

La prisión preventiva

Alfredo G. Araya Vega

Profesor Universitario

Juez de Costa Rica

*Si la prisión preventiva es regla general se comete
injusticia al anticipar una pena a la sentencia.*

CIDH. Tibi vrs. Ecuador, 2004

Capítulo I. Tratamiento de la prisión preventiva desde los derechos humanos

El enfoque de la prisión preventiva ha merecido atención en materia de derechos humanos, tanto en las normas internacionales como desde el punto de vista jurisprudencial, debido a sus altas implicaciones como medio para restringir la libertad de un ser humano y dejarlo expuesto a un proceso penal.

Entre las normas internacionales más reconocidas se encuentran: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Convención Americana de Derechos Humanos (1969), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio, 1990), Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1955).

En el ámbito jurisprudencial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo analiza en sus informes números 2-84 (Venezuela), 17-89, 12-96 y 2-97 (Argentina); y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contenciosos: Gangaram Panday vrs. Surinam (1994), Genie Lacayo vrs. Nicaragua (1997), Suárez Rosero vrs. Ecuador (1997), Tibi vrs. Ecuador (2004), Acosta Calderón vrs. Ecuador (2005), Palamarca Iribarne vrs. Chile (2005), Bayarri vrs. Argentina (2008), Barreto Leiva vrs. Venezuela (2009), Pacheco Teruel y otros vrs. Honduras (2012).

No obstante, el detenimiento, la profundidad y el riguroso análisis los vemos reflejados en el informe 35/07 del caso de los hermanos Peirano Basso *vrs.* Uruguay, entregado y ratificado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 1.º de mayo del 2007. Este informe únicamente encontró publicación en la República del Uruguay (http://elderechodigital.com/dduweb/forms/newlettermain.aspx?file=jurisprudencia/jur15_01.html), más no en la Comisión. Sin embargo, en nada obsta su utilización, por ser la línea de pensamiento promulgada y en donde se instituyen y desarrollan los principios limitadores de la aplicación de la medida cautelar de prisión, y se establecen criterios novedosos acerca de la razonabilidad de la medida y su duración.

En igual sentido, la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Alvarez *vrs.* Honduras (2006) es otro instrumento internacional que dota de contenido concreto, esencial y profundo la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, también conocida como encarcelamiento preventivo.

Estos dos instrumentos constituyen herramientas jurídicas imprescindibles en la función judicial y el respeto de la dignidad humana como eje central de la intervención sobre el ser humano; pero, además, son una imposición internacional a todos los Estados signatarios en su aplicación, no solo por el carácter supraconstitucional, sino también por representar una mayor protección a los derechos humanos.

Al respecto, en el caso Almonacid Arellano *vrs.* Chile (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que sus resoluciones son de acatamiento obligatorio para los Estados signatarios.

Sobre la base de estos informes y resoluciones de derechos humanos, a continuación presentaremos un breve reflejo de las obligaciones existentes para los Estados signatarios en materia de prisión preventiva.

a. Principios

Como no ha existido una estandarización de todos los principios que deben ponderarse para imponer la prisión preventiva, mediante este trabajo investigativo se pretende enunciar los principales principios desarrollados por la normativa internacional y su jurisprudencia.

Así, se encuentran: verificación del peligro procesal, excepcionalidad, provisionalidad, control judicial, inocencia, proporcionalidad, carácter cautelar y plazo razonable.

i. Verificación del peligro procesal

El control judicial de la imposición de la medida cautelar restrictiva de la libertad debe ser estricto. Es preciso acreditar una sospecha razonable del peligro procesal que se pretenda evitar, por cuanto la medida solo debe tender a proteger los fines del proceso judicial siguiendo los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.

De este modo, la prisión preventiva debe establecerse en el tanto sea la única forma de lograr la vinculación procesal del imputado a la causa, siempre y cuando concurren los requisitos materiales para su imposición y la existencia al menos de un peligro procesal, sea fuga u obstaculización. Por peligro de fuga debe entenderse la posibilidad de evasión de la acción de la justicia por parte del justiciable; y por peligro de obstaculización, el entorpecimiento de la averiguación de la verdad real, mediante la intimidación de testigos o destrucción de evidencia, entre otras posibilidades.

ii. Excepcionalidad

“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones

judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo". (Art. 9.3 del PIDCP)

Si el encarcelamiento preventivo se utiliza como medida cautelar, debe ser indispensable para los objetivos propuestos de disminución de los riesgos o peligros que se establezcan. Además, debe ser el único medio para asegurar los fines del proceso, y también es necesario que este no pueda lograrse con medidas menos lesivas.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), específicamente la regla 10.3, así como el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abordan el principio al sostener que la prisión preventiva no debe ser la regla general, sino una medida de carácter excepcional.

