Sin lugar a dudas la Corte Interamericana únicamente reconoce dos peligros procesales, ningún otro es considerado como no arbitrario a luz de la jurisprudencia emanada de la Corte, en igual sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al respecto, en el informe 35/07 indicó:

“84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio *pro homine*. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.”

Como lo señalada la Comisión en lo transcrito, tal y como se analizó anteriormente en relación al criterio emanado del voto 1438-92 de la Sala Constitucional, la causal de reiteración delictiva parte de una postura propia de derecho penal material, de un fin propio de la pena como lo es evitar la comisión futura de delito, pero de quien aún en realidad se entiende como inocente en vista de que aún no existe una sentencia firme condenatoria en su contra. Si debe señalarse que la Comisión rectificó esta postura, siendo que en criterios anteriores había aceptado la legitimidad de este peligro procesal, propiamente en el informe 30-97, en el cual había admitido la necesidad de tranquilizar al público (Rodríguez J. L., *La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales)*, 2010).

Según lo afirma el autor Javier Llobet, el papel de la víctima dentro del proceso penal ha sido fluctuante, desde tener un papel protagónico en el Derecho primitivo, neutralizado posteriormente con el advenimiento del Derecho Penal estatal, hasta en la actualidad existir un redescubrimiento de su rol en el proceso (Sánchez, 2015). Ejemplo de ello las causales que se introdujeron para la imposición de la prisión preventiva en el año 2009 mediante la Ley 8720, misma que añadió las causales del artículo 239 bis que más adelante se analizará.

No existe forma alguna de justificar un carácter procesal a la causal de reiteración delictiva, por más intentos que se hayan realizado por algunos doctrinarios lo cierto del caso es que representa una clara violación al principio de presunción de inocencia y una justificación propia de la pena. Es una clara manifestación de un eficientismo penal, en el cual se responde a la noción de alarma social por la comisión de delitos, mediante la imposición de la medida cautelar más gravosa. Es común escuchar a través de un discurso populista que leyes del país son laxas, y que detienen a los sujetos investigados para

posteriormente ser liberados; la mayoría del tiempo este tipo de manifestaciones están desprovistas de fundamento, más allá de ser conjeturas de quien las realiza, alejándose absolutamente sea por desconocimiento o desidia de la naturaleza procesal que representan las medidas cautelares dentro de un proceso.

Existe efectivamente una obligación estatal de garantizar la seguridad humana, sin embargo, esta no se debe procurar en detrimento de las personas sujetas a un proceso penal, sin lugar a dudas la imposición de la prisión preventiva en base a la causal en análisis, no representa otra cosa que una manifestación de un derecho procesal penal que procura ser eficiente, más allá de garantista. Es arbitraria, más allá de que nuestra legislación la permita, la imposición de la prisión preventiva a raíz de esta medida cautelar, no existe posibilidad alguna de otorgarle una finalidad procesal, más que sacar por así decirlo al investigado de circulación, separarlo de la sociedad en general para inmiscuirlo en la sub cultura que representa la sociedad carcelaria, esto a pesar de que realmente no se puede aún asegurar que allá cometido un delito, representa una causal de carácter estrictamente punitivo.

7.4 Peligro para la víctima

Se tipifico a raíz de la ley 8559 del 25 de abril de 2007, ley que agrego al numeral 239 del Código Procesal Penal el inciso d), mismo que establece:

“d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta

medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos previstos de la Ley 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de 25 de abril de 2007, así como otros delitos donde la persona investigada mantiene o haya mantenido con la víctima una relación o vínculo de pareja, sea matrimonial, unión de hecho, noviazgo, convivencia, de no convivencia, casual u otra análoga, aun cuando medie divorcio, separación o ruptura, así como cuando medie alguno de los supuestos contemplados en el artículo 2:1 bis de la Ley 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de 25 de abril de 2007.”

Representa la presunción como lo indica su nombre, de que el investigado pondrá en peligro la vida o integridad de la víctima, denunciante o testigo del proceso, con un énfasis particular en relación a los delitos investigados en el marco de la ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres.

