

Universidad para la Cooperación Internacional

Trabajo Final de Graduación para optar por el Grado de  
Maestría Profesional en Criminología con Énfasis en Seguridad Humana

Tema de Investigación:

La Introducción de la causal de Flagrancia como  
Presupuesto de la Prisión Preventiva y su  
Incidencia en la Seguridad Humana como Derecho Humano

Investigadora:

Yorleny María Campos Campos

San José, Marzo 2012

La Introducción de la causal de Flagrancia como  
Presupuesto de la Prisión Preventiva y su  
Incidencia en la Seguridad Humana como Derecho Humano

TUTOR: M.Sc. José Cisneros Mojica

LECTOR: M.Sc. Adriana Tenorio Jara

---

YORLENY CAMPOS CAMPOS

*Dedicatoria*

*A mi hijo Andrey David.*

## INDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I – Definición de la Seguridad Humana en contraposición con la Ideología de la Seguridad Humana	10
A.-) Seguridad Humana como Derecho Humano	10
B.-) Ideología de la Seguridad Ciudadana	16
C.-) Conflicto entre la Seguridad Humana como Derecho Humano y la Ideología de la Seguridad Ciudadana	21
CAPÍTULO II.- Prisión Preventiva a la Luz del Principio de Proporcionalidad	26
A.-) Definición y Naturaleza de la Prisión Preventiva	26
B.-) Presupuestos para ordenar la Prisión Preventiva	30
b.1) Presupuestos Formales	30
b.1.1 Dictada por Juez Competente	30
b.1.2 De manera fundada	30
b.1.3 Contenido de la resolución	30
b.2) Presupuestos Materiales	32
b.2.1 Probabilidad de Comisión del Hecho Delictivo	32
b.2.2 Peligros Procesales	34
b.2.2.1 Peligro de Fuga	36
b.2.2.2 Peligro de Obstaculización	36

b.2.2.3 Peligro de Reiteración Delictiva	37
b.2.3. Delito Reprimido con Pena de Prisión	39
b.2.4 Examen de Proporcionalidad	39
C.-) Relación entre Prisión Preventiva y Principio de Proporcionalidad	40
c.1 Principio de Proporcionalidad	40
c.1.1 Idoneidad o Adecuación a un fin	41
c.1.2 Necesidad	41
c.1.3 Proporcionalidad en sentido estricto	42
c.2 Límites y Legitimación de la Prisión Preventiva a la luz del Principio de Proporcionalidad	42
 CAPITULO III.- Flagrancia como causal de Prisión Preventiva	 47
A.-) Definición de Flagrancia	49
B.-) Introducción del artículo 239 bis inc. a) como causal de Prisión Preventiva	49
b.1 Reforma Legislativa	49
b.2 Estructura y Función de la Flagrancia en el Código Procesal Penal	53
 CAPITULO IV.- Principio de Proporcionalidad y la Seguridad Humana	 
–El Supuesto de Prisión Preventiva por Flagrancia–	67

A.-) La Prisión Preventiva por Flagrancia Violenta el	
Principio de Proporcionalidad	67
a.1 Vacía de Contenido y Fines Legítimos a la Prisión Preventiva	67
a.2 Adelanta la Sanción Penal	72
B.-) El Quebranto del Principio de Proporcionalidad representa	
una Violación a la Seguridad Humana	75
CONCLUSION	80
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82
REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	84
REFERENCIAS NORMATIVAS	85

## RESUMEN EJECUTIVO

La delincuencia es indiscutiblemente un problema social. Sin embargo, se ha desbocado su real dimensión ante la alarma generada por la ideología de la seguridad ciudadana, que intimida ante un riesgo de ser víctima de la delincuencia callejera en un grado que no coincide con la realidad y que deja de lado otros asuntos que debieran causar mayor conmoción social. En esta antesala de “inseguridad ciudadana” el Estado costarricense cimenta las bases de una legislación más represiva que cosifica al ser humano y vulnera su derecho a la seguridad humana, interviniendo de manera arbitraria e irrespetando el principio de proporcionalidad.

Ejemplo de lo indicado lo constituye la introducción del artículo 239 bis inc. a) del Código Procesal Penal como presupuesto para el dictado de la prisión preventiva. Para su análisis se establecieron como objetivos específicos determinar los presupuestos que configuran la seguridad humana como un derecho humano, examinar el instituto de la prisión preventiva y sus límites normativos y jurisprudenciales en relación con la flagrancia y relacionar los fines declarados de la prisión preventiva con el concepto de seguridad humana.

Se realizó un examen exegético de las normas, de la jurisprudencia y de la doctrina relativo a la prisión preventiva y su relación con la flagrancia observándose en una primera instancia una construcción ideológica basada en los derechos humanos que corresponde a un sistema democrático y que es desplazado por una legislación que incorpora la ideología basada en el discurso populista de seguridad o mejor dicho de “inseguridad ciudadana” brindando, desde el sistema de justicia penal, una respuesta innecesaria, inidónea y desproporcionada al “legitimar” conforme a la lectura de dicho artículo el dictado de una prisión preventiva que vacía de fines legítimos su implementación, y por consiguiente, adelanta la pena. Dicha legislación deviene en contraria a la dignidad humana quebrantando la promesa dada desde un Estado democrático de brindar seguridad como derecho humano y lo que esto conlleva.

## INTRODUCCIÓN

La flagrancia como “causal” de prisión preventiva representa un viraje de un modelo punitivo orientado en la resocialización a un modelo penal basado en la inocuización o incapacitación de la persona que comete un delito. Ante el temor de la “peligrosidad social” de un sujeto la sociedad reacciona con miedo – supuestamente- para “protegerse” desea se le excluya o se le aíse socialmente y exige que se le encierre por el mayor tiempo posible.

Ordenada la prisión preventiva por flagrancia, el Estado opta por un camino basado en el miedo para erradicar o combatir al delincuente con una finalidad de defensa social, ordenando una medida cautelar sin contenido cautelar, es decir “retirar del medio social”, a un individuo que por su actuar pasado o presente o por su ubicación socioeconómica representa un peligro potencial de lesión al orden jurídico. Es decir, el Estado, le asigna a la prisión preventiva funciones no legítimas, de lucha contra la delincuencia.

El costarricense entiende la eficacia del aparato punitivo con la detención de personas y su encarcelamiento preventivo, aún cuando éstas no hayan sido enjuiciadas. La opinión pública rechaza que una persona detenida sea puesta en libertad, y exige que se le encarcele para que se haga justicia y se impida que se sigan cometiendo delitos que pongan en riesgo al ciudadano honesto “que cumple la ley.”

Ahora, para la realización de la Justicia, el Estado tiene la obligación jurídica y constitucional de tutelar la Seguridad Humana de cada uno de sus habitantes, en atención a su dignidad, por la cual todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene una serie de derechos y garantías. Lo cual es aplicable en cada espacio de la vida del ser humano, esto incluye, desde luego, el Sistema de Justicia Penal y por ende, la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar.

De acuerdo a su dignidad, el ser humano es titular de una garantía económica, política, alimentaria, en salud, ambiental, de comunidad, personal, de

sentirse, saberse y estar seguro en cada ámbito de la vida diaria. Lo cual conlleva un trato prioritariamente garante de sus derechos fundamentales.

La Carta Magna dispone como derecho fundamental la libertad: “Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava” integrador de la Seguridad con la que debe contar un ciudadano, es decir, éste tiene que tener la garantía de que podrá transitar libremente de un lugar a otro.

Este derecho, podrá ser legítimamente coartado en los casos taxativamente señalados por el ordenamiento jurídico. Para la imposición de la prisión preventiva es necesaria la concurrencia de varios requisitos. En primero lugar, la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible (sancionado con penas privativas de libertad) o partícipe en él y en segundo lugar la existencia de algún peligro para alcanzar los fines del proceso. El examen de la existencia o no de algún peligro procesal se realizará solo si se ha verificado que en el caso en concreto se presenta el primer requisito señalado, pues ante su ausencia no es procedente el dictado de ninguna medida cautelar.

Es necesario tener la seguridad que solo ante los presupuestos señalados se puede restringir la libertad de una persona: todos deben estar seguros de cuál puede ser la actividad estatal. Punto de partida ha de ser que la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos y Costa Rica, como República democrática, libre e independiente, reconoce la supremacía de los derechos inalienables de la persona.

A partir de las consideraciones anteriores se analizará la introducción de la causal de flagrancia como presupuesto de la prisión preventiva y sus roces con la seguridad humana como derecho humano.

El ordenamiento jurídico debe establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos; pero también, los límites a la intervención del Estado, en busca de que el imputado no quede desprotegido ante probables abusos estatales. De esta manera, un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal.

Nuestra legislación procesal penal establece que la prisión preventiva sólo podrá ser acordada conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados y en los casos estrictamente necesarios. Lo cual tiene su fundamento, entre otros, en el principio de proporcionalidad.

En el Proceso Penal están plasmados los principios básicos del “Debido Proceso” o “Proceso Justo” que desarrolla los principios constitucionales de necesidad del proceso penal con las garantías generales y específicas de protección de la persona, busca impregnar al proceso de los elementos de equidad y justicia que sustenten su legitimidad, poniendo por delante la premisa de que es la persona humana la que se encuentra por encima de la sociedad y del Estado, por más criminal que resulte producto del proceso penal.

Se plantea como objetivo principal analizar la introducción del artículo 239 bis inc. a) del Código Procesal Penal como presupuesto de la prisión preventiva en Costa Rica y su incidencia en la Seguridad Humana a la luz del principio de proporcionalidad.

En consonancia con este objetivo general, se plantean como objetivos específicos:

- 1.- Determinar los presupuestos que configuran la Seguridad Humana como un Derecho Humano.

2.- Examinar el instituto de prisión preventiva y sus límites normativos y jurisprudenciales en relación con la Flagrancia.

3.- Relacionar los fines declarados de la prisión preventiva y el concepto de Seguridad Humana.

Este análisis se apoya, en primer lugar, desde un enfoque de Derechos Humanos y sus características básicas de universalidad e inherencia del ser humano. Se recurrirá primordialmente al análisis del ordenamiento jurídico en materia de seguridad humana y flagrancia como causal de prisión preventiva, que implicará el estudio de la normativa procesal penal y constitucional; así como de instrumentos internacionales ligada a dicha temática, y por supuesto, la respectiva jurisprudencia a nivel nacional.

La investigación documental se constituye en la base para el establecimiento de los postulados y principios que dan sustento a los contenidos teóricos a desarrollar. Para ello es necesario realizar una revisión bibliográfica a través de los principales autores que han desarrollado el tema.

En un primer capítulo se analiza la definición de seguridad humana como derecho humano en contraposición con la ideología de seguridad ciudadana. En un segundo capítulo se define y desarrolla la prisión preventiva como medida cautelar. En el tercer capítulo se analiza la Flagrancia como causal de Prisión Preventiva en relación con los fines y presupuestos para ordenar tal medida cautelar y en un último capítulo, se desarrolla el tema de la vulneración al derecho de la seguridad humana y del principio de proporcionalidad al decretarse prisión preventiva exclusivamente por flagrancia.

## **CAPÍTULO I**

### **DEFINICIÓN DE SEGURIDAD HUMANA EN CONTRAPOSICIÓN A LA IDEOLOGÍA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA**

#### **A.-) SEGURIDAD HUMANA COMO DERECHO HUMANO**

Costa Rica es una República democrática, libre e independiente. (Art. 1 de Constitución Política de Costa Rica). Esta proclamación encierra una ideología en torno a los valores propios de los regímenes democráticos tales como la representación y participación popular, la pluralidad política, la tolerancia y, de manera preponderante el reconocimiento de los derechos humanos. (Houed: 1997)

Los derechos humanos son los atributos, prerrogativas y libertades indispensables para una vida digna. Sin ellos no es posible un desarrollo civilizado de personas y de pueblos, en el que prevalezcan, entre otros, la libertad, el respeto al derecho del otro, la justicia, la equidad, la igualdad, la tolerancia, la seguridad y la solidaridad. Los derechos humanos han sido reconocidos como garantías individuales y sociales en las normas jurídicas de la historia moderna, se fundamentan en la dignidad de la persona.

Dentro de las características de los derechos humanos hay que resaltar que los mismos son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son universales, interrelacionados, interdependientes e indivisibles, a menudo contemplados en la legislación de un país y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, la Constitución Política, los principios generales y otras fuentes

del derecho internacional.

El Estado costarricense no sólo tiene el deber de reconocerlos, sino también de respetarlos y defenderlos. La legislación nacional e internacional señala los límites para que el Estado concrete su actuación; teniendo en determinados casos la obligación de garantizar a los individuos la vigencia de sus libertades y derechos consagrados en la Constitución Política.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o, en otras, de abstenerse de actuar de determinada forma, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos. Plantea esto último una “garantía de seguridad”, es decir, el derecho de la persona de sentirse protegida, en resguardo, segura de contar con sus derechos humanos. De manera tal, que se le asegure el pleno goce y ejercicio de sus derechos. En otras palabras su derecho a la seguridad humana.

La seguridad humana es derecho humano que protege la concreción o satisfacción plena de sus derechos humanos. Lo anterior, en virtud de que hombres y mujeres necesitan vivir sin miedo de que se irrespeten sus derechos a la justicia, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad jurídica; con sus necesidades básicas satisfechas, entre ellas, respiración, alimentación, descanso, techo, intimidad sexual, salud física y emocional, recreación, educación, trabajo, propiedad, amistad, afecto, respeto, éxito, es decir, cubiertas de tal manera que se asegure su autorrealización a través del bienestar personal, familiar y social. En definitiva, contar con la seguridad del respeto y ejercicio de cada uno de sus derechos.

En cada una de las áreas del desarrollo humano, repercute el derecho a la seguridad humana. Éste se tutela, como atributo o cualidad inherente al ser humano, frente a la acción de otros y del propio Estado, a través de disposiciones internacionales. Se encuentra contemplado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” Está contenido en el artículo 7 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales.” Y en igual sentido, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.” La seguridad humana garantiza que la gente pueda vivir en una sociedad que respete sus derechos humanos fundamentales o tendrá acciones legales en caso de injerencias autoritarias o abusivas.

Un Estado democrático de derecho debe proteger al ciudadano de su actuación arbitraria o ilegítima. Así, el ordenamiento jurídico no sólo debe preocuparse de establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos, sino también de establecer los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado, en busca de que el justiciable no quede desprotegido ante probables abusos estatales. Así que el derecho a la seguridad humana se satisface a través de la tutela y cumplimiento de los derechos humanos por parte del Estado, lo que incluye su ámbito de injerencia a través del sistema de justicia penal.

En virtud del derecho a la seguridad humana, los Estados democráticos deben promover modelos procesales acordes con la participación de los habitantes, bajo el entendimiento de que la protección de los ciudadanos implica la lucha contra la delincuencia a partir del respeto absoluto por los derechos fundamentales y el énfasis de la labor estatal en el desarrollo de labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad, más que en tareas meramente represivas o reactivas ante hechos consumados. Esto, en procura de lograr un ambiente apto para el ejercicio de los derechos fundamentales y por ende, la satisfacción de las necesidades humanas.