De esta forma, si desaparece un presupuesto que permitió la detención, se está obligado a sustituirla por la medida cautelar menos lesiva y acorde con la modificación de las circunstancias que motivaron su decreto.

iii. Provisionalidad

"Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". (Art. 7.5 CADH)

Se autoriza continuar con la prisión preventiva si se mantienen todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad de su imposición, pues solo debe mantenerse por el tiempo estrictamente necesario para los fines del proceso. En eso consiste el principio de provisionalidad.

De acuerdo con los artículos 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la detención no debe durar más allá del plazo razonable y de la existencia de la causal que motivó su existencia.

Las regla 6.2 de las Reglas de Tokio determina que la prisión no debe durar más del tiempo necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1.

Según el punto 104 del informe 35/07 de la Comisión de Derechos Humanos, será obligación del juzgador revisar periódicamente la medida cautelar impuesta. El punto 108 expresa la obligación del juzgador de hacer cesar de inmediato la medida impuesta si desaparecen los fundamentos que motivaron su decreto.

Como se estableció en el punto 77 del caso *Suárez Rosero vrs. Honduras* (1997), del artículo 8.2 de la Convención se 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 no eludirá la acción de la justicia.

Ya en el caso *López Alvarez vrs. Honduras* (2006) se apuntaba, en el punto 69, que del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del justiciable más allá de los límites estrictamente necesarios.

De igual modo, el plazo de la medida cautelar de prisión debe ser el más breve posible, sobre todo si se trata de personas menores de edad, por ser la medida más gravosa dentro de los ordenamientos procesales. En igual sentido puede consultarse el caso del Instituto de Reeducción del Menor *vrs. Paraguay*, 2004, serie C, n.º 112, párrafo 231.

iv. Control judicial

Es claro que una medida restrictiva de libertad solo debe ser otorgada por una autoridad competente, quien tiene el deber de darle control y vigilancia, por tratarse del segundo bien jurídico máspreciado de todo ser humano: su libertad.

La necesidad de control estricto de la medida impuesta por parte de la autoridad judicial se ha expuesto en el caso del Instituto de Reeducción del Menor *vrs.* Paraguay, 2004, serie C, n.º 112, párrafo 231. Adicionalmente, en el párrafo 232 se indicó que la falta de vigilancia de la medida cautelar constituye una lesión grosera del artículo 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

v. Inocencia

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. (Art. 8.2 CADH)

En las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1955, regla 84.2, se señala que el acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia.

Este principio siempre entra en discusión a partir del presupuesto de indicio racional de criminalidad, probable responsabilidad penal, presencia de datos que permitan sustentar la participación de una persona en determinado delito o grado de probabilidad de comisión, tal como se encuentra en Costa Rica.

Con este principio de inocencia se pretende excluir el prejuicio o juicio anticipado general y condenatorio dirigido contra el justiciable. Sin embargo, su sustento se funda en que el análisis de participación en el hecho y gravedad de

este en nada determina la violación a la inocencia del sujeto, pues, como medida preventiva decretada, no será el mismo juzgador que ordenó la medida coactiva quien en definitiva deba resolver el asunto al momento de su juzgamiento, con fundamento en el principio de imparcialidad.

vi. Proporcionalidad

“La aplicación estricta de los principios de legalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad son indispensables en una sociedad democrática”. CIDH. Caso Tibi vrs. Ecuador

Se entiende proporcional como la relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido. También se conceptúa como la inequivalencia entre el monto de la pena con que se encuentra conminado el delito y el tiempo de duración del encarcelamiento preventivo.

En el ámbito jurisprudencial, en el punto 67 del caso López Álvarez vrs. Honduras (2006) se establece: “La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad, proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...). Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado y por ello debe aplicarse excepcionalmente (...). La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal”. De igual modo, en el punto 69 se sostiene que se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado y, por lo tanto, desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no se ha establecido, pues esto equivale a anticipar la pena.

Entonces, el Estado tiene el deber de evitar que la medida cautelar de prisión preventiva sea igual de gravosa en su duración que la pena para el delito. Doctrinalmente, se ha establecido que el principio de proporcionalidad implica una

relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido. Es decir, el sacrificio inherente a la restricción de la libertad como mecanismo de coerción procesal no debe resultar desmedido o exagerado.