En relación a este peligro procesal, si bien expresamente no se encuentra regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o bien, en la Convención Americana de Derechos Humanos, depende de la perspectiva en que se fundamente, tendrá una naturaleza procesal o bien, de carácter punitivo.

Si se asocia directamente con el peligro de obstaculización, su justificación no es contraria al principio de presunción de inocencia. Evidentemente en caso de peligrar la vida o integridad de la víctima o testigo a raíz de un proceso, esto puede incidir en su psiquis para mostrar reticencia en contra de la investigación o incluso en concreto, no estar anuente a presentarse a un eventual contradictorio, esto en caso evidentemente de que este peligro pueda materializarse en una amenaza; si lamentablemente conlleva por ejemplo un homicidio

o una agresión que impida brindar al testigo su testimonio, no existiría prueba alguna que valorar eventualmente. Precisamente con ello el análisis puede estar estrictamente relacionado con la obstaculización del proceso y de su investigación. Desde arista tal como se analizó en el apartado del peligro de obstaculización, el peligro para la víctima encuentra asidero en un derecho procesal penal garantista.

Podría criticarse el mismo en caso de que se asocie al peligro de reiteración delictiva, bajo esta perspectiva procederían todas las críticas realizadas en torno a este peligro procesal, siendo otra manifestación de una noción eficientista del derecho procesal penal. En este sentido, en relación a la Ley de Justicia Penal Juvenil se pronunció el Tribunal Penal Juvenil en el voto 134-01 del 8 de agosto de 2001, en el cual se indicó:

“Es erróneo interpretar que el inciso c) del numeral 58 LJPJ esté dispuesto con fines de seguridad social, puesto que por el contrario tutela fines procesales.”

El criterio esbozado por el Tribunal Penal Juvenil es atendido en el sentido de justificar de una manera estrictamente procesal el uso de la detención provisional en esta materia, partiendo de la premisa de la imposibilidad de otorgar fines propios del eficientismo como lo es garantizar la seguridad ciudadana.

Así las cosas, en razón a determinar si esta causal es o no un vestigio del eficientismo procesal penal, dependerá en realidad de la arista desde la cual sea fundamentada. Si es aceptada en vinculación con una reiteración delictiva por parte del sujeto investigado, tendrá sin lugar a dudas una razón de ser estrictamente punitiva, de carácter eficientista, con todas las críticas antes realizadas, manteniendo siempre ese discurso de mantener el orden jurídico

o bien defender los interés de la comunidad. Ahora bien, si se observa con una implicación en relación a una de las finalidades del proceso como lo es la averiguación de la verdad real de los hechos, la posibilidad que conlleva la existencia de una obstaculización producto de que se afecte uno de los elementos probatorios fundamentales como lo es el testimonio en un proceso penal, existirá entonces una justificación loable y totalmente valida.

7.5 Causales del numeral 239 bis del Código Procesal Penal

Este numeral fue añadido mediante la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal del 4 de marzo de 2009, Ley 8720, mismo que incluyo cuatro causales adicionales para la imposición de esta medida cautelar, las cuales se analizan a continuación:

“...a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.”

Esta causal per se no conlleva ninguna finalidad procesal. El hecho de que la persona sea detenida en flagrancia, cuyos parámetros los establece el numeral 236 del Código Procesal Penal, debería influir única y estrictamente en la naturaleza del proceso penal a seguir, no propiamente en un aspecto de medidas cautelares. Es contraria esta causal al principio de presunción de inocencia, quienes la aceptan en realidad deberían ser propios de un discurso contrario a este como lo es Rafael Garofalo; este considera que este principio representa una limitación a la existencia de sentencias eficaces dentro del proceso penal, considera que favorece la libertad de los imputados, poniendo en peligro la seguridad común.

Precisamente este autor trae a colación el termino eficaz, esto es precisamente un vestigio de un derecho procesal penal eficientista, en el cual se procura a todas luces la efectividad del mismo, sin considerar realmente los derechos de las personas investigadas. Nociones de este tipo, en las cuales se crítica el principio de presunción de inocencia, son propias de un positivismo criminológico, de corte autoritario, similar a las nociones del fascismo y nacionalsocialismo (Sánchez, 2015).