La seguridad humana comprende el respeto a la dignidad humana a través de la tutela efectiva de cada una de las libertades, principios y derechos fundamentales inherentes a la condición de ser humano. Siendo uno de los principales obligados de garantizarlos el propio Estado: cuya razón de existencia es desde, por y para el ser humano, según la elección de la Democracia como

forma política de organización. La dignidad humana, según Gracia (2005) radica, por un lado, en que el ser humano posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir, y por ello es que es un ser éticamente libre, y por otro, en su sociabilidad, es decir, en su capacidad de vinculación al orden ético social de una comunidad. Ahora bien, tal dignidad corresponde en igual medida a todos los hombres.

La dignidad humana implica el reconocimiento y valía del ser humano como tal, con virtudes y defectos, con sueños y temores, con angustias y pasiones, con habilidades y carencias, con errores y aciertos, con triunfos y fracasos, con una vida por vivir y construir día a día experimentando las más diversas emociones y sentimientos –edificando o destruyendo: desde el amor al odio o desde la compasión y la generosidad hasta el desprecio y el egoísmo, pero no solo, sino con y hacia otros, justamente sus semejantes, pero en definitiva en acción y con consecuencias directamente hacia sí mismo.

El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia.” Dicho principio es consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”

En relación con el destinatario o destinataria de los derechos humanos el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición(...)” Y haciendo alusión a la protección de las leyes el artículo 7, postula: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

El trato igualitario supone que todas las personas a pesar de sus diferencias individuales, que las hacen únicas, son idénticas en su valor esencial como seres humanos, es decir, son idénticas en su dignidad humana, y no deben reconocerse entre ellas privilegios legales. Todos han de tener las mismas oportunidades de desarrollarse y progresar a pesar de ciertas limitaciones económico-sociales. Por ejemplo, si un niño nace en un hogar humilde el Estado debería proveerle un sistema de becas para que avance en sus estudios con la finalidad de tratar de igualar a aparejar, asegurando la satisfacción de sus necesidades y su participación social.

En atención a la seguridad humana, todos deben de recibir un trato justo en la resolución de problemas, lo que incluye la administración de justicia y la imposición de penas ante la comisión de un hecho tipificado como delito. La justicia es el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones.

El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

El Estado costarricense interviene para tutelar los bienes jurídicos que considera de mayor relevancia mediante el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, cuya premisa es la realización de la Justicia como valor fundamental del ordenamiento jurídico. En aseguramiento de lo anterior, puede vulnerar la libertad de una persona deteniéndola de manera legítima solo si cumple con lo establecido en el artículo 37 de la Constitución Política, el cual indica: “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando 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”

El ciudadano tiene la garantía de su libertad contenida en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual dispone: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado (...)” Y en igual sentido la libertad es garantizada en nuestra Carta Magna, en el artículo 20: “Todo hombre es libre en la República; no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes.”

El derecho a la libertad, fue ubicado dentro de los primeros artículos del texto constitucional, pudiendo apreciarse de esta forma el grado de reconocimiento que el constituyente le otorgó. Es fácil concluir que la libertad es el bien por excelencia durante la existencia del ser humano, indispensable para desarrollar todos los demás.

Se requiere que hombres y mujeres depositen su confianza en el Estado, de tal manera, que no teman ser detenidos, en este sentido, contar con la posibilidad de calcular las consecuencias jurídicas de las diferentes acciones, de la forma más exacta posible. La seguridad jurídica es un principio del Derecho que se entiende y se basa en la “certeza del derecho” y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el Estado respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. La seguridad jurídica es la garantía dada al ciudadano por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. De la seguridad jurídica se deriva la irretroactividad de la ley, la tipificación de los delitos y las penas, las garantías constitucionales, la cosa juzgada y la prescripción

La seguridad es un bien necesario para una vida digna. Precisamente por eso puede ser reclamada como derecho. Es el disfrute garantizado y estable de los derechos fundamentales y garantías constituciones; así como, de la satisfacción de necesidades básicas. Se puede decir que se está objetivamente

seguros cuando se han reducido al máximo razonable las posibilidades de sufrir una violencia. Y subjetivamente seguros cuando se experimenta una convivencia en la que básicamente está ausente el miedo a los otros.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos implica el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público. Es decir, para la protección debida de los derechos humanos es necesaria la acción positiva y negativa de todos los poderes públicos del Estado; así como, de los de cada uno de los actores sociales (estableciendo formas de exigibilidad y vigilancia social a favor de la plena realización de todos los derechos humanos - demandas o denuncian ante los órganos jurisdiccionales competentes, seguimiento y monitoreo de políticas públicas, presupuesto nacional-, fortalecer redes nacionales e internacionales que permitan acciones conjuntas en pro de la plena realización de los derechos humanos en todo el mundo).

## **B.-) IDEOLOGIA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA**

Una ideología es el conjunto de ideas fundamentales que caracteriza, guía y define el pensamiento de una persona, un grupo social o un período histórico, que busca mantener o cambiar un sistema social, económico, político o cultural preexistente. Sin embargo, al hablarse de la ideología de la seguridad ciudadana se utiliza vinculándose a la utilización de un determinado discurso como una herramienta de control social que tiene como finalidad la manipulación y la dominación del ciudadano. Mediante su utilización se mantiene el status quo del grupo hegemónico.

Houed (1997) manifiesta que la “seguridad ciudadana” resulta ser un concepto bastante ambiguo y difuso considerado básicamente como la seguridad

e integridad personal, la protección de los derechos vinculados con la propiedad y demás bienes jurídicos, en relación con la forma de enfrentar el delito y hacer eficiente la existencia de derechos humanos.

Sin embargo, nuestra percepción de bienestar y preocupación por la invasión a nuestra esfera de intimidad, en las últimas décadas se ha visto influenciada por la ideología o discurso de la seguridad ciudadana referida al tema de la criminalidad.

La ideología de la seguridad ciudadana genera un discurso concerniente al incremento desproporcionado de la delincuencia, el cual es publicitado a través de los medios de comunicación como de gran preocupación y genera un panorama de alarma social. Dicha ideología es utilizada para justificar una política criminal basada en el incremento de las penas, tipificación de conductas como delito, endurecimiento de la etapa de ejecución, entre otros, en definitiva, en mayores medidas coercitivas o de represión dirigidas en contra de un sector vulnerable de la población (estrato socio-económico al que pertenece). A su vez, con argumentos cimentados en la ideología de la seguridad ciudadana se pretende legitimar la injerencia estatal ante nuevas situaciones fácticas y con argumentos jurídicos que corren el riesgo de irrespetar derechos humanos y garantías constitucionales.

“Miedo al crimen” o “inseguridad ciudadana” son los principales términos empleados para designar aquel fenómeno que la mayoría de la población suele identificar con el aumento –real o supuesto- de la delincuencia y una intervención desafortunada de los organismos estatales encargados de su prevención y represión. Esta creencia, bastante extendida, ha dado lugar a planteamientos y conclusiones simplistas, en numerosos países, poco rigurosos, usualmente equivocados y a menudo peligrosos. (Rico: 2002)

El miedo al crimen constituye desde hace unos cuantos años un fenómeno social que merece un examen detallado. En sí mismo, representa un peligro para el bienestar colectivo. En numerosos casos ocasiona además importantes

cambios en las conductas de los ciudadanos, algunos de los cuales pueden poner directamente en peligro la seguridad de la población (por ejemplo: la adquisición con fines defensivos de armas o perros) e incluso contribuir en cierta forma al incremento de la criminalidad. Así pues, el miedo al crimen puede ser tan dañino para la sociedad como el mismo delito.

En la población se produce una alarmante sensación de inseguridad, percepción que posiblemente excede las posibilidades reales de ser víctima de un homicidio, de un secuestro o incluso de un asalto ya que la percepción de inseguridad no se verifica mediante datos objetivos con el aumento objetivo de la criminalidad. Houed (1997, p. 137) manifiesta lo siguiente:

El recurso a la “seguridad ciudadana” ha sido capitalizado políticamente en nuestro medio, y a él se ha vinculado solo lo referido al tema de la seguridad personal y del patrimonio frente a la potencial agresión. En realidad podemos afirmar que se ha desarrollado una histeria colectiva, por ese sentimiento de “inseguridad” que ha fomentado los medios de comunicación, fenómeno que es altamente peligroso, pues nos conduce por equivocados caminos no solo en materia de política criminal, -si es que pueda hablarse de ella en nuestro país-, sino también en la actitud de la población que ha optado por recurrir a la compra indiscriminada de armas para supuestamente garantizarse la seguridad personal. Al derecho penal y al procesal en su campo, se les encarga en este contexto, del cumplimiento de una función que no les atañe, el ser garantes de esa seguridad, justificándose el que se proceda a actuar sin ataduras legales, es decir, que al “delincuente” se le “juzgue” y “ejecute” sin las formalidades de la realización de un proceso.

En Costa Rica la Ley No. 8720, Ley de Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal tuvo su origen en el Proyecto de Ley

denominado “Ley de Fortalecimiento Integral de la Seguridad Ciudadana” cuyo No. de Expediente es el 16.973 cuya justificación inicia de la siguiente manera:

La violencia y la criminalidad han alcanzado dimensiones de gran magnitud en el país, tal y como lo evidencia el aumento sostenido del número de delitos que se cometen, el crecimiento de las tasas de victimización y la elevada sensación de inseguridad en la población. Aunque la violencia social y delictiva es comparativamente baja frente a otros países de la América Latina, las tendencias hacia un marcado deterioro de nuestra situación, nos obligan a actuar con prontitud y determinación.

La aparición de normas de emergencia, generadas a partir de la aparente necesidad de combatir el delito, suelen generar contradicciones y afectación a los derechos humanos de los sujetos implicados, el origen de dichas afectaciones se encuentra en el uso desmedido de la capacidad coercitiva del Estado, aplicando medidas represivas de manera inmediata, sin fijar su atención al trasfondo sociológico.

Rico (2002, p. 18) señala que uno de los elementos asociados con algunas de las formas violentas en que se manifiesta la problemática criminal resulta ser el deterioro de un conjunto de condiciones básicas para el desarrollo humano (familia, educación, vivienda, empleo, etc.), particularmente en los dos últimos decenios, y su consecuencia: la exclusión social de importantes sectores de la población. Entre estos factores, la relación entre la desigualdad social –medida fundamentalmente como la inequidad en la distribución del ingreso y las oportunidades- y el incremento de la violencia delictiva es una tesis que cada vez adquiere mayor fuerza explicativa.

El Coeficiente de Gini es una medida de la desigualdad ideada por el estadístico italiano Corrado Gini. Normalmente se utiliza para medir la desigualdad en la distribución de los ingresos. Se calcula a nivel de personas y de hogares, a partir del ingreso per cápita del hogar. La metodología actual estima el coeficiente en un rango que va de 0,460 a 0,510.

Según el Informe del Estado de la Nación la desigualdad en la distribución del ingreso arrojó un coeficiente de Gini de 0,508 para el dos mil diez. Se indica en el informe que en materia de desigualdad de ingresos, las últimas ediciones evidenciaron que Costa Rica pasó de una situación que la acercaba a las naciones desarrolladas, a una más semejante a la de los países latinoamericanos, pues en la primera década del siglo XXI la desigualdad medida por el coeficiente de Gini mostró niveles claramente ascendentes y superiores a los observados en la década previa. Se reveló que la concentración del ingreso prevaleciente en el país es mucho mayor de lo que se creía.

Se afirma en el “Proyecto de Ley de Fortalecimiento Integral de la Seguridad Ciudadana” que la “Inseguridad Ciudadana” tiene graves consecuencias para el desarrollo del país, puesto que no solo genera costos elevados a los ciudadanos y al erario público, sino que además afecta ciertas actividades productivas tales como el turismo y el comercio; finalmente, se produce un deterioro de la calidad de vida de la población y una pérdida de capital social.

Las consideraciones anteriores hacen ver a la “Inseguridad ciudadana” como un problema serio que requiere medidas urgentes para su contención y acciones que se implementan desde la injerencia represiva del derecho penal. Obviando darle el peso social correspondiente a la desigualdad en la distribución de ingresos como factor que contribuye no solo al fenómeno de la delincuencia sino también al desarrollo del país.

Es esperable que se presente algún porcentaje de delincuencia, ante las desigualdades sociales y la inevitabilidad de conflictos sociales, propios de reacciones de los individuos sin que exista base estadística para que esto sea considerado un tema de altísima repercusión social o afectación en la cotidianeidad de cada individuo. Otro dato, específicamente el Coeficiente de Gini, es el que está dando una señal de alarma para la intervención inmediata del aparato estatal en los ingresos y por ende, en la calidad de vida del ciudadano costarricense.

Los fenómenos de violencia deben ser combatidos con acciones socio económicas de carácter integral, teniendo claro que el Derecho penal es sólo uno de tantos medios de control social existentes, no siendo probablemente el más importante de ellos, en donde el delito, origen de la reacción punitiva del Estado, constituye "sólo la punta del iceberg de situaciones difíciles o conflictivas."

La existencia de normas penales que legislen situaciones de emergencia es, ciertamente, cuestionable, pues éstas, tienen como tónica general la restricción de derechos fundamentales, principalmente en relación con la detención y el derecho de defensa. Esto es una respuesta simbólica frente al fenómeno de la criminalidad, dado que resultan ineficaces para hacer frente verdaderamente a la delincuencia, pues la eficacia que pretende justificar las violaciones a los derechos fundamentales contenidas en las leyes penales de emergencia es sólo una quimera, éste tipo de leyes no ha logrado una reducción significativa de la violencia, a pesar de sus graves violaciones de principios jurídicos estatales, de allí que, por lo general, el uso irracional del ius puniendi no haga sino agudizar el conflicto social.

No debiera perderse de vista que el Derecho penal es una herramienta demasiado peligrosa en manos del Estado y por ello debe preocupar no sólo el rumbo actual de las legislaciones penales, sino también una retórica antigarantista que podría estar contribuyendo a aumentar la degradación de la cultura del Estado de Derecho y de las garantías.(Sotomayor: 2008)

### **C.-) CONFLICTO ENTRE LA SEGURIDAD HUMANA COMO DERECHO HUMANO Y LA IDEOLOGÍA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA**

Ante el problema de la delincuencia, agravado por la ideología de la seguridad ciudadana, quien es víctima de un delito y quienes temen serlo exigen que la persona que es detenida sea encerrada, es decir, en términos de aplicación del derecho procesal penal reclaman la aplicación de la prisión preventiva como regla.

El Estado democrático de derecho descansa en la división de poderes como un sistema de pesos y contrapesos que impone límites a la acción estatal. Desde el sistema de justicia penal, es el juzgador quien tiene la facultad de resolver la situación jurídica de una persona contra quien el representante del Ministerio Público solicite la prisión preventiva, resolviendo si en un caso particular procede o no la imposición de dicha medida cautelar conforme la existencia o no de los requisitos procesales y materiales de la misma y cuando sea estrictamente necesario. Sin embargo, la ideología de la seguridad ciudadana promueve bajo el argumento de obtener mayor bienestar colectivo regulaciones que podrían vulnerar garantías constitucionales.