Un presupuesto de proporcionalidad lo cita la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, 2009, al manifestar que no debe haber privación cautelar de libertad cuando no sea posible aplicar la pena de prisión.

De ahí que, con fundamento en el carácter cautelar de la medida coercitiva de prisión, el Estado tiene la obligación ineludible de no restringir la libertad del recluso más allá de lo necesario para asegurar la acción de la justicia.

Por consiguiente, será desproporcional en el tanto exista una desigualdad entre la pena y la medida cautelar, ya que, si no hay proporcionalidad, la prisión preventiva es arbitraria.

Conviene reiterar que, a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 2005, párr. 106; *Barreto Leiva vs. Venezuela*, 2009, párr. 121; *López Álvarez vs. Honduras*, 2006, párr. 67; *Acosta Calderón vs. Ecuador*, 2005, párr. 74; *Tibi vs. Ecuador*, 2004, párr. 106), la aplicación estricta de los principios de legalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad son indispensables en una sociedad democrática, por cuanto la aplicación de la prisión preventiva debe tener un carácter excepcional y limitado a dichos principios, por ser esta la medida más severa aplicable al imputado de un delito, en virtud de su carácter estrictamente cautelar.

En el caso *Vasilva vs. Dinamarca* (2002), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que, para determinar la proporcionalidad de las medidas cautelares, deben considerarse la naturaleza, la finalidad, la duración y las circunstancias particulares del sujeto afectado.

vii. Carácter cautelar

La prisión preventiva tiene un carácter cautelar y no un carácter punitivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Tibi vrs. Ecuador* (2004), punto 180; *García Asto y Ramírez Pojas vrs. Perú* (2005), punto 106; *Acosta Calderón vrs. Ecuador* (2005), punto 75; *López Álvarez vrs. Honduras* (2006), punto 69; *Usón Ramírez vrs. Venezuela*, 2009, párr. 144, ha sostenido que la prisión preventiva tiene un carácter cautelar y no un carácter punitivo.

Resulta evidente que anticipar la pena a través de una medida cautelar de prisión preventiva no solo contraviene los principios generales del derecho ampliamente reconocidos, sino también el principio de presunción de inocencia, piedra angular de un Estado de derecho. De ahí el carácter excepcional, cautelar, y no punitivo, de la medida.

Por ello, no resulta en vano la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los votos citados, donde determina la obligación del Estado de no restringir la libertad del delito si no es para asegurar el desarrollo de las investigaciones, y solo si no existen otras garantías para aseguren la comparecencia en juicio del detenido.

En igual sentido, el punto 101 del informe de la Comisión Americana de Derechos Humanos 35/07 indicó que la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva.

De esta forma, no existe duda alguna del carácter de su dictado, y no debe prestarse para fines distintos.

viii. Plazo razonable

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá

derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". (Art. 7.5 CADH)

El plazo de una medida restrictiva de libertad debe ser estricto y estrecho, es decir, vinculado a un determinado límite temporal y solo para los fines procesales que motivaron su decreto.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el límite del plazo razonable de duración de un proceso, establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe considerar las circunstancias concretas del caso, a saber: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales. Así se ha resuelto en los casos *Genie Lacayo vrs. Nicaragua* (1997, considerando 77); *Suárez Rosero vrs. Ecuador* (1997, puntos 70 y 72); *López Álvarez vrs. Honduras* (2006).

Debe recordarse que este mismo principio de razonabilidad está contenido en el artículo 6 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales (suscrito en Roma en 1950), reproducido literalmente por la Convención Americana de Derechos Humanos (suscrita en San José, Costa Rica, en 1969).

De conformidad con el artículo 7.5 de la Convención, 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el procedimiento.

La determinación del plazo razonable de detención no ha sido objeto de profundización por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, la Comisión Americana de Derechos Humanos, en el informe 35/07, sostuvo que el límite del plazo debe ser de dos terceras partes del mínimo de la

pena correspondiente al delito imputado, y este tema debe ser objeto de replanteamiento por cada uno de los Estados signatarios.

b. Estándares

i. Mérito sustantivo

“Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. (Art. 7.3 CADH)

Para que la medida cautelar de prisión preventiva resulte legítima en un Estado democrático de derecho, debe verificarse la existencia de un mérito sustantivo. Este se entiende como la presencia de un grado de probabilidad suficiente de que el sujeto procesado cometió un hecho delictivo que tiene prevista una pena privativa de libertad, así como de elementos de prueba objetivos para determinar su vinculación con el hecho. Se trata de un presupuesto de persecución penal. Sin la existencia de ese grado de probabilidad, la medida de encarcelamiento preventivo pierde todo sustento.

El artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso *Tibi vrs. Ecuador* (2004), punto 107: el Estado dispuso la prisión preventiva sin existir indicios suficientes para suponer que fuera autor o cómplice de algún delito. Por ello, la prisión preventiva decretada fue arbitraria y constituyó una violación al artículo 7.3 de la Convención.

En el caso *Palamarca Iribarne vrs. Chile* (2005), punto 198, indicó que el Estado puede ordenar la prisión preventiva si existen indicios suficientes que

permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso.

Del mismo modo, en el caso *López Álvarez vrs. Honduras* (2006) se estableció: “68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida sería arbitraria”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Fox, Campbell y Hartley vrs. Reino Unido* (1990), *Murray vrs. Reino Unido* (1994) y *Elci vrs. Turquía* (2003), en aplicación del artículo 5.1 del Convenio Europeo, estableció que la existencia de indicios racionales de culpabilidad es relativa a la existencia de hechos o de informaciones que convencerían a un observador objetivo de que dicha persona puede haber cometido el delito.

ii. Finalidad procesal

Respecto a los fines procesales de las medidas cautelares personales, se analizarán los peligros procesales reconocidos en los instrumentos y jurisprudencia internacional, así como las discusiones existentes con ciertos límites a su imposición.

1. Peligros procesales

“El Estado puede ordenar la prisión preventiva si existen indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia”. Caso *Palamarca Iribarne vrs. Chile* (2005)

La única legitimidad que puede sostenerse para la imposición de medidas cautelares es que esta tienda a evitar o a neutralizar riesgos o peligros procesales. Así, para que resulte procedente su imposición, debe constatarse la existencia de riesgos o peligros procesales en el caso particular, que no puedan solventarse por medios distintos a esta, bajo los principios supracitados.

En el artículo 7.5, la Convención Americana de Derechos Humanos indica que la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia en juicio. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en el artículo 9.3, que la libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto de juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Suárez Rosero vrs. Honduras* (1997) y *López Álvarez vrs. Honduras* (2006), al analizar los artículos 7.3 y 8.2 de la Convención determinó que los Estados tienen la obligación de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que este no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia, por tratarse de una medida cautelar no punitiva.

De acuerdo con el punto 198 del caso *Palamarca Iribarne vrs. Chile* (2005), el Estado puede ordenar la prisión preventiva si existen indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de mantener el criterio de la necesidad de fundar la prisión provisional en indicios razonables de la comisión de un delito, sobre los peligros procesales sostiene que, aparte de los

riesgos de fuga (Letellier *vrs.* Francia, 1991), riesgo de alteración o destrucción de pruebas (Imre *vrs.* Hungría, 2003), deben valorarse los riesgos de reincidencia en la comisión del delito (Stögmüller *vrs.* Austria, 1969) y la protección de las víctimas o denunciantes (I.A. *vrs.* Francia, 1998), peligros estos de reciente data en los ordenamientos procesales latinoamericanos a partir del resurgimiento de los derechos de la víctima y actos terroristas.

a. Límites

“Se rechaza la posibilidad de fundamentar la prisión preventiva en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho al tratarse de criterios de derecho penal material no procesal, propios de la respuesta punitiva”. Comisión Americana de Derechos Humanos, informe 35/07

Uno de los peligros procesales más cuestionados por la doctrina para la imposición de medidas cautelares ha sido la reiteración de la actividad delictiva, al considerarse que resultaría propia de un derecho penal de autor, ante la inminencia de una doble sanción procesal por hechos sobre los cuales el justiciable ya fue juzgado y condenado.

Pese a estas circunstancias, no son pocos los ordenamientos jurídicos que establecen este peligro procesal de continuidad de la actividad delictiva dentro de los motivos posibles para el decreto del encarcelamiento preventivo. Parten de que su aplicación no corresponde a una simple proyección de peligrosidad del sujeto, sino que se sustenta en el análisis de datos objetivos, tales como antecedentes penales, detenciones anteriores, tipo de delincuencia, órdenes de captura previas, comportamiento procesal en otros asuntos, actitud mostrada hacia las víctimas y testigos, que permiten un juicio futuro sobre la probable comisión de futuras acciones delictivas.