El hecho de que la persona sea detenida en flagrante delito, en nada cambia su concepción como persona inocente hasta la adquisición de firmeza de una sentencia dictada en su contra, afirmar lo contrario sería tener una concepción psicológica del principio de presunción de inocencia según se ha afirmado en doctrina. Esto implica que en realidad exista una relativización de este principio, conforme la prueba que exista en contra del sujeto investigado. Es decir que si la persona es detenida en flagrante delito, su presunción de inocencia disminuye, en esta caso haciendo válida por si sola, la procedencia de la prisión preventiva. Precisamente por ello es que se puede afirmar que esta causal representa claramente un vestigio de un eficientismo penal. Su admisibilidad radica en inobservar la presunción de inocencia y partir de que por la situación de flagrancia en sí, es necesario tener a la persona privada de libertad durante la tramitación del proceso.

La presente causal representa una manifestación propia del derecho penal del enemigo, mismo en que las garantías del investigado disminuyen y adquieren mayor relevancia factores que en nada se relacionan con aristas procesales. Se le otorga preponderancia a aspectos propios del sujeto y del delito que cometió para la imposición de esta medida cautelar.

“b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos.”

Esta causal no requiere en realidad mayor explicación, su finalidad podría indicarse radica en la necesidad de garantizar la seguridad común, procurar sacar de circulación por así decirlo a quien es investigado en al menos dos procesos, existiendo eso sí un requerimiento acusatorio, más sin embargo, aún y cuando no se haya concluido el proceso. Nuevamente se puede indicar representa una violación al principio de presunción de inocencia, tratándose de procesos que aún no han concluido, en realidad se desconoce cual será la suerte del mismo, bien podrían concluir con el dictado de una sentencia absolutoria. No existe posibilidad alguna de justificar con una finalidad procesal esta causal, más allá de un análisis incorrecto según se ha referido, como lo es considerar que se podrían afectar las investigaciones por la existencia de la necesidad de investigar varios delitos. Salvo que partamos de una noción de que se requiere un proceso penal “efectivo”, no podría justificarse esta medida cautelar.

Se evidencia con esta causal una política criminal de corte represivo, en la cual el legislador facultó al juzgador imponer la medida cautelar más gravosa en vista de la multiplicidad de delitos investigados en contra de una persona, tratándose de delitos en que medio violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.

Esta causal en realidad es propia de la reiteración delictiva, de ahí que apliquen las mismas críticas realizadas en el apartado respectivo.

“c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.”

Este inciso al menos va un poco más allá y versa en concreto, en contra de quien ya haya sido condenado en delitos en que los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas. Precisamente el artículo 39 del Código Penal establece

“ARTÍCULO 39.- Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición.”

Se trata de un inciso al cual aplican las mismas críticas que se realicen el torno al peligro de reiteración delictiva, no existe una finalidad procesal en el mismo, implica una clara violación al principio de presunción de inocencia, y por el contrario se promulga un derecho penal de autor. Como se analizó al inicio de esta investigación, esto es propio de un derecho penal eficientista, centrado a nivel procesal en reprochar al sujeto como tal y sus antecedentes, más que la conducta por la cual se le está investigando. Se concluye entonces que este es otro vestigio del eficientismo en el derecho procesal penal costarricense. En un Estado Democrático de Derecho como el nuestro se debe promulgar un derecho penal de acto, y no un derecho penal de autor como se promulga dentro de la presente causa, la misma atenta contra el Principio de Presunción de Inocencia y el Principio de Culpabilidad.

“d) Se trate de delincuencia organizada.”

Según lo establece la Ley Contra la Delincuencia Organizada, número 8754, se entiende por esta:

“ARTÍCULO 1.- Interpretación y aplicación

Entiéndese por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves. Lo dispuesto en la presente Ley se aplicará, exclusivamente, a las investigaciones y los procedimientos judiciales de los casos de delitos de delincuencia organizada nacional y transnacional. Para todo lo no regulado por esta Ley se aplicarán el Código Penal, Ley N.º4573; el Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, y otras leyes concordantes. Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.”