La existencia de la seguridad humana como derecho humano en un Estado democrático de derecho establece, entre otros, una preponderancia por las garantías procesales establecidas en la Constitución Política. Las garantías han sido definidas “como límites al poder penal del Estado.” Las garantías procesales procuran asegurar que a ninguna persona se le privará de su libertad sin el respeto a los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal destinada a investigar y sancionar conductas tipificadas como delito.

El Estado democrático de derecho es definido por sus garantías de libertad. En este sentido, se entiende que la justificación del uso de la violencia por parte del Estado presupone que se cumplan estrictamente las condiciones específicas para la vulneración a garantías fundamentales. Cuando un delito se produce, se lacera un bien jurídico tutelado. Empero, la premisa jurídica de la cual parte el ejercicio legítimo de la intervención estatal es la tutela de los derechos humanos: satisfacer el derecho a la seguridad humana en el tema de la delincuencia no se puede lograr si se quebranta los supuestos, principios y garantías constitucionales que facultan la intromisión a derechos fundamentales, verbigracia, al derecho a la libertad.

El derecho proceso penal es un procedimiento altamente propenso a la vulneración de derechos humanos, lo cual puede efectuar de manera legítima dentro de los límites establecidos. Justamente, el derecho procesal penal es

derecho constitucional aplicado porque en su ejercicio se pueden afectar derechos fundamentales. En el proceso penal se ha de cumplir de manera rigurosa con el debido proceso garantizándose que no se prive a ningún individuo de la oportuna tutela de sus derechos fundamentales, para que el proceso seguido en su contra se desarrolle en fiel cumplimiento de los principios y garantías constitucionales.

Ahora bien, hay que remarcar que la eficacia de la administración de justicia y de la seguridad jurídica no puede alcanzarse sacrificando los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse la prevalencia del interés general sobre el particular pues el Estado a través de la Constitución Política reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona.

El discurso de la lucha contra la delincuencia desde la seguridad ciudadana omite que el fenómeno delincencial, por su complejidad, debe de ser enfrentado por el Estado de manera integral y no solo desde la represión liberando al ser humano del temor y la miseria, como fue proclamado por el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

El ser humano tiene derecho de sentir la tranquilidad de la no injerencia arbitraria o violencia por parte de algún tercero –incluyendo al Estado- en sus interrelaciones sociales, es decir, respeto por lo que cada quien es, cómo se construye y reconstruye en sociedad, teniéndose claridad que la regla rige para todo hombre y para toda mujer, con independencia de edades, género, sexo, características físicas, situación socio-económica, entre otros.

Bacigalupo (2005) afirma que es preciso alertar respecto de soluciones emocionales que postulan un desmantelamiento del proceso penal liberal para garantizar una mejor persecución del delito, pues llevadas a sus últimas consecuencias suelen olvidar que la función primordial del Estado es la protección de la libertad.

La protección de la “seguridad ciudadana” poniendo en grave riesgo la libertad es difícilmente compatible con la idea de un Estado democrático de Derecho. Los seres humanos, sentirán inseguridad ante los acontecimientos de la vida basada en las probables consecuencias aversivas (las cuales pueden provenir de amenazas externas reales o de temores personales de no saber o no poder afrontar una situación y las consecuencias negativas de la misma). De acuerdo al derecho humano a la seguridad, hombres y mujeres son titulares de una garantía de seguridad que debe ser cumplida por el Estado. Lo cual conlleva un trato prioritariamente garante de sus derechos fundamentales. Para que esto tenga contenido en la práctica, se ha de reconocer que todos los hombres y todas las mujeres son seres humanos, y no serán tratados como “cosa”, como “objeto”, sino como seres pensantes, actuantes y emotivos quienes comparten un espacio en un tiempo determinado con sus semejantes.

En materia de seguridad, valdría resaltar la importancia de que cada quien se desarrolle en un ambiente seguro y para ello, es indispensable que el Estado – como titular del poder legislativo, ejecutivo y judicial- propicie las condiciones para que esto sea posible. No pensar solo en unos pocos, sino llevar a la optimización del bienestar común mediante un discurso en el que se evidencie no solo en palabras sino también en acciones concretas la tutela de la seguridad humana como derecho.

Para arribar a la tutela real y efectiva del derecho de la seguridad humana en el proceso penal no se puede admitir el sacrificio de ninguno de los derechos humanos. Las condiciones de desarrollo y realización –individual y social- han de ser óptimas para todos, no admitiéndose el sacrificio de ningún individuo. Houed (1997, p. 43), sobre lo que se considera como un derecho penal y procesal penal

eficaz, expone:

Esto es de apuntar en primer término que si lo que se busca es un instrumento jurídico eficiente, aplicable y acorde con una sociedad democrática, debe renunciarse a la “seguridad ciudadana” como ideología por cuanto “caídos muchos totalitarismos y autoritarismos en el mundo, el principal peligro que amenaza a las democracias modernas es la dictadura de la seguridad ciudadana: el reclamo constante y progresivamente creciente de mayor seguridad no puede conducir a otra cosa que a la pérdida total de seguridad.

El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

El derecho a la seguridad implica, en un Estado democrático de derecho, la tranquilidad de vivir en un lugar donde se promueva el efectivo ejercicio de todos los derechos, y se favorezca la satisfacción de las necesidades básicas. Lo que conlleva la garantía de protección contra la delincuencia, lucha que se realiza de manera integral –dando énfasis a políticas de prevención más que a la represión– y con absoluto respeto a las garantías constitucionales. No se puede hablar de seguridad cuando los fundamentos de determinada acción política están basados en el miedo.

## **CAPÍTULO II**

### **PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

#### **A.-) DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El Derecho Penal utiliza la herramienta más violenta que el Estado democrático de derecho se puede permitir en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana: la restricción de la libertad. En la vida en sociedad la aprehensión de una persona es llevada a cabo a través de los dispositivos de seguridad denominados esposas que utilizan los oficiales de policía, y la persona es encerrada en un aposento con barrotes. De la forma indicada, a un individuo se le imposibilita desplazarse de un lugar a otro; lo que conlleva, no poder decidir qué quiere hacer, su libertad de movimiento queda anulada ante la intervención estatal. El límite a la potestad restrictiva de la libertad del Estado está contemplado en el artículo 37 de la Constitución Política:

Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando 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.

En una República democrática no cabe admitir que el poder estatal pueda ser ejercido sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho. El Estado está autorizado a coartar la libertad de la persona según el supuesto fáctico y jurídico, mediante la aprehensión, la detención, la prisión preventiva o la ejecución de la pena.

La aprehensión tiene lugar cuando una persona es sorprendida en flagrante delito o contravención o sea perseguida inmediatamente después de intentarlo o cometerlo; se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención; existan indicios comprobados de su participación en un hecho punible y se trate de un caso en que procede la prisión preventiva. Puede ser realizada por la policía o en el supuesto de flagrancia por un particular; carece de orden judicial por ser urgente; es de corta duración, ya que se establece que “sin demora” debe ser puesto a la orden de autoridad competente. (Artículo 235 del Código Procesal Penal).

La detención es realizada por el Ministerio Público cuando estime que sea necesaria la presencia del imputado y existan indicios comprobados para sostener, razonablemente, que es autor, de un delito o partícipe en él, y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar; o para evitar que imputado o testigo se alejen del lugar del hecho, se comuniquen entre sí o se modifique el estado de las cosas o lugares o para hacer concurrir a alguna persona necesaria para la investigación de un delito y no podrá exceder las 24 horas (artículo 237 del Código Procesal Penal)

La prisión preventiva consiste en una medida cautelar, dictada durante el proceso por autoridad jurisdiccional y con antelación a la sentencia o después de ésta, tendiente a impedir que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia e impida el eventual cumplimiento de la sanción, se entorpezca la actividad probatoria, la realización de los actos procesales necesarios para la culminación del proceso, o para evitar que se reitere la conducta delictiva.

Las medidas cautelares buscan asegurar el proceso, derivando de ahí su carácter “cautelar” no punitivo. El aseguramiento que persiguen está vinculado con la existencia de un algún peligro para el proceso en caso de no ordenarse (fuga u obstaculización).

Y la ejecución de la pena es llevada a cabo ante la existencia de sentencia firme en la que se establezca la responsabilidad penal por la comisión de un

hecho ilícito dictada por Tribunal competente quien pone al imputado a la orden del Instituto Nacional de Criminología y el Juzgado de Ejecución de la Pena.

La prisión preventiva como medida cautelar restringe la libertad sin haberse establecido la responsabilidad penal del imputado mediante sentencia que así la declare. Mediante las medidas cautelares se tutelan fines instrumentales que resultan diversos a los fines punitivos –propios de la pena, la cual cumple fines de prevención general negativa. La finalidad cautelar o instrumental marca una clara diferencia para establecer la legitimidad de una medida cautelar. Houed (1997, p. 135) sostiene:

Todo otro acto de coerción estatal aplicado antes de la sentencia, deberá tener finalidades y características distintas a las de la sanción penal. En primer lugar, porque debe destacarse que mientras no haya sentencia, el imputado es jurídicamente un inocente y no sería admisible por ningún motivo un anticipo de pena, y en segundo lugar, porque si la privación de libertad inferida de una sentencia requiere el debido proceso, el Estado, para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la decisión del tribunal, puede utilizar los recursos coercitivos, pero estos se convierte en la práctica de una función instrumental y de garantía.

El artículo 10 del Código Procesal Penal establece que las medidas cautelares sólo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

Si la prisión preventiva es medida cautelar su imposición tiene carácter excepcional, la regla es la libertad personal (artículo 20 de la Constitución Política). La Sala Constitucional mediante Voto No. 3292-2011 de las catorce horas con treinta y cuatro minutos del quince de marzo del dos mil once sostuvo:

Desde los inicios de esta Sala, su jurisprudencia ha sido y es reiterada al determinar que la privación de libertad como medida cautelar es

excepcional, y que únicamente puede ser decretada por el Juzgador cuando existan razones procesales objetivas que la hagan indispensable, a fin de asegurar el descubrimiento de la verdad real y la actuación de la ley penal.

La prisión preventiva, como medida cautelar, sólo puede tener fines procesales. El carácter procesal de la prisión preventiva significa que la coerción se utiliza para garantizar la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal. Se trata, en consecuencia, de lograr que el proceso penal se desarrolle normalmente, sin impedimentos, para obtener la solución definitiva que resuelve el aspecto sustantivo del caso. (Lancman: 2011)

La imposición de la prisión preventiva deviene en un acto hostil por parte del Estado que: a) Coarta sus posibilidades reales de defensa, presentación de testigos, pruebas de cargo o preparación de la tesis de descargo con su abogado defensor. b) En este lugar con barrotes y cerrojos denominado cárcel es fácilmente imaginable que embargue una total sensación de desprotección e impotencia frente a la investigación, la policía, el Ministerio Público, es decir, el sistema de justicia penal. c) Sobre la persona detenida recae el estigma o la etiqueta de “delincuente” el cual además de peyorativo resulta con una serie de consecuencias prácticas a nivel laboral (dificultad para encontrar y mantener trabajo), familiar (inseguridad, reproche o situaciones económicas difíciles) e individual (baja autoestima y confianza en sí mismo, disminuye posibilidades futuras de superación y de empoderamiento personal). d) La persona es enjuiciada por los medios de comunicación, quienes emiten valoraciones subjetivas sobre su responsabilidad o participación en un delito irrespetando no solo su dignidad, sino también contraviniendo el orden constitucional establecido, ya que el enjuiciamiento de una persona es facultad de los Tribunales de Justicia.

## **B.-) PRESUPUESTOS PARA ORDENAR LA PRISIÓN PREVENTIVA**

### **b.1) Presupuestos Formales**

La imposición de la prisión preventiva se hará mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley (artículo 238 del Código Procesal Penal).

#### **b.1.1 Dictada por Juez Competente**

De conformidad con el principio de Juez natural nadie puede ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso y la potestad de aplicar la ley penal corresponde sólo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley. (Artículo 3 del Código Procesal Penal).

#### **b.1.2 De manera fundada**

El deber de fundamentación está contenido en la disposición del artículo 142 del Código Procesal Penal:

Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba (...). Los autos y las sentencias sin fundamentación serán ineficaces.

La Sala Constitucional en el Voto. No. 15291-2011 de las dieciséis horas con veintiséis minutos del ocho de noviembre del dos mil once y hace alusión a la obligatoriedad de la fundamentación de las resoluciones que restringen la libertad:

La fundamentación de las resoluciones es constitutiva del debido proceso. Por ello esta Sala debe analizar el asunto, en relación con la fundamentación de las resoluciones que restringen la libertad. Se trata de un deber legal y constitucional que se impone al juzgador. La exigencia de exponer en la respectiva resolución el respaldo fáctico concreto existente en la causa y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida. Sólo de esa forma se logran individualizar las razones que motivaron la decisión y sólo así surge la posibilidad de controlar en alzada esa disposición.

### **b.1.3 Contenido de la resolución**

De conformidad con el artículo 243 del Código Procesal Penal la resolución jurisdiccional en que se disponga la prisión preventiva tiene que expresar cada uno de los presupuestos que la motivan. Además el auto debe mencionar: los datos personales del encartado o los que lo identifican; el hecho o hechos que se le atribuyen; las razones que apoyan los presupuestos concurrentes; las disposiciones legales; la fecha en que vence el plazo máximo de la privación de libertad.

## **b.2) Presupuestos Materiales**

El artículo 239 del Código Procesal Penal establece las condiciones para el decreto de la prisión preventiva: existencia de elementos de convicción que permitan sostener, razonablemente, la probabilidad de comisión del hecho por parte del imputado; la existencia de peligro procesales: fuga, obstaculización o reiteración delictiva y proporcionalidad de la medida. Se exige que el delito atribuido esté reprimido con pena de prisión.

### **b.2.1 Probabilidad de comisión del hecho delictivo**

La existencia de elementos de convicción suficientes que lleven a determinar, en cada caso en concreto, que una persona es autor o partícipe de un hecho punible es requisito indispensable para la imposición de una medida cautelar, es decir, sin la probabilidad de comisión del hecho punible no es procedente el dictado de la prisión preventiva ni de ninguna otra medida cautelar. Los elementos de convicción allegados a la investigación tienen que ser suficientes para vincular, a quien se señale como autor o partícipe, con el delito. Esto como primer presupuesto para legitimar la restricción de un derecho fundamental. Llobet (2009) expone:

La exigencia de la sospecha suficiente de culpabilidad no es sino una consecuencia del principio de proporcionalidad, el que no admitiría que una privación de libertad de la intensidad de la prisión preventiva debiera ser soportada por aquél contra el cual no existen suficientes elementos de convicción como para estimar como probable que es responsable penalmente. Así, en el balance entre el interés persecutorio del Estado y el interés del imputado en permanecer en libertad durante el proceso, solamente podría justificarse el dictado de

la prisión preventiva cuando el interés persecutorio es elevado, lo que existe cuando, debido a la existencia de sospecha suficiente de culpabilidad, la posibilidad de una sentencia condenatoria sube.