En el caso *López Álvarez vrs. Honduras* (2006), acápite 69, la Corte Interamericana de Derechos Humanos plantea que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismas, justificación suficiente de la prisión preventiva. De esta forma, la Corte rechaza la existencia de este peligro procesal y promueve un derecho penal de acto. Con ello, descarta como fundamento procesal válido para el decreto de la prisión preventiva considerar las características personales del autor del hecho y la gravedad de la conducta endilgada.

En igual sentido, en el punto 84 del informe 35/07 de la Comisión Americana de Derechos Humanos se rechaza fundamentar la prisión preventiva en fines preventivos, como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, por tratarse de criterios de derecho penal material no procesal, propios de la respuesta punitiva.

Por consiguiente, en acatamiento a la jurisprudencia supraconstitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se da un rechazo a la potestad de los Estados de introducir el peligro procesal de reiteración de la actividad delictiva dentro de los motivos que sustentan el decreto de la prisión preventiva. Por ello, se estima que en aquellos países en donde se encuentre regulado como presupuesto material de la prisión preventiva, el juez ordinario debe desaplicar esta norma interna y seguir lo resuelto por la Corte Interamericana en cuanto a su rechazo, por tratarse de un derecho penal de autor.

Por su parte, y de forma diversa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha admitido como riesgo procesal legítimo la reincidencia en la comisión del delito. Mediante una resolución de vieja data (*Stögmüller vrs. Austria*, 1969), sostiene que se puede fijar medidas cautelares con base en el peligro procesal de continuidad de la actividad delictiva.

Los Tribunales de Derechos Humanos, por medio de resoluciones vinculantes, imponen el acatamiento obligatorio de lo resuelto a los Estados signatarios. En el caso europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a

través del caso *Del Río Prada vrs. España*, 2013, lo determinó de ese modo; mientras que en el sistema americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio del caso *Almonacid Arellano vrs. Chile*, 2006, resolvió de esa forma.

De este modo, si bien existe una común y tradicional cita mutua de ambos órganos en cuanto a sus resoluciones y líneas de pensamiento, sobre el tema de la reincidencia delictiva como límite de decreto a la prisión preventiva, no hay univocidad de criterio, sino posturas antagónicas.

Por ser las resoluciones de los tribunales de derechos humanos de acatamiento obligatorio para los Estados signatarios, mientras persista esta disonancia de criterios cada uno de los países deberá ajustarse a la Corte de Derechos Humanos a la cual pertenezca. En el caso americano, los Estados deben excluir la causal del peligro de reiteración de la actividad delictiva, por el ministerio de ley superior internacional, conforme se ha establecido supra.

Claramente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *López Álvarez vrs. Honduras*, 2006) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (35-07) han descartado, por ilegítima, aquella medida restrictiva de libertad sustentada en finalidades preventivas, como la peligrosidad del imputado y la reincidencia o repercusión social del hecho, por apoyarse en criterios de derecho material no procesal y, en ese tanto, violar el derecho de libertad (*pro libertate*) y el de dignidad humana (*pro homine*).

De igual forma, resulta un límite al decreto de la medida cautelar de prisión preventiva que esta no contenga una descripción de circunstancias de tiempo, modo y lugar del ilícito; que carezca de indicaciones en la acción u omisión que precisen elementos de la imputación; que no se fundamente por qué es indispensable para el desarrollo del procedimiento y la indispensabilidad para garantizar la inmediación de acusado, o que no se señale el tipo penal supuestamente infringido (En este sentido puede consultarse el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vrs. Ecuador* 2007 p. 170).

b. Apelación de la medida

“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. (14.5 PIDCP)

Diversos instrumentos internacionales regulan el derecho al recurso de apelación.

El artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han incorporado el derecho de recurrir; sin embargo, está limitado al fallo condenatorio ante juez o tribunal superior, y no hace referencia alguna a la apelación de la medida cautelar de encarcelamiento preventivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado directamente respecto a la revisión en alzada de la medida cautelar decretada. No obstante, ha sostenido que dichas normas sustantivas internacionales aluden directamente a la obligación de garantizar doble instancia para la sentencia de fallo definitivo condenatorio, y no a todas las resoluciones que se encuentren dentro del proceso judicial.