Al hablar de estructuras organizadas dedicadas a la criminalidad, que incluso puede trascender nuestras fronteras con amplios poderíos económicos, es entendible que se puede presumir la existencia de un peligro de fuga. Quienes forman parte de estas organizaciones podrían contar con amplias facilidades para evadir la acción de la justicia y con ello imposibilitar el ejercicio de la acción penal. Si se analiza desde esta arista la causal se encuentra justificada en una base legítima, propia del peligro de fuga. Sin embargo, tal como se analizó en relación con el peligro para la víctima, si se observa desde una perspectiva del peligro de reiteración delictiva, de que en caso de decretarse la libertad de los sujetos que forman parte de la organización continuarán con la misma actividad, procederán entonces las mismas críticas y podrá observarse como un vestigio propio del eficientismo en el proceso penal costarricense.

El problema de esta causal y que en realidad opera en relación con las antes analizadas dentro del numeral 239 bis, es que el legislador previo con este artículo la posibilidad de que el juzgador aplique la prisión preventiva ante la existencia de cualquier de los incisos establecidos (Rodríguez J. L., *La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales)*, 2010), es decir que de manera casi que oficiosa, sea permitida aplicar la prisión preventiva cuando se trate de delincuencia organizada, sin requerir para juzgador realizar un análisis más allá que permita determinar para el caso en concreto que peligro existe a nivel procesal.

Con esto surge la crítica entonces de que si se observa de manera aislada el tema de tratarse de delincuencia organizada, por si solo no nos brinda una conclusión que se aleje de una arbitrariedad para un análisis de un peligro procesal, debe ser aparejada a obstaculización o bien fuga para considerarla como una causal válida, al menos desde una perspectiva garantista. Debe señalarse como incluso en su momento, fue valorado en Costa Rica prohibir la excarcelación de los delitos relaciones con el tráfico de drogas, aspecto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional (Chavarría, 2009). Todo esto representa entonces, vestigios de un derecho penal de autor, muy propio como se ha indicado del derecho procesal penal efficientista.

En vista de todo lo antes afirmado, se concluye que en nuestra legislación, cualquier causal para la procedencia de la prisión preventiva que no sea en razón del peligro de fuga o bien continuidad delictiva, o al menos que sea analizada de manera asociada con estos dos peligros procesales, representa un vestigio de un derecho penal procesal efficientista.

Capítulo 3

1. Control de convencionalidad ¿es posible en nuestro ordenamiento jurídico?

Indiscutiblemente existe un choque de nuestro ordenamiento jurídico en relación a las causales para la procedencia de la prisión preventiva con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos. Según se denota de los votos antes transcritos, tanto la Comisión, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, únicamente encuentran como peligros admisibles a luz de la Convención, el peligro de fuga y de obstaculización, situación muy distinta en relación no sólo a nuestro Código Procesal Penal, sino incluso en relación con los criterios emanados de nuestra Sala Constitucional, cuyas resoluciones son erga omnes. Surge la duda entonces, si existe posibilidad de que se aplique un control de convencionalidad en relación con esta situación.

Debe entenderse por control de convencionalidad, la facultad que posee el juez ordinario de verificar la consonancia que existe entre las normas de derecho interno en relación a cualquier fuente de derecho internacional, presentándose la posibilidad de que, en caso de encontrar alguna diferencia entre ambas fuentes normativas, desaplique la norma de derecho interno.

Frente a esta posibilidad, surge la interrogante de si esto es posible o no, siendo que en Costa Rica existe lo que se entiende como un control concentrado de constitucionalidad (Brewer, 2005) (Sánchez, 2015). Esto quiere decir que, de manera exclusiva, la única competente para verificar cualquier controversia en relación a la contrariedad de una norma con respecto a la Constitución Política o instrumento internacional es la Sala Constitucional. Esto se deriva del numeral 10 de la Constitución Política el cual establece:

“ARTÍCULO 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.”