Para establecer la vinculación del imputado con los hechos atribuidos es suficiente la probabilidad de su participación en el hecho típico, antijurídico y culpable. Sobre este aspecto, valga hacer alusión al voto de la Sala Constitucional No. 660-2005 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de enero del dos mil cinco, el cual dispuso de que a fin de garantizar el respeto a la libertad individual y el principio de inocencia que rige en materia penal, la prisión preventiva de un individuo como medida cautelar, deberá ser acordada, excepcionalmente, cuando exista indicio comprobado de que éste ha cometido un delito.

Estos elementos de convicción han de ser idóneos y legítimos para acreditar la responsabilidad de un hecho. Rige en materia penal el principio de libertad probatoria, mediante el cual, podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de ley (Artículo 182 del Código Procesal Penal)-

Desde la óptica del Estado democrático de derecho, la licitud de la prueba implica, no solo, el acatamiento a determinadas formalidades, garantías y competencias que deben ser observadas en su recolección e incorporación a debate, sino también el respeto por los derechos fundamentales del imputado, lo cual no puede ser quebrantado en aras de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad o en la persecución del delito.

El artículo 37 de la Constitución Política exige el indicio comprobado de haber cometido delito para que pueda ordenarse la detención de una persona. Entonces, la exigencia del indicio comprobado de la comisión de un delito para ordenar cualquier medida cautelar es una concretización de la garantía constitucional indicada. No obstante, la existencia de esa probabilidad, por sí

misma, no puede conllevar, indefectiblemente, a la restricción de la libertad a través de la prisión preventiva o de alguna otra medida cautelar, sin la previa constatación de un peligro procesal, o de reiteración delictiva según la exigencia legal.

Es condición previa e indispensable para ordenar la prisión preventiva de un imputado la constatación de “indicios comprobados de haber cometido delito”, de conformidad con el artículo 37 de la Constitución Política, y para mantener la medida, el Tribunal debe fundamentar su decisión en el peligro procesal que existiría de encontrarse el imputado en libertad. Por la vía del hábeas corpus a este Tribunal le compete conocer el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 37 de cita, así como la fundamentación de la medida en aspectos objetivos de índole procesal -criterios de necesario acatamiento para justificar la privación de libertad. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 42-2005 a las nueve horas con cinco minutos del once de enero del dos mil cinco).

El examen de la existencia o no de peligros procesales que legitimen la imposición de alguna medida cautelar se realizará solo si se ha constatado la existencia de la probabilidad de la comisión de un hecho ilícito, la cual resulta esencial, de acuerdo al ordenamiento jurídico costarricense, para ordenar la prisión preventiva –o alguna otra medida cautelar- en contra de una persona, a quien, como autor o partícipe, se le atribuya la comisión de un hecho punible.

### **b.2.2 Peligros procesales:**

Por lo general, se distinguen tres peligros procesales, que se deben agregar al requisito sustancial y obligatorio del grado suficiente de sospecha. El primero es el peligro de fuga, el segundo, el peligro de obstaculización. Y se habla del peligro

de reiteración delictiva como tercer peligro. Para Binder (1993, p. 199) solo el primero resulta admisible:

Dentro de nuestro sistema constitucional, solamente el primero puede constituir un fundamento genuino para el encarcelamiento preventivo. El entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Además, es difícil de creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad.”

De acuerdo con el Informe No. 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso 12.553 “Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay”, aprobada por la Comisión el 1 de mayo de 2007:

La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7 (5): "Toda persona detenida o retenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin.

Sin embargo, la legislación procesal costarricense establece los peligros procesales en el artículo 239 inc. b) del Código Procesal Penal, por los cuales es

posible jurídicamente decretar una medida cautelar: “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.”

La Comisión Interamericana ha establecido que del artículo 7 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. (Informe No. 35/07).

#### **b.2.2.1 Peligro de Fuga**

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.3, dispone que 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.

Cuando la aplicación de la ley penal corre un serio riesgo de no hacerse efectiva los códigos autorizan la imposición de la prisión preventiva. Se tiene la impresión de que el imputado huirá o evadirá la acción de la justicia. Razón por la cual la ley penal no podrá ser aplicada, es decir, que el encartado no cumplirá la condena. (Tavares: 2010)

El artículo 240 del Código Procesal Penal establece una lista no taxativa de circunstancias a valorar para establecer si el imputado evadirá la acción de la justicia: 1.- arraigo en el país determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, negocios o trabajo y facilidades para abandonar definitivamente el país u ocultarse; 2.- la sanción a imponer; 3.- la magnitud del daño ocasionado; y 4.- el comportamiento del imputado en otro proceso anterior,

en tanto indique su voluntad de someterse a la persecución penal. También se señala que la falsedad, falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.

#### **b.2.2.2 Peligro de Obstaculización**

El peligro de obstaculización existe ante la grave sospecha de que el imputado 1. destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; 2.- 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 (artículo 241 del Código Procesal Penal). La finalidad del imputado al irrumpir en la actividad probatoria es impedir que se determinen las circunstancias del hecho y sus autores o partícipes.

La sola sospecha de poder atentar contra la actividad probatoria, sin ningún respaldo específico, es insuficiente para considerar su procedencia. Para su determinación es importante el delito atribuido o la forma de vida del encartado, basada en amenazas, falsedad, violencia, etc., sin que tampoco se puede sustentar la causal en la falta de conclusión de la investigación, en la ausencia de testigos, posibilidad de amenaza, o por la fuga de otros coimputados, sin mayor razonamiento para el caso particular.

#### **b.2.2.3 Peligro de Reiteración Delictiva**

La reincidencia es una de las causales más polémicas, toda vez que a pesar de los esfuerzos doctrinarios por encontrar en su implementación el aseguramiento procesal, su función netamente es de prevención especial y, en consecuencia, asimilable a una medida de seguridad (sustentada en el criterio de peligrosidad y delincuencia habitual) o de pena anticipada. Por ello, a pesar de

que se abogue por su uso argumentando el retardo que implica para la administración de justicia que el imputado incurra en nuevos hechos, el enfoque de tal estipulación en nuestra ley procesal no se orienta a impedir retrasos en el proceso, sino a la existencia en sí del peligro de reiteración delictiva.

Asimismo, la restricción de la libertad del imputado para proteger el interés de la colectividad tiene como limitación el principio de dignidad de la persona, el cual se socava con la pena anticipada o, lo que es igual, sin la existencia previa de un proceso y del dictado de una sentencia que determine su culpabilidad. Tampoco supera dicha causal la exigencia de proporcionalidad en el tanto se acuda a la prisión preventiva para evitar la reiteración, que bien puede ocurrir en el centro carcelario sin dejar de lado que, ante el conflicto de derechos, debe resolverse a favor de la libertad. El criterio emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el cual es plenamente compartido, estableció en relación con la prisión preventiva:

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. Esos 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.

### **b.2.3. Delito reprimido con pena de prisión:**

Se parte de que en aquellos supuestos donde *prima facie* se estima que no corresponde la aplicación de la pena privativa de libertad no está autorizada tampoco la prisión como medida cautelar.

### **b.2.4 Examen de proporcionalidad:**

El principio de proporcionalidad opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente. Se constituye en un principio protector y criterio útil para impedir la injerencia arbitraria del Estado, pues se parte de la prohibición de exceso del aparato punitivo. (Artículos 10 y 238 del Código Procesal Penal).

Como consecuencia del principio de proporcionalidad surge la exigencia de la sospecha suficiente de culpabilidad. Ya que no sería procedente una privación de libertad de la intensidad de la prisión preventiva cuando contra el acusado no existan suficientes elementos de convicción para estimar como probable que es autor o partícipe de un hecho ilícito. Es decir, el interés persecutorio del Estado ha de ser elevado, presente en mayor medida cuando la probabilidad de la comisión de un delito es alta.

Pero además, para que se justifique la prisión preventiva, en atención y de cara a este principio es también indispensable el análisis de las circunstancias del caso en concreto, el cual ha de establecer la existencia de peligros procesales en un grado tal que hagan necesaria, idónea y proporcional su imposición.

## **C.-) RELACIÓN ENTRE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **c.1) Principio de Proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad, también denominado principio de prohibición de exceso, responde a la idea de evitar una intervención estatal desmedida; la cual está limitada a lo imprescindible para cumplir la finalidad procesal. Exige que en el caso en concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida, guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

El principio de proporcionalidad se fundamenta básicamente en la dignidad del ser humano –individuo- y en los principios y normas constitucionales que sirven de sostén a una República Democrática, en la cual debe imperar el respeto de los derechos fundamentales y aunque caben intervenciones estatales, el Estado siempre debe proteger a las personas cuando éstas ocurran. Así, las injerencias estatales encuentran dos límites: el núcleo duro del derecho afectado y la proporcionalidad que conlleva la justicia del caso concreto. Por ende, aunque el ejercicio de la libertad aparezca reconocido por el ordenamiento, éste puede restringirse en situaciones específicas que ameritan el examen particularizado de su lesión.

El principio genérico de proporcionalidad se subdivide en tres subprincipios: a) necesidad, b) idoneidad o adecuación y c) proporcionalidad en sentido estricto.

### **c.1.1 Idoneidad o Adecuación a un fin:**

Implica que bien el juez tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele.

Exige un análisis de medio a fin, de modo que se analiza si la medida adoptada es adecuada a la finalidad con ella perseguida, la cual debe ser tanto cualitativa como cuantitativa, resultando procedente durante el plazo que subsista el riesgo de afectación del proceso.

### **c.1.2 Necesidad:**

La necesidad se relaciona el principio *pro libertatis*, y con el de Derecho Penal de mínima intervención, aceptándose que entre menos intervenga el Derecho Penal y sancionador en la vida de las personas, mayor libertad se puede alcanzar. Lo anterior sin dejar de reconocer que esa injerencia es necesaria para asegurar las libertades, de manera que sólo cuando el Derecho Penal sea absolutamente indispensable se acuda a él para castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes. En el plano de las medidas cautelares es donde se aprecia más claramente la tensión entre la eficacia de la persecución penal y la garantía de ejercicio o respeto de los derechos fundamentales.

Ante la exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima, el Estado está obligado a elegir la medida que permita lograr el objetivo con el menor sacrificio posible de los derechos individuales. Es decir, se procura que, entre varios, el mecanismo seleccionado no solo sea indispensable sino que, también, devenga en el que mejor se adecue al objetivo y produzca el mínimo de afectación de los derechos, sea entre todos los posibles o idóneos el menos lesivo. Sólo en

aquellos casos es que se requiera el aseguramiento procesal frente a un hecho delictivo grave e intolerables y la intervención estatal solo ha de intervenir de manera residual, cuando se demuestre que otras medidas cautelares no cumplen la finalidad.

### **c.1.3 Proporcionalidad en sentido estricto:**

Exige una ponderación entre el interés público o el cumplimiento de los fines de la administración de justicia que se quiere proteger y el derecho fundamental que se pretende limitar, es decir, la libertad lo que ocurre, por ejemplo, cuando se valora la restricción temporal de la libertad a través de la prisión preventiva.

Resultaría desproporcionado que al sujeto se le haga cumplir un año de prisión preventiva cuando el lapso que debería descontar ante una posible sentencia condenatoria sea inferior a este o que se encuentre en prisión preventiva por cualquier plazo cuando ni siquiera fuera probable la imposición de una pena privativa de libertad. En otras palabras, con base en un examen de proporcionalidad en sentido estricto se persigue que la prisión preventiva no supere la pena que *prima facie* se podría aplicar ante una condena.

### **c.2) Límites y Legitimación de la Prisión Preventiva a la Luz del Principio de Proporcionalidad.**

De acuerdo con Binder (1993, p. 204) es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal de manera legítima, desde el punto de vista de la Constitución, si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la violencia propia de la condena, si respeta los requisitos sustanciales –es decir, si hay una mínima sospecha racionalmente fundada-, si se demuestra claramente su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está

limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena. Solamente si se cumplen en conjunto todos y cada uno de estos requisitos, se estará respetando el diseño constitucional del uso de la fuerza durante el proceso penal.

En el párrafo anterior, Binder relaciona la aplicación del Principio de Proporcionalidad al proceso penal y específicamente, a la imposición de la prisión preventiva medida cautelar como prisión preventiva. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación 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 no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, dispuso:

Las medidas cautelares se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos. La prisión preventiva no es una excepción a esta regla. Como consecuencia del principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan. (Informe 35/07)

Y ante lo expuesto, resulta ilegítimo fundamentar la prisión durante el proceso basados en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho.

En definitiva, una prisión preventiva que no sea conforme al principio de proporcionalidad debe ser estimada como detención arbitraria contraviniendo la normativa internacional y nacional. El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su

honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” y el artículo Artículo 11. 2 Convención Americana de Derechos Humanos, “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Con base en el principio de proporcionalidad, se exige la valoración de la legitimidad o ilegitimidad de la intervención estatal. De manera tal que, sometido su proceder al lente de cada uno de los sub-principios que integran dicho principio, se pueda concluir si la actuación fue razonable, racional, adecuada, necesaria, proporcional en sentido estricto y mínima.

La Sala Constitucional en Voto No. 660-2005 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de enero del dos mil cinco estableció la finalidad procesal.-

A fin de garantizar el respeto a la libertad individual y el principio de inocencia que rige en materia penal, la prisión preventiva de un individuo como medida cautelar, deberá ser acordada, excepcionalmente, cuando exista indicio comprobado de que éste ha cometido un delito, mediante resolución judicial fundada, y en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley

El principio de proporcionalidad impone establecer una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, procediendo únicamente cuando el Juez no tiene otra opción menos lesiva a fin de garantizar los fines del proceso.

La Sala Constitucional en Voto No. 1739-1992 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos determino los alcances del principio de proporcionalidad en el proceso penal a efecto de otorgar validez a las leyes, normas y actos de autoridad:

De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos

competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

El principio de proporcionalidad no es un beneficio a favor del reo, sino una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del estado. Constituye una garantía de las personas respecto de la actividad del Estado en tanto que, si bien abstractamente puede estar permitida la intervención del último, siempre deberá hacerse una valoración concreta para determinar si esa injerencia se justifica o no, sin perder de vista que ese balance es en el sentido de limitar la intervención estatal, porque el principio de proporcionalidad, sin esa finalidad protectora del administrado, podría llevar a la arbitraria actuación del Estado en su perjuicio.