Así, los fallos *Baena vrs. Panamá* (2001), punto 107; *Herrera Ulloa vrs. Costa Rica* (2004), punto 158; *Barreto Leiva vrs. Venezuela* (2009), punto 89; y *Mohamed vrs. Argentina* (2012), puntos 96-103, han sostenido de forma unánime que las previsiones normativas de la Convención y del Pacto se refieren a la obligación de los Estados de garantizar la apelación contra fallos condenatorios, y no contra cualquier otra resolución previa.

Contrario a esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido, en los casos *De Wilde, Oms y Versyp vrs. Bélgica*, 1971, y *D.N. vrs. Suiza*, 2001, el derecho a interponer un recurso contra la medida coercitiva de prisión,

aduciendo que el Estado está obligado a garantizar una vía de recurso adecuada para salvaguardar el cumplimiento del artículo 5 del Convenio.

Si bien a la fecha se desconocía de algún país americano que careciera de apelación contra la resolución que imponía la medida cautelar de prisión preventiva, como producto de la reforma procesal del 2009, Ley de Protección de Víctimas y Testigos y otros Intervinientes, Costa Rica se convirtió en el primer país donde se carece de tal remedio procesal, según la regulación así establecida para el procedimiento expedito de flagrancia. Dicho remedio subsiste para la medida cautelar ordenada en el procedimiento ordinario, **inteligencia** del artículo 256 del Código Procesal Penal.

Ante la carencia de recurso de revisión de lo resuelto en la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, dependerá en lo sucesivo de nuevas interpretaciones o del impulso de una nueva demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que se establezca su reconocimiento, como se merece por tratarse de la medida más gravosa existente dentro del ordenamiento jurídico.

Esta misma circunstancia es visible en México donde ante supuestos de hechos graves (los cuales cada vez se van aumentando dentro del catálogo legal) es posible el decreto de prisión preventiva de forma automática sin posibilidad de revisión, circunstancia por demás criticable y que debe revisarse.

Capítulo II. Enfoque de las medidas cautelares en el caso costarricense

“El proceso y las prisiones son y tal vez serán –ojalá que no fuera así– escenarios de las más reiteradas, graves y notorias violaciones de los derechos humanos. Es hora de que se vuelva la mirada hacia otros escenarios, constantemente denunciados e insuficientemente reformados, para modificarlos radicalmente”.
Sergio García Ramírez en su voto razonado, CIDH, caso Tibi vrs. Ecuador (2004)

La criminalidad vigente, las perspectivas de género, la internacionalización de las actuaciones delictivas, la inseguridad ciudadana, el avance tecnológico, el abandono estatal de las políticas públicas, la inflación del derecho penal y la excesiva normatividad han servido de fundamento político para establecer reformas procesales que incrementan los presupuestos de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva.

Junto a este devenir normativo, las limitaciones en la aplicación de soluciones alternas al conflicto, la ausencia de inversión en infraestructura carcelaria y el uso abusivo en la aplicación de la prisión preventiva, en respuesta a políticas de ley y orden, han convertido la situación penitenciaria en un problema interinstitucional de difícil resolución a corto plazo.

En la actualidad, el sistema carcelario es el centro de una clara y sistemática lesión a los derechos humanos de los reclusos: indebidas condiciones carcelarias, hacinamiento y aumento desmedido de presos a la espera de juicio. Sin duda, estas actuaciones se encuentran proscritas por las normas internacionales supracitadas y la postura de los principales órganos de control nacional e internacional, ya que generan un detrimento de los principios más esenciales de la dignidad humana.

Como bien lo denunció el magistrado Sergio García Ramírez en su voto razonado, caso *Tibi vrs. Ecuador* (2004): "... 10. ... El proceso y las prisiones son y tal vez serán –ojalá que no fuera así– escenarios de las más reiteradas, graves y notorias violaciones de los derechos humanos. Es hora de que se vuelva la mirada hacia otros escenarios, constantemente denunciados e insuficientemente reformados, para modificarlos radicalmente".

Existe consenso público en cuanto a que la prisión preventiva, además de ser indispensable en un régimen judicial, debe reducirse a su más mínima expresión, siguiendo de esta forma el principio *pro libertate*, es decir, optando por medidas cautelares distintas a esta. Por ello, la única legitimidad con que cuenta la medida cautelar de prisión preventiva es que tienda a evitar o neutralizar riesgos o peligros

procesales de especial magnitud que no pueden evitarse a través de medidas cautelares distintas.

a. Incorporación supraconstitucional estándares internacionales

“Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus ... y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República”.
(Art. 48 COPOL)

La Convención de Viena, como instrumento internacional, determina en los artículos 26 y 27 que los Estados signatarios están obligados a incorporar en sus ordenamientos internos aquellas normas necesarias para la implementación de los tratados. Esto se conoce como el principio *pacta sunt servanda*.