En relación a esta interrogante, debe destacarse el voto número 1185 de las 14: 33 horas del 22 de marzo de 1995, en el cual la Sala Constitucional estableció en relación a una consulta de constitucionalidad del inciso 1) del numeral 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que este numeral no resulta inconstitucional partiendo de que el juez ordinario no podrá desaplicar una norma o acto que considere inconstitucional, pero tendrá la facultad de presentar una consulta constitucional ante la Sala. De este criterio se apartaron los Magistrados Mora Mora y Piza Escalante considerando:

“Consideramos que no es posible entender el párrafo consultado (1 del inciso 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) como lo hace la mayoría, sino en su claro sentido literal, como consagración de un sistema "difuso" de control de constitucionalidad, conforme al cual todos los administradores de justicia tienen el poder-deber, no solo de interpretar todo el ordenamiento a la luz de las normas, principios y valores que constituyen globalmente el Derecho de la Constitución, sino también de aplicar estos últimos de manera directa y normal, como sistema de normas, principios y valores jurídicos supremos, vinculantes por si mismos para todas las autoridades y personas, públicas o privadas, incluso desaplicando, no anulando, para el caso concreto, no erga omnes, las leyes o cualesquiera otras normas o actos que consideren incompatibles con ellos.

Por su parte, el párrafo 2 del mismo inciso debe también entenderse y aplicarse en su sentido literal, de que los administradores de justicia deben consultar a la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de las normas o actos que hayan de aplicar o de los actos o conductas u omisiones que deban juzgar en los casos sometidos a su conocimiento (art. 102.1 Ley de la Jurisdicción Constitucional), cuando tuvieren "dudas fundadas" sobre su constitucionalidad, no la "convicción de su inconstitucionalidad" ., de manera que, en definitiva, lo que hace el sistema es dar al Juez las tres posibilidades que menciona la sentencia (Cons.VIII), pero que para nosotros son igualmente válidas:

- a) Si tiene la convicción de que la norma o acto es constitucional, debe aplicarlo, simplemente, desde luego bajo su responsabilidad y sin perjuicio de que pueda la Sala anularlo después, erga omnes, por inconstitucionalidad;
- b) Si tiene dudas fundadas sobre su constitucionalidad, motu proprio o porque le sean planteadas por alguna parte interesada, debe formular a la Sala la correspondiente consulta judicial; o
- c) Si tiene, en cambio, la certeza o la convicción de su inconstitucionalidad, sencillamente debe desaplicarlo, optando por la norma de mayor rango, que es, precisamente, la del Derecho de la Constitución.

De este modo, la totalidad del inciso se hace congruente con la interpretación, que la propia mayoría acepta, del párrafo 3, en el sentido de que este obliga, a su vez, a los administradores de justicia a interpretar y aplicar las leyes, normas o actos infraconstitucionales -amen del mismo Derecho de la Constitución-, de manera conforme con los precedentes y jurisprudencia de la Sala Constitucional, incluso desaplicando, en el caso concreto , los que resulten incompatibles con ellos.”

Es decir, según el criterio emanado del voto salvado el juez ordinario tendría tres posibilidades distintas, entre ellas la de simplemente no aplicar la norma que considera contraria a la constitución o instrumento internacional, evidentemente no tendrá la potestad per se de declararla inconstitucional, esto solo la Sala Constitucional, pero sí para el caso en concreto de no aplicarla. De la divergencia de criterios que existieron del voto antes referido, se denota la inexistencia en realidad, de una sola postura en relación a la posibilidad que posee el juez ordinario de desaplicar una norma por considerarla inconstitucional, tan es así que el mismo Jinesta en criterio más reciente, varió su posición en relación a esta posibilidad, imposibilitando al juez ordinario desaplicar una norma según su criterio de constitucionalidad (Sánchez, 2015).