Por otro lado, este principio desempeña en un Estado de Derecho una función garantista para los administrados con respecto de la actividad estatal. No basta que en abstracto, la legislación autorice la intervención estatal, es necesario

hacer un balance en el caso concreto, para determinar si el interés estatal que se trata de garantizar tiene un carácter preponderante frente a los costos que para el administrado representa la injerencia en sus derechos fundamentales. (Llobet: 2005, p. 538)

## CAPITULO III

### FLAGRANCIA COMO CAUSAL DE PRISIÓN PREVENTIVA

#### A.-) DEFINICIÓN DE FLAGRANCIA

La palabra flagrante tiene su origen en el latín “flagrans,” “flagrantis,” que significa que arde o que está en llamas. Propiamente, en el idioma español, flagrante es participio del verbo flagar, o estar en llamas. Se utiliza la expresión en castellano “in fraganti” que deriva de la latina “in flagranti” para hacer alusión a que su autor es descubierto en el mismo acto de la perpetración del delito.

El artículo 236 del Código Procesal Penal establece: “Habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar de un delito.”

De la lectura del artículo anterior, se extraen cuatro supuestos fácticos de flagrancia:

1.- Que el sujeto sea sorprendido, ya sea por la autoridad o por un particular, en el momento de cometer, de realizar los actos de ejecución del hecho delictivo, autorizando la intervención policial y la detención sin que medie orden escrita de juez.

2.- Que el sujeto sea sorprendido inmediatamente después de haber cometido el hecho punible.

3.- Que el sujeto sea perseguido inmediatamente después de intentar cometer o de cometer el hecho delictivo, ya sea por la autoridad de policía, por el ofendido o particulares.

Se exige además, para que exista este supuesto de flagrancia, que en caso de que se dé la persecución, el sujeto activo del delito no debe perderse de vista de quienes lo persiguen, o sea que dicha persecución debe darse de manera ininterrumpida. Es decir, que la persecución realizada inmediatamente después de que se dio el acto de ejecución, puede durar o extenderse, pero esta no debe suspenderse de manera que quien es perseguido se ponga fuera del alcance de quienes lo persiguen. (Chan: 2003)

4.- Que el sujeto tenga objetos o presente rastros que hagan “presumir” vehementemente que acaba de participar en un delito. Los objetos pueden ser los instrumentos del delito, como el arma para asaltar o los objetos obtenidos del delito. Los rastros puede ser la presencia de sangre en la vestimenta de un sujeto encontrado en las cercanías de un sitio en el que aconteció un homicidio con arma blanca.

Caracteriza la flagrancia la inmediatez entre la ocurrencia del hecho ilícito y los elementos de convicción que individualizan al autor del mismo por su cercanía física y temporal con el delito; o por la vinculación directa y próxima de evidencia del delito con el autor de éste, es decir, existe prueba que señala al autor o partícipe de un hecho ilícito, en virtud de particulares circunstancias proveniente del mundo exterior, que se muestran elocuentes para hacer deducir o concluir – aún en grado de probabilidad- que determinada persona acaba de ejecutar un hecho delictivo. Esta situación fáctica sobre la evidencia de la comisión de un delito y de su responsable autoriza a la autoridad policial e incluso a particulares para aprehender y detener a una persona como autor o cómplice e incluso facultaría la prisión preventiva de una persona, según el artículo 239 bis inc. a) del Código Procesal Penal.

De las situaciones fácticas que caracterizan a la flagrancia se deriva la existencia de elementos de convicción que establecen una alta probabilidad de la participación de la persona en los hechos que se le atribuyen. Es por ello, que ante la presencia de flagrancia se satisface la exigencia contenida en el artículo 37 de la Constitución Política y del artículo 239 inciso a) del Código Procesal Penal. Este es requisito ineludible para la imposición de medidas cautelares, sea prisión preventiva o medidas sustitutivas a la misma. El dictado de las mismas, contemplando únicamente el alto grado de probabilidad de la comisión de un hecho ilícito, violenta no solo el derecho humano a la libertad sino también a la seguridad al contravenir el principio de proporcionalidad; pues, su sola valoración resulta insuficiente para que las mismas resulten legítimas al no dotárseles de contenido instrumental o cautelar según las finalidades del proceso.

## **B.-) INTRODUCCIÓN DEL ARTÍCULO 239 BIS INC. A) COMO CAUSAL DE PRISIÓN PREVENTIVA**

### **b.1) Reforma Legislativa**

Es el propio Estado, a través del Poder Legislativo y las leyes que promulga, que define las reglas procesales para ejercer su facultad de limitar la libertad de una persona, diseña el proceso, determina la competencia de los funcionarios estatales, fija los casos de afectación de los derechos fundamentales del imputado, con la finalidad de aplicar el Derecho Penal, teniendo como base la Constitución Política.

Ante un fenómeno social como la delincuencia resulta que el medio idóneo para su solución, en atención a sus causas, al contrario de lo indicado por la ideología de la seguridad ciudadana, no resulta ser el derecho penal. Sin embargo, ante el miedo al crimen la propuesta estrella es “mano dura contra la

delincuencia” que lleva aparejadas políticas de persecución penal de mayor represión a las existentes. Propuesta que se tradujo en mano dura, en particular, contra un tipo de delincuentes, provenientes de sectores de mayor vulnerabilidad social en atención a su situación socioeconómica.

Por Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el Proceso Penal, No. 8720 del 4 de marzo del 2009 se adicionó al Código Procesal Penal el artículo 239 bis estableció “otras causales” que autorizan la aplicación de la prisión preventiva. La flagrancia, la contempló específicamente en el inciso a) de la siguiente manera:

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 supuesto 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.

¿En virtud de la disposición anterior queda el juez facultado a restringir la libertad de una persona ordenando la prisión preventiva por la causal de flagrancia, ya que está contemplada en el artículo 239 bis inc. a) del Código Procesal Penal? Es decir, esta previsión normativa faculta al juez a fundamentar su resolución de manera exclusiva –sin peligros procesales- en esta causal, la respuesta es negativa.

La introducción de la “causal” de flagrancia es reflejo de la afirmación de Sotomayor (2008, p. 152), en el sentido de que el Derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a daños y se transforma en instrumento de la

política de seguridad, por lo que termina justificándose por sus funciones simbólicas, al no buscar ya la producción de efectos en la realidad sino garantizar la seguridad subjetiva.

Se suele atribuir el sentimiento de inseguridad ante el crimen a la desconfianza que los ciudadanos sienten hacia el sistema penal, incapaz, según el discurso “populista”, de asegurar una eficaz prevención y represión del delito. García (2007, p. 139) reafirma lo anterior:

Un tema que esta (sic) claro que influye en la sensación de miedo colectivo y por lo tanto en la sensación de inseguridad se refiere a la frecuencia o repetición de una misma noticia relacionada con el delito, pues se incrementa la sensación de impunidad. Frases como las siguientes, etiquetadas por los medios, “la policía esta (sic) con las manos atadas”, “los delincuentes entran por una puerta y salen por otra”, “la policía esta (sic) desanimada” (arrogándose el pensamiento de los policías)... no solo inciden en el miedo colectivo sino también en la actuación policial, complicando más si es posible su complicada tarea en esta materia.

La introducción del presupuesto de flagrancia, como causal de prisión preventiva sin ninguna finalidad cautelar, la instrumentaliza en atención a la “defensa social”. Es decir, a miras de retirar del medio social a un individuo que por su actuar pasado o presente o por su ubicación socioeconómica representa un peligro potencial.

El problema jurídico de la utilización de la flagrancia como causal de prisión preventiva –antes de la reforma introducida por ley No. 8720- es planteado por Chan (2003, p. 26), en los siguientes términos:

“El problema surge cuando se pretende dar relevancia probatoria a la flagrancia respecto de la responsabilidad penal del imputado, potenciando así la existencia de procedimientos “sumarios” de hecho. Se quiere decir, que se presenta una grave disfunción, cuando se

traslada este concepto y la laxitud (en cuanto a las garantías) que le es inherente, a otros momentos del proceso.

Sostiene el autor de cita que utilización procesal de la flagrancia constituye un error cuando:

Es utilizada en otras etapas procesales distintas (como el dictado de la prisión preventiva o de la sentencia). Se da una grave disfunción cuando se emplea la flagrancia como fundamento de decisiones del ente jurisdiccional muy distintas a las de la policía, con el objetivo (consciente o no) de lograr el debilitamiento de garantías, e inclusive con base en la suposición de que así se requiere de un menor esfuerzo de fundamentación fáctica, jurídica y probatoria descriptiva e intelectual, a la hora de que el juez analiza otro tipo de situaciones o valora la prueba.

Y aún con la reforma introducida por Ley No. 8720, la utilización de la flagrancia como causal de prisión preventiva continúa siendo un problema de índole jurídico-constitucional. El cuestionamiento es cómo ante una reforma legislativa se admite la privación de libertad por una “causal”, que según su significado, que por su valoración, que por sus efectos a nivel constitucional y legal no puede dar sustento a una prisión preventiva como medida cautelar, ya que se desnaturaliza su finalidad de aseguramiento procesal.

Lo establecido en el artículo 239 bis del Código Procesal Penal no exonera del deber de fundamentar adecuadamente la resolución, pues el artículo en mención no establece que dado el supuesto de flagrancia en ‘x’ o ‘y’ delito se tenga que imponer prisión preventiva de manera automática, sino que tendrá que valorarse cada caso en concreto. De allí que resulta relevante jurídicamente establecer por qué ante la ocurrencia de la flagrancia en un caso concreto se hace idóneo, necesario y proporcional ordenar la prisión preventiva y no ordenar la libertad sin medidas cautelares u ordenar cualquier otra medida cautelar menos gravosa estableciendo de manera clara la finalidad procesal o de aseguramiento. Esto, en cumplimiento de los principios constitucionales que son los pilares de la

forma de gobierno adoptada por el Estado Costarricense (artículo 1 de la Constitución Política).

## **b.2) Estructura y Función de la Flagrancia en el Código Procesal Penal**

Es importante tener en cuenta que es diferente la aprehensión en flagrancia (235 del Código Procesal Penal), y la causal de prisión preventiva basada en la misma (artículo 239 bis inc. a) del Código Procesal Penal). La aprehensión en flagrancia tiene como función principal evitar que el delito se llegue a consumar o que el imputado pueda huir con el botín del delito, lo mismo que identificar al imputado. De allí surge también la posibilidad de aplicar el procedimiento especial denominado “Procedimiento Expedito para los delitos en Flagrancia”, el cual es de carácter expedito y se aplica en los casos en los cuales se trate de delitos en flagrancia, inicia desde el primer momento en que se tenga noticia de la comisión de un hecho delictivo de tal especie, omite la etapa intermedia del proceso penal ordinario y es totalmente oral. Sin embargo, se aplica el procedimiento ordinario cuando la investigación del hecho impida aplicarlo (Dicho procedimiento está regulado en los artículos 422 a 436 del Código Procesal Penal).

De la aprehensión en flagrancia se deriva la legitimación para aprehender, y detener a una persona. Se refiere, en específico, a la existencia de elementos probatorios para sostener en alto grado la probable participación de una persona en un delito. No podría sostenerse que la aprehensión en flagrancia o el delito en flagrancia sea un supuesto suficiente, para que por sí sola permita ordenar la prisión preventiva.

Sobre este punto, los pronunciamientos de la Sala Constitucional de Costa Rica a principios de la década de los noventa, vinieron a dar cuenta de que la flagrancia era erróneamente utilizada como uno de los motivos fundamentales y casi exclusivos para el dictado de la prisión preventiva, situación con la que se adelantaba un juicio de culpabilidad antes de la existencia de sentencia firme. La

flagrancia llegó a tener tanta relevancia en el dictado de la prisión preventiva que la Sala Constitucional sostuvo lo siguiente:

Reiteradamente ha señalado esta Sala que el hecho de flagrancia o la gravedad del delito no son por sí solos motivos suficientes para privar de libertad al acusado, ya que a éste lo cubre el principio de inocencia, debiendo existir en los autos indicios de que aquél va a evadir la acción de la Justicia, de modo que el juzgador debe consignar expresamente en la respectiva resolución cuáles son esos motivos y el razonamiento que lo llevó a tal conclusión, señalando claramente cuáles son esos indicios, y los hechos por los cuales se considera que si es puesto en libertad va a obstaculizar el proceso, circunstancia que esta Sala echa de menos en este caso, es decir, el Juez debe valorar porqué en un caso determinado se dan los supuestos que la ley prevé, y decir cuáles son los elementos que hacen pensar que el imputado preferirá eludir la acción de la Justicia. Por lo expuesto en el recurso debe declararse con lugar, ordenando otorgar el beneficio de excarcelación con las garantías y condiciones que sean procedentes para el caso. (Voto No. 1855-93 de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y tres).

Quedó claramente establecido en aquel momento que la fundamentación basada en la flagrancia resultaba ilegítima. Y con ello, que se debían desechar los esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.

Es claro que la finalidad de la aprehensión en flagrancia, es decir, evitar la consumación del delito y que el imputado sea identificado se agota mediante la restricción de libertad para tal fin y por ello, no puede sustentar una prisión preventiva dictada para disminuir el riesgo de ocurrencia de los peligros procesales: fuga u obstaculización.

Se deriva de la definición de flagrancia su estrecha relación con la existencia de elementos de convicción para sostener fundadamente sobre la participación de una persona en un hecho ilícito, que es exigencia del artículo 37 de la Constitución Política. Y entonces, tomando como base la “sospecha fundada” requisito para la aplicación de la prisión preventiva, cuál es la diferencia –a nivel de los requerimientos procesales para ordenar una medida cautelar- entre la flagrancia y el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política

El artículo 37 exige la existencia de un indicio comprobado de cometer delito, que es justamente lo que se deriva del delito in flagranti, el cual expresa una situación fáctica que cumple la exigencia del numeral constitucional indicado, y entonces, mediante el mismo análisis se puede verificar la existencia de la flagrancia y del presupuesto del artículo 37 constitucional. El artículo 239 bis inc. a) del Código Procesal Penal repite que en el caso en concreto exista la exigencia de elementos de convicción o prueba. Y con solo ese requisito se pretende satisfacer las exigencias necesarias para imponer prisión preventiva.

Desde un análisis integral de la normativa constitucional y penal, la flagrancia no puede ser un presupuesto material independiente que faculte la prisión preventiva obviando la necesidad de un peligro procesal. Sin referirse de forma expresa a este punto, la Sala Constitucional parece considerar la Flagrancia como un presupuesto material legítimo y exclusivo para el dictado de la prisión preventiva, o sea, sin la necesaria existencia de un peligro.

La Sala Constitucional admitió que se ordene la prisión preventiva , ante la existencia de flagrancia, declarando sin lugar un Recursos de Hábeas Corpus interpuesto por errónea aplicación del artículo 239 bis del Código Procesal Penal, ya que según el criterio de la gestionante el tribunal recurrido solamente se refirió a la valoración de la prueba que consta en el expediente, no así a los peligros procesales y a los principios de necesidad y proporcionalidad para dictar ese tipo de medidas y, en consecuencia, simple y llanamente procedió a confirmar la resolución conocida en alzada, decretando la prisión preventiva de la amparada por espacio de tres meses, sea que no se entró a valorar ninguna situación

colateral a la imposición de la medida cautelar en completa vulneración de los principios que operan a favor de la acusada, lo que implica que dicha resolución carece del fundamento legal requerido al efecto y se transformó la medida cautelar de prisión preventiva en una pena anticipada, pues de acuerdo a la exegética empleada por el Juez del Tribunal recurrido, fundamenta dicha medida con la simple sospecha de la participación de la amparada en los hechos que se le imputan. Por lo expuesto, solicita a la Sala se declare con lugar el recurso, con las consecuencias legales que ello implique.