Por haber suscrito el Estado costarricense la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José-Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e incluso por tener en nuestro país la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José-Costa Rica), se encuentra obligado a su acatamiento y aplicación.

Conjuntamente con estas disposiciones internacionales, los artículos 7 (incorporación de tratados) y 48 de la Constitución Política costarricense imponen la autoejecutoriedad de las normas internacionales con carácter de supraconstitucional, en el tanto dichas normas otorguen un mejor derecho humano a los destinatarios.

El artículo 48 constitucional establece que toda persona tiene derecho al recurso de *habeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos

consagrados en esta Constitución, así como aquellos de carácter fundamental, establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República.

A partir de esta norma constitucional, en Costa Rica todas aquellas normas internacionales que otorguen un mejor derecho humano a los ciudadanos se tienen por debidamente incorporadas en el ordenamiento interno, aun sin estar ratificadas. De este modo, se brindan mejores condiciones humanas a todos sus habitantes.

Esta misma circunstancia ocurre con las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuales, en virtud de la condición de Estado signatario, tienen carácter de acatamiento obligatorio en nuestro país.

a. Principios constitucionales

Además de los principios supraconstitucionales mencionados producto de la recapitulación de las posturas de los Tribunales de Derechos Humanos, en Costa Rica existe la obligación constitucional y procesal para la imposición de medidas cautelares, y sobre todo de la prisión preventiva, que el Juez realice una ponderación clara, directa, completa y fundamentada de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad a efecto de ejercer el límite necesario de última ratio o razón de la medida.

i. Proporcionalidad

“Las medidas cautelares solo podrán ser establecidas por la 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”. (Art. 10 CPP)

Para González Cuellar-Serrano, el principio de proporcionalidad se define desde dos perspectivas:

- a. En sentido amplio, entendido como la prohibición de exceso. Contiene los principios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto. La pena o medida de seguridad debe obedecer a criterios de razonabilidad, idoneidad y necesidad, atendiendo a fines de intervención estatal (que debe ser mínima) y a la gravedad del delito (para la pena) o a la necesidad de perseguir los hechos imputados (para la medida de seguridad).
- b. En sentido estricto, se sitúa dentro del marco más restringido del poder punitivo estatal. Reclama la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la adecuación de la pena al fin que esta debe cumplir.

De esta forma, existe una doble proporcionalidad en las medidas cautelares: por una parte, deben haber proporcionalidad entre los derechos del imputado y el derecho del Estado a perseguir penalmente; y, por otro lado, la medida debe ser proporcional a la pena que pueda imponerse.

Por ello, la proporcionalidad debe medirse entre el medio elegido y la finalidad perseguida. El medio debe representar una limitación menor, es decir, no podrá ser de tal magnitud que implique vaciar de su contenido mínimo esencial el derecho o la libertad en cuestión.

Este principio se basa en el equilibrio entre la medida objeto de control y la finalidad perseguida. Debe regirse por la necesidad de la medida objeto de control, que persiga una finalidad de relevancia constitucional.

El principio de proporcionalidad se compone de tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a la idoneidad, se refiere a si la medida es susceptible de conseguir

el objetivo propuesto (garantía de orden público sin peligro para las personas y los bienes).

La necesidad alude a la índole o magnitud de la limitación que, por ese medio, debe soportar un derecho o libertad; de esta manera, entre una variedad de medios posibles, el elegido debe ser aquel que represente una limitación menor. Es utilizable solo si no existe otra medida más moderada para la conseguir con igual eficacia tal propósito.

La proporcionalidad en sentido estricto consiste en la ponderación o equilibrio que debe realizarse entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

El Código Procesal Penal incorpora el principio de proporcionalidad básicamente a partir del artículo 10, al señalar que “las medidas cautelares solo podrán ser establecidas por la 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”.

Así, este principio tiene su ámbito de aplicación esencialmente en el campo de las medidas cautelares. La proporción debe medirse entre la medida cautelar y la posible pena o medida de seguridad que se impondrá. Pero, además, la proporcionalidad debe imperar al imponerse la sanción penal.

La proporcionalidad es la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí. De esta forma, se trata de un equilibrio entre el derecho de castigar del Estado y los derechos de las personas, de modo que ambas partes queden en igualdad de condiciones.

Según el derecho penal democrático, es la medida extrema como mecanismo de control social, y solo debe aplicarse en casos graves y respetando las garantías y libertades del ser humano.