Como suele suceder en el Derecho no hay un criterio unívoco en realidad, la Corte Interamericana ha sido enfática en la posibilidad que poseen los jueces de cada país en verificar la consonancia de las normas internas con las Convención y las mismas interpretaciones emanadas de la Corte, es decir de la facultad que posee el juez doméstico de ejercer un control difuso de convencionalidad. En sentido se pronunció en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, del 26 de setiembre de 2006, en el cual indicó:

“La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la

Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad

internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

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.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. ”

Según el extracto antes transcrito, el derecho interno no puede ser utilizado por el juez ordinario con la justificación de mermar disposiciones de la Convención Americana o bien,

de las interpretaciones que de esta realice la Corte Interamericana. Con esto delega expresamente en los jueces internos, la obligación de aplicar un control difuso de convencionalidad, obligación emanada por el hecho de formar parte de la Convención Americana y del principio de la buena fe convencional. Este principio se extrae del artículo 27 de la Convención del Viena sobre el derecho a los tratados, en el cual se establece:

“27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo.”

El artículo es claro en señalar la prohibición que existe de alegar el derecho interno, más allá de que exista una soberanía del Estado costarricense, y con esto la creación de un derecho interno, existen obligaciones que se adquieren en materia de derechos humanos con la firma de Tratados y Convenciones, de lo cual siempre derivar privar el principio *pro homine* y de dignidad humana.

A pesar de que puede concluirse que en Costa Rica existe un control concentrado de constitucionalidad, este criterio como se indicó no es unánime, en realidad debe ser analizado a la luz de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana en sendas sentencia (Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, 2006).

En relación a esta circunstancia, de los países que prevén un control concentrado de convencionalidad pero forman parte de la Convención Americana, Bazán establece:

“... Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluido sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Así, el pretendido límite pareciera difuminarse al influjo de la estricta obligación que la Corte traza como principio general, por lo que en modo de alguno se disipan las dudas y dificultades de la aplicación práctica del control de convencionalidad en el ámbito local. (Sánchez, 2015)”

Debe afirmarse que la existencia de un control concentrado de constitucionalidad no es lo propio y aceptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben contar los jueces ordinarios con la facultad de desaplicar las normas que consideren infringen el bloque de convencionalidad, no de manera general, pero si para un caso en concreto, sin la necesidad de acudir a una consulta de constitucionalidad.

El control de convencionalidad que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el que ejercen todos y cada unos de los jueces de los Estados parte, aplicando como estándar mínimo los derechos y garantías asegurados por la Convención y el corpus iuris interamericano, lo que constituye un control diferente del control de constitucionalidad.

En vista de lo antes mencionado, existe la posibilidad partiendo del principio de buena fe convencional, de los principios *pro homine* y de dignidad humana, además en vista de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de que el juez costarricense ejerza un control de convencionalidad y desaplique para el caso en concreto, una norma que considera contraria a la Convención Americana. Debe indicarse que en la experiencia, son la minoría

los jueces que ejercen este control, por el contrario, es usual encontrarse con el criterio que se utilice como justificación, la existencia en el país de un control concentrado de constitucionalidad. Esto es peligroso, siendo que este tipo de interpretaciones podrían acarrearle responsabilidad al Estado costarricense ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Conclusión

En un Estado de Derecho como el nuestro, la prisión preventiva únicamente podrá tener una finalidad estrictamente procesal. Partiendo de esta premisa, las posibles causales para que proceda esta, al menos de manera legítima se reducen bastante. Este aspecto es propio del principio de presunción de inocencia, cualquier noción distinta a la finalidad procesal, implica una clara violación a este principio, el principio de culpabilidad y la asignación de finalidades propias de la pena. Si bien a nivel doctrinario se ha intentado justificar con una finalidad procesal causales como la de reiteración delictiva, lo cierto es que no existe argumentación válida para otorgar esta finalidad a causales que no sean el peligro de fuga o bien de obstaculización, incluso otra causal como peligro para la víctima se puede justificar válidamente, siempre y cuando se asocie a una de las anteriores.

La utilización de causales que se aparejan con fines de prevención especial negativa siempre conllevarán la utilización de la prisión preventiva como una pena anticipada, aunque doctrinariamente y un Estado de Derecho como el nuestro esto no es admisible. La realidad es que la privación de libertad de quien aún no ha sido condenado, aún y cuando se le coloque con quienes se encuentra en la misma condición, conlleva las mismas consecuencias de quien ya ha sido condenado, con la gran diferencia de que aún se trata de una persona inocente. Siendo aún inocente, siempre existirá la posibilidad de que el investigado sea absuelto en un eventual contradictorio, sin importar lamentablemente si ya se vio expuesto a la privación de su libertad, con todas las consecuencias que esta conlleva. Precisamente por ello es que la utilización de esta medida cautelar debe ser tan estricta y limitada, procurando siempre que no se convierta en una arbitrariedad del Estado legitimada por una norma de derecho interno.