La Sala Constitucional resolvió mediante el voto No. 9346-2009 de las catorce horas con treinta y dos minutos del diecisiete de junio del dos mil nueve indicando lo siguiente:

No es esta la primera vez que este Tribunal Constitucional indica a los operadores jurídicos que esta no es una instancia más dentro del proceso penal y, por consiguiente, como en este caso para determinar si la prisión preventiva decretada se ajusta a Derecho debe, necesariamente, definirse si se está ante un delito en flagrancia, conviene aclarar a la recurrente que no es en esta sede donde debe dilucidarse esa cuestión, que es un presupuesto básico para la aplicación del artículo 239 bis del Código Procesal Penal, así adicionado por el artículo 17 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal No. 8720 de 04 de marzo de 2009) (...) La norma transcrita adiciona algunas causales que hacen procedente el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, las cuales no son de aplicación automática sino que para ese efecto el juzgador tiene la potestad (véase que dice “podrá ordenar”) de hacerlo previa valoración y resolución fundada que, en el caso que nos ocupa, implicaba –entre otros- el análisis de la existencia de flagrancia. Esta Sala constató al escuchar la grabación de la audiencia realizada, que el Tribunal recurrido determinó y así lo fundamentó que sí existe flagrancia en el caso concreto y, como se trata de delitos relacionados con estupefacientes, sustancias

psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas (entre otros) consideró pertinente sujetar a la amparada al proceso a través de la medida cautelar de prisión preventiva, con el fin de asegurar la aplicación de la ley penal. (negrita no es del original).

Según este voto, fue suficiente que el Ministerio Público realizara una investigación y que así lo determinara el Juzgado Penal que sí existen elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que la amparada (imputada) es, con probabilidad, autora de los hechos punibles que se le atribuyen y, a juicio de la Sala, como la flagrancia es un supuesto para el dictado de la prisión preventiva, aspecto que el órgano jurisdiccional valoró y analizó en la resolución cuestionada –para la Sala Constitucional- cuestionar su criterio implicaría una violación al principio de independencia del juez, que resulta inaceptable a la luz del Derecho de la Constitución. Señala la Sala que junto con el presupuesto de flagrancia debe de analizar otros presupuestos. No obstante, no indica a qué aspectos se refiere y a pesar de que el Recurso de Hábeas Corpus reclama que no se evaluó la existencia de valorar los peligros procesales; así como, la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad, la Sala no se pronuncia en particular sobre este punto. Por ello, queda la idea –ante la omisión-que la Cámara Constitucional considera que lo mismo no era necesario, porque le resultó suficiente la fundamentación dada por el Tribunal que consideró suficiente y cumplido la existencia de prueba que señalaba a la acusada como responsable de los hechos investigados.

El Tribunal recurrido había informado que a la amparada se le tramita causa por el delito de infracción a la Ley de Psicotrópicos, según expediente número 09-000861-061-PE que se tramita en la Fiscalía Adjunta de Puntarenas; asimismo, que conoció en alzada del proceso penal por apelación incoada por la Defensa Pública contra la medida cautelar de prisión preventiva decretada por el Juzgado Penal de Puntarenas. Añade que se confirmó la medida cautelar impuesta, fundamentándose que con la entrada en vigencia de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, el Código

Procesal Penal sufrió cambios con la adición de nuevos artículos, incluyendo la modificación en cuanto a medidas cautelares, pues se introduce el artículo 239 bis, en el que se establece que 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. Al respecto, indica que ese ordinal establece, en su criterio, una norma especial cuando se trata de delincuencia de naturaleza relacionada con estupefacientes, entre otros tipos penales, cuando de prisión preventiva se trata. Ello es así, dice, porque con la redacción del artículo 239 del Código Procesal Penal las reglas para la imposición de una medida cautelar recoge algunos de los criterios que enuncia este artículo, como es la necesidad de que el delito tenga pena de prisión y que exista probabilidad de autoría o participación del encartado. Alega que ya se sabe que deben existir peligros procesales, tales como el de fuga, reiteración delictiva u obstaculización; sin embargo, el nuevo numeral 239 bis únicamente requiere que se cumpla con el artículo 37 de la Constitución Política y que el delito tenga pena de prisión. Esto, para los casos que expresamente se señalan en ese artículo, de manera que estima que tratándose en la especie de un delito de narcotráfico se ha verificado que existen suficientes elementos de prueba para tener a la imputada como probable responsable del hecho, cumpliendo de esa manera con lo que existe la norma expresamente.

Pero, ¿dónde quedó el diseño constitucional de protección de derechos y presupuestos legítimos de autorización de la prisión preventiva basado en una finalidad procesal y nunca de fines de prevención general o especial propios de la pena?

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró mediante el voto No. 12258-2009 de las nueve horas y cuatro minutos del siete de agosto del dos mil nueve, sin lugar un Recurso de Habeas Corpus interpuesto –según criterio de la gestionante- en virtud de que la prisión preventiva fue impuesta de forma ordenatoria y automática bajo el argumento de que es un delito en flagrancia. La

respuesta dada por el Juez de Juicio del Tribunal Segundo del Circuito Judicial de Guanacaste, Nicoya fue que en relación a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva explica que la medida fue impuesta por el Juez Penal de Nicoya y el Tribunal procede a confirmar la resolución recurrida en alzada, al considerar que existe una debida fundamentación en cuanto a la causal de fragancia en aplicación del artículo 239 bis inciso a) del Código Procesal Penal, y la concurrencia del peligro de reiteración delictiva, sólo en relación al acusado Carlos Luis Herrera Narváez. Manifiesta el Tribunal a la Sala Constitucional:

Que la medida de prisión preventiva decretada por parte del Juez Penal y que fue confirmada por parte del Tribunal no fue automática por el simple hecho de tratarse de un delito cometido en flagrancia. Explica que el Juez Penal valoró que al momento de los hechos el ofendido se encontraba con su familia en la playa y que era acompañado por otra familia. Que en el momento en que se alejan del lugar en que habían dejado el vehículo con sus pertenencias, esa circunstancia fue aprovechada por los tres co-imputados para sustraer los bienes de su vehículo pasándolos al vehículo automotor en que ellos se desplazaban (imputados) y que habían estacionado a la par de la parte trasera de su vehículo en que viajaban el ofendido con su familia. Que incluso el ofendido los ve en esa acción de pasar las pertenencias de un vehículo a otro y junto con otro amigo suyo trata de increpar a los imputados, pero uno de ellos saca un cuchillo, impidiendo que ellos pudieran evitar que se llevaran sus pertenencias. Que inmediatamente dan aviso a la policía y ellos mismos le dan seguimiento, de tal suerte, que la policía intercepta a los imputados en la carretera y logran decomisar los artículos propiedad del ofendido. Que el Juez Penal consideró flagrancia, en aplicación del artículo 236 CPP, criterio que fue compartido por éste juzgador conociendo la apelación. Y haciéndose referencia en la fundamentación oral a la probidad requerida por el artículo 239 inciso a) CPP, aunado a lo anterior las diligencias de reconocimiento físico en rueda de personas

que fueron realizadas tanto por el ofendido como por el amigo junto con el cuál quiso evitar la sustracción de las pertenencias, diligencias que resultaron positivas, en la medida de que ambos testigos lograron reconocer de manera categórica. Se fundamenta que ese delito por el que se les investiga se encuentra sancionado con pena de prisión ya que se trata de un delito de robo agravado. Y en cuanto al peligro procesal se fundamenta en la causal de flagrancia del artículo 239 bis a) CPP, respecto a los tres imputados, ya que, se trata de un delito cometido con fuerza sobre las cosas, pues se logró determinar mediante la inspección ocular que fue forzado el llavín de la puerta trasera del vehículo del ofendido para sustraerle las pertenencias y en relación la imputado Carlos Luis, la concurrencia del peligro de reiteración delictiva, ya que, cuenta con juzgamientos previos vigentes al momento de los hechos. Siendo esos dos peligros procesales que el Tribunal tiene como debidamente fundamentados y confirma la resolución que impone la medida de prisión de los tres imputados por el mismo plazo que fue acordado. De manera que si existió un análisis de los presupuestos del artículo 239 y 239 bis del CPP para decretar la prisión preventiva y no fue ordenada de manera automática.

Se percibe cierta aversión por el calificativo de “automática” pues el mismo se asocia a irreflexivo y en caso de una resolución cuando ésta se ha dictado de inmediato, sin fundamentación y esto es contrario a la función jurisdiccional. Cuando el Juez debe de resolver determinada petición debe valorar el planteamiento de cada parte de acuerdo con la disposición legal que resulta aplicable.

El ad-quem expresa, entonces, que no solo se analizó el 239 bis inc.) a) del Código Procesal Penal, sino que también, se analizó el 239. Lo cual es cierto para los incisos a) y c). Sin embargo, el punto en discusión sobre la legitimidad de la prisión preventiva radicaba en la circunstancia de si era necesario o no analizar el inciso b) del artículo 239 y ante la inexistencia de

su valoración era que se le señalaba como “automática”. Véase qué dijo la Sala Constitucional respecto a este punto decisivo:

En el presente asunto, la Sala constata que la resolución de las quince horas cincuenta y cinco minutos del veintidós de julio del dos mil nueve del Juez Penal de Nicoya se encuentra debidamente motivada. Se determina que la medida cautelar fue fundamentada en el artículo 239 bis inciso a) al corroborarse la participación de los acusados, respaldada en las declaraciones de los testigos, los informes policiales, el reconocimiento positivo de los encartados y el decomiso de las cosas que fueron sustraídas a los acusados, aunado a que los imputados fueron detenidos en flagrancia. Se concluye que el supuesto se da por haberse detenido a los acusados en flagrancia y porque en el robo agravado hubo violencia contra las personas y fuerza sobre las cosas, ya que, para ejecutarse el robo fue destruido el llavín del carro del ofendido y porque fue amenazado con arma blanca. También consideró el juzgador que estamos en presencia del peligro de fuga y que los encartados se encuentran acusados por el delito de robo agravado, siendo que, en caso de considerarse que los mismos son responsables de los hechos que se atribuyen están expuestos a penas de prisión muy altas. Finalmente en el caso del acusado Carlos Herrera Narváez se determina que existe el peligro de reiteración delictiva. Por su parte el Tribunal Penal del II Circuito Judicial de Guanacaste por voto 162-2009 de las diez horas cinco minutos del veintiocho de julio del dos mil nueve confirmar la resolución recurrida en alzada al considerar que existe una debida fundamentación en cuanto a la causal de fragancia en aplicación del artículo 239 bis inciso a) del Código Procesal Penal. En dicha audiencia el juez recalca que la participación de los encartados se encuentra motivada en la denuncia, prueba testimonial, informes policiales, actas de decomiso y el reconocimiento a los encartados. Reitera que existe en el delito de robo agravado hubo fuerza sobre las cosas propiamente en el llavín del carro y que el

ofendido fue amenazado con un arma blanca. Difiere de la existencia de peligro de fuga dado que a su criterio el juez a quo no indica porque desvirtúa el arraigo, y coincide con el peligro procesal de reiteración delictiva del acusado Carlos Herrera Narváez. **De lo expuesto, la Sala descarta que la prisión preventiva impuesta a los encartados se encuentre carente de fundamentación. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar el recurso.** (negrita no es del original)

El derecho a la seguridad de que el Estado no intervendrá arbitrariamente ni restringirá la libertad de ningún ciudadano –igual ante la ley- de forma abusiva, precisamente, en atención a su dignidad humana, en respeto a su derecho a la libertad, en procura de la realización de la justicia y respeto del principio de proporcionalidad, fue vulnerado sin tutela alguna por parte de nuestra Sala Constitucional, ya que expuso los argumentos dados por el Juez de Instancia y su Superior y sin fundamentación normativa, doctrinal o jurídica basada en la protección de derechos humanos declaró sin lugar el Recurso de Hábeas Corpus. No tomó siquiera en cuenta que el a-quo tuvo por establecido un peligro de fuga que fue desestimado por el Tribunal quedando la resolución sin fundamento alguno en relación con peligros procesales. Pero lo que resulta más paradójico resulta ser el contenido del apartado –del mismo voto en comentario- denominado “SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA EN GENERAL” y que se ubica en párrafo tras anterior al supuesto análisis del caso en concreto ya transcrito:

Para el Derecho de la Constitución la privación de libertad de un individuo, como medida cautelar, es una medida excepcional solo posible en estricta sujeción a la ley, mediante resolución judicial fundada y en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad, la actuación de la ley y la protección del orden jurídico (...)

Y de seguido en el apartado “SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA las resoluciones de la Sala Constitucional indican lo siguiente:

Las competencias de este Tribunal en relación con la privación de libertad mediante la imposición de estas medidas cautelares están contenidas en el artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y se refiere a examinar, entre otros aspectos, si existe auto de detención o prisión preventiva legalmente decretada (inciso c), o, si por algún motivo fuera indebida la privación de libertad o la medida impuesta (inciso d). Los requisitos para la procedencia de la prisión preventiva están estipulados en el artículo 239 del Código Procesal Penal, siendo el primero de éstos, la existencia de elementos de convicción suficientes como para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. **Seguidamente, se analiza la presencia de los peligros procesales, sea, el de reiteración delictiva, obstaculización de la justicia y de peligro de fuga.** Aunado a estos elementos, se analiza que el delito que se le atribuya al encartado esté reprimido con pena privativa de libertad. **Esta medida privativa de libertad posee un carácter excepcional, que como tal, tiene fines diferentes a los dispuestos para la pena de prisión,** por lo que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal parte del principio que la prisión preventiva, solamente, puede perseguir fines de aseguramiento procesal, como los que contempla el ordinal 239 antes citado. (negrita no es del original).

Aún ante los elementos de convicción existente en un delito “in fraganti” esto no puede ser asimilado a culpabilidad por un delito. Por el contrario, debe de ser demostrada la existencia del hecho y la participación del acusado en un juicio oral y público para el dictado de una sentencia condenatoria, requiriendo exactamente de los mismos medios de prueba legalmente aceptados y del mismo ejercicio de fundamentación y análisis que exige cualquier otra forma de delito, para poder

emitir una valoración sobre la responsabilidad penal de una persona respecto del mismo (Chan: 2003).

Y entonces, por qué la Sala estima procedente que la prisión preventiva adelante la pena al cumplir una finalidad punitiva. Al respecto Llobet (2010, p. 176) señala:

...la sospecha de culpabilidad solamente puede funcionar como un requisito necesario pero no como uno suficiente para el dictado de la prisión preventiva. Si la sospecha de culpabilidad es el único requisito para el dictado de la prisión preventiva, entonces ésta no cumple ninguna función procesal, y por consiguiente, se quebranta la presunción de inocencia, puesto que con base en dicha regulación la sospecha de culpabilidad se convierte en el fundamento de la prisión preventiva y no en un límite a una prisión preventiva que cumpla funciones de aseguramiento procesal.

Así es contemplado por la Sala Constitucional en otro de sus votos, específicamente, en el Voto No. 15291-2011 de las dieciséis horas veintiséis minutos del ocho de noviembre del dos mil once dispuso:

Ciertamente, la norma 239 bis inciso a) del Código Procesal Penal estipula que el Juez debe valorar que haya habido flagrancia, es decir, que la prisión preventiva no resulta aplicable de modo automático por la mera imputación de tales delitos. Por tal razón, en cualquier circunstancia debe mediar y resultar sustentada la necesidad procesal de mantener la privación de libertad del imputado, en atención a la investigación en desarrollo y garantizar los fines del proceso, situación que el juez debe hacer constar de manera fundada, toda vez que ab initio, el artículo 239 bis inciso a) del Código Procesal Penal dispone como presupuesto sine qua non, la existencia de una valoración previa y una resolución fundada antes de ordenar el dictado de una prisión preventiva con base en tal norma. De este modo, el requerimiento de demostrar la necesidad procesal que la jurisprudencia constitucional le

ha impuesto al juez cuando aplica el numeral 239 inciso a) del Código Procesal Penal, se extiende por razones de sistematicidad jurídica a la aplicación del ordinal 239 bis inciso a) de ese mismo cuerpo normativo.

Admitir o permitir que se aplique la prisión preventiva no cuando existe peligro de fuga o de obstaculización, sino cuando existe una alarma social respecto del hecho –o cuando los medios de comunicación se han dedicado a exacerbar los sentimientos de inseguridad de la población dándole excesiva publicidad al hecho; es inconstitucional porque lo que se estaría haciendo, en realidad, sería aplicar una pena anticipada fundándose en razones de prevención general negativa.

La flagrancia por sí misma, no constituye un peligro: a qué se estaría haciendo alusión si se llegase a afirmar que existe un “peligro de flagrancia.” Resulta obligado redimensionar las consecuencias o la incidencia de la situación fáctica próxima y evidente que coloca al imputado en una situación procesal y probatoria de cara a una eventual sentencia condenatoria –Flagrancia- con la probable intromisión de éste para impedir la consecución de los fines del proceso (artículo 238 del Código Procesal Penal), es decir, se requiere un análisis debidamente fundamentado sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la prisión preventiva en atención a la finalidad instrumental de la medida cautelar.

El Tribunal de Casación Penal de San José en el Voto No.148-2010 de las diez horas veintiocho minutos del doce de febrero del dos mil diez señaló:

La lectura del artículo 239 bis del Código Procesal Penal nunca podrá realizarse como si este precepto fuera único o aislado, sino conforme con una interpretación sistemática, hay que dimensionar su contenido con otras normas procesales, entre ellas, el artículo 10 del Código Procesal Penal que sienta el carácter excepcional de las medidas cautelares, pero en especial, el artículo 239 ibídem.”

Agrega este voto que aún cuando el artículo 239 bis del Código Procesal Penal (Ley 8720, Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en

el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal) establece que: "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: (...) d) Se trate de delincuencia organizada (...) hipótesis dentro de la cual se enmarca la imputación efectuada en este proceso por el Ministerio Público; es criterio de quienes suscribimos este voto que siempre impera la necesidad de valorar los presupuestos y peligros procesales dispuestos en el numeral 239 del Código Procesal Penal. Esas recientes reformas a la legislación procesal en materia de prisión preventiva, podrían dar la falsa impresión de que en la actualidad la sola imputación de un delito de tráfico de droga en su modalidad de grupo organizado, sujeta de forma automática e implacable al acusado por este tipo de delito a la medida cautelar de prisión preventiva durante todo el trámite jurisdiccional hasta que su situación jurídica se fija de forma definitiva, sin embargo, no es así. Agrega el Tribunal de Casación que la unidad sistemática del derecho se corresponde con el principio lógico de no contradicción, en especial, cuando se trata de preceptos próximos como los que invocó.

El imputado, es la persona que ingresa al proceso penal dominado por el Estado, en franca desigualdad, para defender su libertad personal. En el proceso penal tiene lugar el conflicto entre el poder punitivo estatal y la libertad personal del imputado. La Constitución Política establece la obligatoriedad de tutelar los derechos de los procesados; derechos que consagra como "fundamentales."

En el proceso penal se verifica una intervención coercitiva del Estado sobre personas de las que no existe certeza respecto a su responsabilidad criminal, a las que se les podría restringir sus derechos y libertades fundamentales, consagradas constitucionalmente, mediante el ineludible despliegue de violencia que comportan los medios de coerción procesal, ello es legítimo si se realiza con pleno respeto de las garantías y principios constitucionales.

## **CAPITULO IV**

### **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA SEGURIDAD HUMANA**

#### **-EL SUPUESTO DE PRISIÓN PREVENTIVA POR FLAGRANCIA-**

#### **A.-) LA PRISION PREVENTIVA POR FLAGRANCIA VIOLENTA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

##### **a.1) Vacía de Contenido y Fines Legítimos a la Prisión Preventiva**

El clamor social de la prisión preventiva –ante el discurso populista que pide “justicia”- es enfocada desde la peligrosidad del sujeto. Ideología que es necesario re-direccionar, corregir o evolucionar a través de consideraciones que partan de un mayor entendimiento de la naturaleza del ser humano, de su esencia y de sus derechos.

Los argumentos de críticos y defensores de la prisión preventiva se producen en dos planos diferentes, quienes desean ampliar la prisión preventiva invocan el deber de una administración de justicia eficiente que ponga alto a la criminalidad – como si se pudiera acreditar que con más alto grado de violencia estatal a través del aumento de la imposición de la medida cautelar más gravosa disminuya la realización de hechos ilícitos.

Mientras quienes consideran a esta medida cautelar excesiva, lo hacen desde la óptica de las restricciones formales de un procedimiento penal acorde con un Estado democrático de derecho, en el cual, es indispensable la ponderación de los fines legítimos de la prisión preventiva (descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley) a la luz del principio de proporcionalidad. Fines

propios de la pena serían ilegítimos, arbitrarios, contrarios a la dignidad humana y a los derechos fundamentales ya que no serían necesarios, idóneos o proporcionales en sentido estricto en atención a la finalidad instrumental de la medida cautelar. Lancman, (2011, pp. 97, 99-100) sostiene lo siguiente:

La posibilidad jurídica de detener a una persona y mantenerla en prisión con relación a un hecho respecto del cual no ha sido declarada culpable será legítima sólo para el aseguramiento del procedimiento y de su ejecución, pero no para la persecución de objetivos penales materiales, tales como la lucha contra el peligro de reiteración. Esto se deriva necesariamente del principio de inocencia. Sólo constituye fundamentos admisibles de la prisión la evasión, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la investigación (...) La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo a los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.

En esa línea, constitucionalmente resulta admisible la limitación a la libertad mediante el empleo de medidas cautelares o de coerción para alcanzar los fines del proceso penal. La necesidad de fundamentar cuál es el peligro procesal en concreto que hace necesaria la medida cautelar de prisión preventiva quedó establecida en el voto emitido por la Sala Constitucional No. 15874-2009 de las nueve horas con cuarenta y dos minutos del dieciséis de octubre del dos mil nueve, el cual sostuvo:

Es decir, contrario a lo que concluye el Tribunal de Puntarenas en el voto No. 304-P-09 de las 08:35 hrs. de 21 de setiembre de 2009, no es suficiente la mera existencia de una probabilidad e indicios que ha

cometido un ilícito, sino que, además, se tiene que motivar de forma clara cuáles son los peligros procesales que justifican la imposición de una medida cautelar. En el caso concreto, no le queda claro a este Tribunal, en definitiva, cuál es el peligro procesal que justifica la medida cautelar que se impuso en perjuicio del tutelado. En razón de lo anterior, procede estimar el recurso porque, efectivamente, tal y como lo apuntó el recurrente, el Tribunal recurrido omitió resolver los agravios concretos planteados por la defensora y porque, además, se incurrió en un serio vicio de incongruencia, al estimarse que, únicamente, se requiere de la existencia de la probabilidad de participación de un ilícito para imponer una medida cautelar, obviando por completo la necesidad y la obligación de examinar y motivar cuáles son los peligros procesales que justifican dicha medida.

La única posibilidad legal donde esté presente la equidad, la humanidad y la plena vigencia de los principios constitucionales es que se encuentre claramente probada y fundada racionalmente la posibilidad real y actual de fuga o de obstaculización. La “causal” de flagrancia violenta el principio de proporcionalidad, vulnera el uso racional de los mecanismos de coerción y el principio de inocencia ya que se justifica su imposición con fundamento en la existencia de lo que podría ser considerado como “elementos incriminatorios contundentes.” Empero, si la probabilidad de comisión del hecho es una condición necesaria para el decreto de la prisión preventiva, en el supuesto de flagrancia, ante la expectativa sancionatoria, sólo se sustentaría en este presupuesto, sin realizarse un análisis de las circunstancias concretas que indiquen alguna necesidad procesal.

Se somete apriorísticamente al presunto autor o partícipe del hecho ilícito a la prisión preventiva. Sin embargo, la contundencia de los elementos incriminatorios ha sido considerada suficiente junto con la expectativa de una pena alta por señalar un peligro de fuga. En este sentido, la Sala Constitucional mediante el voto No. 1788-2001 de las quince horas doce minutos del siete de marzo del dos mil uno indicó:

En cuanto a la necesidad procesal de la medida, el Tribunal recurrido consideró que en el caso del amparado no existía peligro de reiteración delictiva o de obstaculización del proceso, pero sin embargo, lo contundente de los elementos incriminatorios y la alta penalidad de las penas a imponer en caso de ser encontrado culpable de los hechos que se le endilgan, implica la existencia de peligro de fuga, pese a que el amparado tiene arraigo laboral y domiciliario. Por todo lo anterior, esta Sala estima que la prisión preventiva ordenada en contra del amparado, cumple las exigencias constitucionales y legales vigentes, por lo que no se ha lesionado derecho fundamental alguno del amparado y el recurso debe ser declarado sin lugar.

Resulta ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena, o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos. Tales criterios no se encuentran dirigidos a realizar la finalidad procesal del encarcelamiento preventivo y, por ello, su consideración resulta ilegítima para decidir acerca de la necesidad de la prisión preventiva. La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar; solo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan ceñirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva. (Lancman: 2011)

La Sala Constitucional mediante el voto No. 3292-2011 de las catorce horas con treinta y cuatro minutos del quince de marzo del dos mil once, retoma la posición doctrinal sobre la finalidad cautelar de la prisión preventiva al disponer:

“Asimismo, el Juzgado Penal recurrido estimó dentro de sus consideraciones, el peligro procesal por flagrancia, ya que luego del análisis de los elementos probatorios con que se contaba en ese

momento dentro de la causa penal, se podría extraer en grado de probabilidad que el delito imputado al tutelado y a otras personas, había sido un delito cometido en flagrancia, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el caso, ya que aparentemente se detuvo a los imputados –incluido el aquí tutelado- (...) la Jueza que resolvió la impugnación explicó cada una de las razones por las cuales se mantenía la medida cautelar fijada, entre las cuales consideró igualmente el peligro procesal por tratarse de un delito cometido en flagrancia, lo cual constituía elemento suficiente para confirmar la medida cautelar decretada. Además, **detalló cada uno de los elementos probatorios existentes que la conducían a pesar que si decretaba la libertad del tutelado, podría constituir un peligro procesal que perjudicara los fines del proceso**, de modo que lo pertinente era mantener la medida cautelar fijada por el Juzgado Penal recurrido. (negrita no es del original)

Hay que remarcar que la eficacia de la administración de justicia y de la seguridad jurídica no puede alcanzarse sacrificando los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos. La Constitución Política reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona. La Sala Constitucional en el Voto No. 5563-2011 de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del tres de mayo del dos mil once sostuvo:

En defensa de los derechos fundamentales, la Sala ha sido consistente en definir el carácter excepcional de la prisión preventiva como medida cautelar en los procesos penales. Como medida excepcional, se exige que su dictado respete de manera irrestricta las previsiones legales que la hacen posible, yendo más allá de la mera enunciación de la normativa procesal y requiriendo la debida valoración del cuadro fáctico y el material probatorio en relación con su exacta correspondencia con los requisitos exigidos para el dictado de la medida cautelar.

Y es que el tema central radica es diferenciar la prisión preventiva como medida cautelar de la sanción de prisión impuesta mediante una sentencia

condenatoria firme. La prisión preventiva se legitima sin violentar el principio de proporcionalidad por la relevancia y la necesidad de protección de los fines procesales. En este sentido la Sala Constitucional, en el Voto No. 5566-2011 de las catorce horas con cuarenta y siete minutos horas del tres de mayo del dos mil once estableció que la prisión preventiva debía dictarse en los límites indispensables para asegurar los fines del proceso:

Para el Derecho de la Constitución la privación de libertad de un individuo, como medida cautelar, es una medida excepcional solo posible en estricta sujeción a la ley, mediante resolución judicial fundada, y en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad, la actuación de la ley y la protección del orden jurídico. A fin de garantizar el respeto de esos valores, la prisión preventiva de un individuo como medida cautelar, deberá ser acordada, excepcionalmente, cuando exista indicio comprobado de que éste ha cometido un delito, mediante resolución judicial fundada, y en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

Se violentan los ideales del Estado Democrático cuando un individuo es llevado a prisión preventiva sin que exista una finalidad cautelar. La única finalidad que la cultura de las garantías y de los derechos le asigna a la prisión preventiva es aquella excepcional de carácter instrumental necesaria para evitar el entorpecimiento del juicio, negando que entre sus finalidades pueda incluirse la intimidación, la ejemplariedad o el intento por apaciguar el alarmismo social. (Houed: 1997).

## **a.2) Adelanta la Sanción Penal**

En atención al artículo 39 de la Constitución Política a nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de

sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

La sentencia penal firme es la única forma legal de imponerle una pena a alguien, porque la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de inocente y por lo tanto, resulta inadmisibles la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada, es decir, cumpliendo fines propios de pena y no de aseguramiento procesal. El artículo 9 del Código Procesal Penal establece:

El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado (...)

No es viable luchar contra la criminalidad a través de la prisión preventiva, ya que tal actuar viola no solo el principio de inocencia, sino también el principio de proporcionalidad, restándole valor al procedimiento principal y lesionando a una persona sin fundamento jurídico, debiéndose tutelar el derecho a la libertad.

Quien lucha contra la criminalidad prematuramente, por medio de la prisión preventiva, antes de la sentencia firme, le quita valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico. Según Ferrajoli (2009, p. 555)

... todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como en el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años. Es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio* – es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más alto raya porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal.