La existencia de medidas cautelares propias de un efficientismo procesal penal como las señaladas a lo largo de la presente investigación, responde a una noción de alarma social, de un Estado de peligro con tintes propios de un derecho penal de autor, en el cual adquiere mayor relevancia la “peligrosidad del sujeto”, que la verdadera afectación procesal a la aplicación de la ley penal.

El Estado posee indiscutiblemente una obligación de garantizar la seguridad ciudadana, pero ello no se puede realizarse en detrimento de los derechos de algunos, como aquellos considerados “peligrosos”, precisamente mayor legitimación posee un Estado democrático de Derecho, en el tanto se garanticen los derechos y garantías de todos y todas, sin importar si el sujeto es investigado por la comisión de múltiples hechos delictivos, entre otros aspectos que no revisten de una naturaleza procesal. Lamentablemente la Sala Constitucional, a pesar de las posturas incólumes de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no acepta esta posición, postura que en la práctica, es asumida por la mayoría de las y los juzgadores, imponiendo la prisión preventiva en base a causales como las prevista en el artículo 239 bis del Código Procesal Penal, o bien en razón de un peligro de reiteración delictiva.

Sin duda alguna existen manifestaciones del efficientismo procesal penal en Costa Rica, cualquier causal que no sea el peligro de fuga o de obstaculización lo representa. Esta postura podrá no ser la más popular a nivel general, pero si representa la más garantista y propia de un Estado de Derecho como el nuestro. Debería existir un mayor compromiso por quienes ostentan la honorable posición de la judicatura y ejercer un control de convencionalidad al respecto. No es correcto justificar la utilización de estas causales de corte efficientista con una noción tan simplista como que nuestro ordenamiento jurídico la prevé o bien, que en nuestro ordenamiento existe un control concentrado de constitucionalidad, ello

en nada limita para el juez doméstico aplique un control de convencionalidad y desaplique cualquier norma que contraviene la Convención Americana de Derechos Humanos.

Bibliografía

Mora Sánchez, Jeffry José, Prisión Preventiva y Control de Convencionalidad, Juritexto, San José, Costa Rica, 2015.

Brewer-Carías, Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos 2005.

Gary Amador citado por Llobet Rodríguez, Javier, La Prisión Preventiva, 3. Ed, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2010.

Garafalo citado con Vélez Maricando, 1969.

Llobet Rodríguez, Javier, La Prisión Preventiva, 3. Ed, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2010.

Mora Sáchez, Jeffry José, Prisión Preventiva y Control de Convencionalidad, San José, Costa Rica, Juritexto, 2015.

Llobet Rodríguez, Javier, La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales, Primera Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2018.

Llobet Rodríguez, Procesal Penal Comentado, 2012.

Múnera Chavarría, Sergio, Persecución de la criminalidad organizada en el sistema penal costarricense: Entre el eficientismo penal y el discurso garantista, Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 2009.

ZAFFARONI EUGENIO RAUL Y OTROS, Manuel de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Argentina, Segunda edición, Editoria Ediar, temis, 2006.

Seall Sasiain, Jorge. El Garantismo en la Constitución “Formal” y “Material” del Paraguay: Conquistas, déficits y efectos no queridos.

Fernández Hernández, David. El Sistema Penitenciario y Populismo Punitivo en Costa Rica, Tesis para Obtener el grado de doctor en derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, San José, 2018

Pariona, Raúl. El Derecho Penal “Moderno”. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales, en Maier, Julio. ¿Tiene un futuro el Derecho Penal?

Hernández, Rubén. La Tutela de los Derechos Fundamentales.

Houed, Mario y Fallas, David. Eficacia y Garantismo en el Proceso Penal Moderno, en Houed, Mario y otros. Proceso Penal y Derechos Fundamentales.