Para la realización de la seguridad humana no es posible aceptar ninguna violación de los principios y garantías constitucionales que informan el proceso, específicamente, aceptar mecanismos que conviertan a la prisión preventiva en una pena anticipada, pues esto redundaría en un menoscabo a la libertad, cuyo autor sería la propia autoridad jurisdiccional y el poder estatal.

Los derechos fundamentales han de respetarse durante el desarrollo de un proceso penal a través de los principios rectores que orientan y limitan al Estado asegurando el derecho a la seguridad humana. Caso contrario, se convierte en reproductor de la violencia y en última instancia en parte de la criminalidad que pretenden combatir. Pues, al igual que la persona que comete un delito, el Estado violentaría la dignidad humana si no respeta los derechos humanos y garantías fundamentales que tiene que proteger. Por ello, la administración de justicia forma parte primordial de la seguridad humana –jurídica y política- de una nación y de la legitimidad del ordenamiento, sin que argumentos fundados desde la alarma social por un supuesto aumento de la criminalidad legitimen intervenciones arbitrarias del Estado. Esto pone en evidencia, el riesgo que representa el discurso de la seguridad ciudadana para la seguridad humana como derecho. Ferrajoli (2009, p. 561) lo expone así:

La alarma social producida por la idea de que un delincuente aún no juzgado no sea castigado de forma inmediata es un argumento del que se valen muchos defensores de la prisión provisional. Puede ser que en ello haya algo de verdad: una parte de la opinión pública asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Pero esta idea primordial es precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo de proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría sino para proteger, incluso, contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables (...) es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores defender y consolidar los valores de racionalidad, de tolerancia y de libertad que están en la base de esa conquista de la

civilización que es la presunción de inocencia y que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción.

Se espera que la aplicación de la prisión preventiva en un Estado democrático se le utilice de manera razonable, sea única y exclusivamente para el cumplimiento de los fines procesales. Lo que resulta paradójico que generalmente como garantía de la “Seguridad Ciudadana” se exija más cárcel o presos sin condena y penas más elevadas, con vulneración de los propios cimientos del Estado de Derecho.

## **B.-) EL QUEBRANTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD REPRESENTA UNA VIOLACIÓN A LA SEGURIDAD HUMANA.**

La libertad es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de Costa Rica. Esto debería asegurar que aún cuando una persona esté siendo investigada por un hecho ilícito, es decir, sometida a un proceso penal, mientras se tramita el mismo, la regla sería su libertad, la cual se puede coartar, conforme hemos venido sosteniendo, de manera excepcional en atención al resguardo de los fines del proceso. Lo cual dista del discurso de la seguridad ciudadana alarmante y enfocado al hecho de que se tiene que brindar seguridad al ciudadano deteniendo preventivamente a quienes cometen delitos, pero específicamente, la alarma se genera en relación con la delincuencia callejera –robos y asaltos; así como, vendedores de droga a pequeña escala- cuyos autores, posiblemente sean proveniente de sectores marginados y vulnerables de la sociedad, contra quienes se concentra la persecución criminal en mayor grado. Y se desvía la atención de los delitos de cuello blanco o cometidos por funcionarios públicos, delitos ambientales o delitos económicos cuyo daño social es absolutamente de mayor repercusión y trascendencia social, pero de los cuales la política de persecución criminal no se ocupa o se ocupa mucho menos.

El discurso de la “seguridad ciudadana” ha sido vinculado solo al tema de la seguridad personal y del patrimonio frente a la potencial agresión. Se ha desarrollado una histeria colectiva, por ese sentimiento de “inseguridad” que han fomentado los medios de comunicación, fenómeno que es altamente peligroso, pues conduce por equivocados caminos no solo en materia de política criminal, sino también en la actitud de la población que ha optado por recurrir a la compra indiscriminada de armas para supuestamente garantizarse la seguridad personal. Al derecho penal y al procesal en su campo, se les encarga en este contexto, del cumplimiento de una función que no les atañe, el ser garantes de esa seguridad, justificándose el que se proceda a actuar sin ataduras legales, es decir, que al “delincuente” se le “juzgue” y “ejecute” sin las formalidades de la realización de un proceso. (Houed: 1997)

Si se parte de un camino cuyo inicio lo representa la prevención de la delincuencia, la prisión preventiva reproduce la desigualdad, pues lejos de solucionar definitivamente la conflictividad social que ingresa a las instituciones, la mantiene latente, y lo que es fundamental, sólo opera respecto de aquellos que representan la porción que se encuentra en mayor desventaja, por su condición de marginalidad y empobrecimiento. (Cacace: 2011)

Resulta clara la relación de subordinación entre la persona y el Estado, pues aquella se ve sometida a las reglas impuestas por éste, el cual cuenta con mecanismos de control social para obligar a su cumplimiento, pero a su vez debe de garantizar el pleno ejercicio de los derechos estableciendo límites a ese poder, lo cual realiza en resguardo de la esencia del ser humano, a través, por ejemplo, del principio de proporcionalidad, de manera tal que hombres y mujeres en sociedad puedan vivir sin temor a verse privados de forma arbitraria de su libertad. Pues, el primer responsable en proteger a cada individuo es justamente el Estado, el cual ha asumido obligaciones a nivel internacional en materia de derechos humanos y ha asumido un programa de gobierno democrático. Llobet (2005, p. 537) indica:

Debe tenerse en cuenta que una de las características del Estado de Derecho es la garantía de los derechos fundamentales. Se acepta además que si bien dichos derechos no son absolutos, de modo que admiten como excepción injerencias estatales en los mismos, el Estado debe proteger los derechos individuales de la persona objeto de la intervención tanto como sea posible y además proceder a ésta sólo cuando ello sea indispensable para tutelar los intereses públicos. En definitiva el principio de proporcionalidad es el resultado de la exigencia de justicia en el caso concreto, lo que puede ser catalogado como expresión del concepto material de Estado de Derecho.

En materia de reconocimiento de derechos humanos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva. Al contrario, toda limitación debe ser interpretada restrictivamente. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva.

Garantizar la seguridad de los miembros de una comunidad ha constituido en cualquier época la razón de ser, la justificación e incluso la legitimación del poder ejercido por sus gobernantes. Esta función legitimadora de la protección social ha sido incorporada a las constituciones y legislaciones democráticas contemporáneas.

Según lo expone Ferrajoli (2009, p. 549) citando a Lauzé di Peret: “Al cuerpo social le basta que los culpables sean generalmente castigados.” En la sociedad costarricense la percepción de inseguridad ciudadana se ha acrecentado, produciendo el clamor de “Justicia” simbolizada ante la imposición de prisión preventiva o de condena de a quien se le inculpe en un proceso.

Cuando entra en funcionamiento el ordenamiento jurídico penal, hay que tener en claro que la justicia penal no debe ser utilizada como instrumento de venganza que pone en riesgo la libertad ni como medio de defensa social. El proceso penal debe de transcurrir con reconocimiento de las garantías procesales y constitucionales.

El poder del Estado debe ser restringido para evitar su uso abusivo y excesivo. En el sistema penal, como ya se ha señalado, conlleva sufrimiento y violencia. Si el sistema penal se ajusta al ordenamiento constitucional de las libertades fundamentales, a las normas humanitarias internacionales y si la política criminal es elaborada democráticamente, entonces servirán para configurar el moderno Estado democrático de derecho mediante la reducción de la violencia social y de la violencia punitiva del propio Estado.

El artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El alcance de esta disposición ha sido analizado reiteradamente por la Comisión y la Corte a los efectos de determinar el concepto de obligaciones positivas en materia de derechos humanos. La Corte, en su jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

La protección de la ley la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, los cuales, a la luz de la obligación positiva que el artículo 1 contempla para los Estados, de respetarlos y garantizarlos, implica, como ya lo dijo la Corte, el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, No. 4, 1988, párrafo 166).

No se puede aceptar que con el objetivo de obtener “seguridad”, se ejerzan actos o resoluciones en detrimento del principio democrático de libertad, pues, se terminan perdiendo ambos. Se violentan los ideales del Estado Democrático cuando un individuo es llevado a prisión preventiva sin que se den los presupuestos que la legitiman desde el pilar ya expuesto de la dignidad humana y los fines de las medidas cautelares desde el proceso penal. Lo anterior, aunque el pueblo conciba injusto que una persona sea detenida y puesta en libertad horas después.

## CONCLUSION

Costa Rica, en virtud del artículo 1 de la Constitución Política, proclama su adhesión a un modelo democrático de gobierno. En virtud del cual, las interacciones humanas y la injerencia estatal ocurren teniendo como medio de comunicación entre el Estado y sus habitantes, justamente, la protección de los derechos humanos, por los cuales todos los miembros son libres e iguales. Se enfatiza en el hecho de que el Estado costarricense eligió, desde el punto de vista político, dirigir desde el respeto por los derechos humanos y garantías procesales otorgando una promesa de seguridad humana, lo cual abarca al sistema de justicia penal.

La prisión preventiva como medida cautelar está prevista para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Estos fines corren peligro cuando existe el riesgo de fuga, obstaculización o reiteración delictiva. En atención al principio de proporcionalidad su dictado es de carácter excepcional cuando sea estrictamente necesario, no exista ninguna otra medida cautelar menos gravosa con la cual poder evitar o prevenir el riesgo y se realice una ponderación entre el interés público que se quiere proteger y el derecho fundamental que se pretende limitar y así fue defendido por la Sala Constitucional.

Empero, esta situación ha variado y ante la ideología de la seguridad/inseguridad ciudadana generadora de temor social de cara al fenómeno de la delincuencia se implementa un discurso “legitimador” de la intervención estatal que irrespeta la dignidad del ser humano al cosificarlo o instrumentalizarlo como medio para luchar contra la criminalidad.

Por Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el Proceso Penal, No. 8720 del 4 de marzo del 2009, se adicionaron otras “causales” de prisión preventiva, siendo una de ellas la 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, la cual entendida como un presupuesto material, no contiene ninguna finalidad de aseguramiento procesal, violentando el principio de proporcionalidad.

Ordenar la prisión preventiva por flagrancia, sin finalidad procesal alguna, conlleva un adelantamiento de pena tomándose únicamente para su imposición el alto grado de probabilidad de la comisión de un hecho ilícito. En ese orden de ideas, la prisión preventiva incumple con los requisitos de necesidad pues no existe ningún riesgo para el proceso, idoneidad al no constituir un medio para alcanzar una finalidad cautelar dirigida a evitar la fuga, la obstaculización o la reincidencia delictiva y de proporcionalidad en sentido estricto, ya que violenta la libertad de una persona para hacer creer que se lucha contra la delincuencia desde el discurso populista de la seguridad ciudadana con grave detrimento del derecho a la seguridad humana.

Encerrar a una persona por “in fraganti” delito vulnera la promesa de seguridad de un Estado democrático de derecho, si se le puede denominar correctamente así, pues si actúa de forma abusiva y arbitraria se aproxima a un Estado autoritario, donde ni el ser humano ni los derechos humanos son de su interés o protección principal.

En la actualidad, el artículo 239 bis inc. a) quebranta esa idea de una injerencia estatal respetuosa de los derechos humanos; pues, se presenta una respuesta desproporcionada del Estado que pone en entredicho la promesa de seguridad humana creando un nuevo modelo procesal que no ubica al ser humano como fin del Estado, sino como un instrumento para asegurar –por la vía fácil– otras tareas de éste, pretendiendo dar a su intervención la apariencia de legítima (o conforme al ordenamiento jurídico y constitucional), cuando conforme lo expuesto no lo es y ni siquiera la Sala Constitucional, en algunos casos, ha llegado a defender a la persona de lo que representa una violación a las garantías procesales del imputado, y en definitiva, a su seguridad como derecho humano.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Binder, A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Argentina: Editorial Ad-Hoc
- Cacace, C. (2011). Prisión Preventiva en América Latina, ¿un problema legal o social?. En J. Da Rocha & J. De Luca (Coord.), *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina* (pp. 109-116). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Chan, G. (2003). *Algunos Mitos Inquisitivos sobre los hechos en Flagrancia*. Honduras: Editorial Jurídica de Honduras.
- Chirino, A., Lorena G., Tiffer C. (compiladores) (2007). *Humanismo y Derecho Penal*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. España. Editorial Trotta.
- García, M. (2007). La Investigación Policial, violaciones a los derechos humanos que se producen en ella y cómo corregirlas. En Elías C. & Eugenio Raúl Z. (Coord), *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina* (pp. 135-148). México: Editorial Porrúa.
- Gracia, L. (2005). *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del Enemigo*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- Houed M., Sánchez C., & Fallas D. (1997). *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Costa Rica: Editorial de la Escuela Judicial.

- Lancman, V.A. (2011). La Prisión Preventiva en la ciudad autónoma de Buenos Aires. En J. Da Rocha & J. De Luca (Coord.), *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina* (pp. 89-107). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Llobet, J. (1999) *La Prisión Preventiva (en el nuevo Código Procesal Penal y la Ley de Justicia Penal Juvenil)*. San José: Editorial IJSA.
- Llobet, J. (2005). *Derecho Procesal Penal II. Garantías Procesales (Primera parte)*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Llobet, J. (2008). *Derechos Humanos en la Justicia Penal*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Llobet, J. (2009). *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal comentado)*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Llobet, J. (2010). *La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales)*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Prieto, M. (2004). *Manual de Criminología*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Rico, J., Chinchilla L. (2002). *Seguridad ciudadana en América Latina*. San José: Editorial Siglo XXI
- Sotomayor, J. *¿El Derecho penal garantista en retirada?* En Revista Penal, No. 21, Enero-2008
- Tavares, J. (2011). Prisión preventiva. En J. Da Rocha & J. De Luca (Coord.), *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina* (pp. 39-50). Buenos Aires: Ad Hoc.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 35/07. Caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, aprobada por la Comisión el 1 de mayo de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, No. 4, 1988, párrafo 166

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 1739-1992 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 1855-93 de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 1788-2001 de las quince horas doce minutos del siete de marzo del dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 42-2005 a las nueve horas con cinco minutos del once de enero del dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 660-2005 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de enero del dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 9346-2009 de las catorce horas con treinta y dos minutos del diecisiete de junio del dos mil nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 12258-2009 de las nueve horas y cuatro minutos del siete de agosto del dos mil nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Riva, Voto No. 15874-2009 de las nueve horas con cuarenta y dos minutos del dieciséis de octubre del dos mil nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 3292-2011 de las catorce horas con treinta y cuatro minutos del quince de marzo del dos mil once.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 5563-2011 de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del tres de mayo del dos mil once.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 5566-2011 de las catorce horas con cuarenta y siete minutos horas del tres de mayo del dos mil once.

Sala Constitucional de la Cortes Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto No. 15291-2011 de las dieciséis horas veintiséis minutos del ocho de noviembre del 2011.

Tribunal de Casación Penal de San José, Voto No.148-2010 de las diez horas veintiocho minutos del doce de febrero del dos mil diez.

## **REFERENCIAS NORMATIVAS**

Código Procesal Penal de Costa Rica, Gobierno de Costa Rica

Constitución Política de Costa Rica, Gobierno de Costa Rica

Convención Americana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Organización de las Naciones Unidas.