En resumen, el principio de proporcionalidad es aquella regla de conducta que obliga a los jueces penales a mantener un balance equitativo entre el *ius puniendi* estatal y los derechos de las personas.

Un ejemplo de proporcionalidad lo encontramos en el caso de la imposición de medidas cautelares fundadas en este principio. Se ha sostenido que estas no proceden cuando el delito tiene contemplados días multa como sanción. En este sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional (8959-2000 y 5048-2008).

ii. Razonabilidad

La doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, un tipo de valoración jurídica a la cual se concurre cuando, ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso), se exige una determinada prestación (ej. tributo). En este supuesto debe establecerse si es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, un tipo de valoración jurídica que parte de que, ante iguales antecedentes, debe haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin, donde se valora si el objetivo por alcanzar no ofende los fines previstos en la Constitución.

Dentro de este mismo análisis, no basta afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que, por ese medio, debe soportar un derecho personal. Entonces, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable.

iii. Legales

Para que las medidas cautelares resulten legales, deviene en imprescindible que sean establecidas previamente por ley, esto como consecuencia inequívoca del principio de legalidad. Asimismo, como se ha mencionado, deben poseer un carácter excepcional en su aplicación, además de

ser proporcionales, racionales, razonables y necesarias. De igual modo, deben ser ordenadas por una autoridad competente, quien debe brindar control y vigilancia a su imposición, mediante una resolución debidamente fundada, tanto en su decreto como en el término de su permanencia, y sobre la base de las normas procesales que las regulen.

b. Medidas cautelares

El ordenamiento jurídico costarricense regula las medidas cautelares como un medio de límite a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, en el tanto permitan asegurar los fines del proceso y se encuentren presentes riesgos que imposibiliten tal alcance.

i. Tipos de medidas cautelares

Nuestra legislación procesal regula las medidas cautelares en el libro IV, título I del Código Procesal Penal, donde separa las medidas cautelares personales de las reales.

1. Personales

Entre las medidas cautelares generales de carácter personal, en el ordenamiento procesal penal costarricense encontramos las siguientes: aprehensión (art. 235), detención (art. 237), prisión preventiva (arts. 238, 239 y 239 bis).

Como medidas cautelares sustitutivas (art. 244) o alternas a la prisión preventiva (art. 244) se destacan: el arresto domiciliario, el someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, presentarse periódicamente ante el tribunal u oficina donde se lleva la causa, prohibición de salida del país,

prohibición de vivir en un lugar o zona determinada, prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, prohibición de convivir o comunicarse con determinadas personas, abandono del domicilio, caución, suspensión en el ejercicio del cargo en caso de delitos cometidos por funcionarios públicos, la caución juratoria, la incomunicación y el internamiento.

Estas medidas sustitutivas son ejemplificativas, por cuanto no se encuentran como límite a la voluntad del juzgador para su imposición, puesto que puede hacer uso de diferentes modalidades para lograr paliar el peligro procesal que se pretende proteger.

2. Reales

Como medidas cautelares reales, el Código Procesal Penal establece: la anotación marginal en el asiento del Registro Público de la Propiedad (art. 140) y el embargo (arts. 263 y 264, en correlación con los numerales 272, 273, 631, 633, 635 del Código Procesal Civil y 282 y 468 del Código Civil).

Respecto a la figura del comiso (art. 110 del Código **Procesal** Penal; arts. 33, 83 y 84 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, n.º 8204), si bien una parte de la doctrina la asimila a una medida cautelar real, en realidad, de acuerdo con la normativa penal y procesal costarricense, se trata de una consecuencia civil del hecho punible, y no de una medida cautelar propiamente dicha.

ii. Requisitos

Para la imposición de cualquier medida cautelar (sea personal –privativa de libertad o sustitutiva– o real), deben concurrir todos los requisitos materiales contenidos para la medida privativa de libertad (artículos 239 y 239 bis del Código Procesal Penal). Esto se hace fundado en criterios de proporcionalidad, pero es

objeto de críticas racionales ante la escogencia indistinta que realiza un juez entre una y otra medida.

Por consiguiente, conforme a las normas procesales, los requisitos materiales para la imposición de medidas son: a) Que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. b) Que exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva. c) Que el delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad. d) Que exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

A estos se han adicionado otros posibles escenarios para la aplicación de medidas, previa valoración y resolución fundada. De esa forma, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado cuando el delito esté sancionado con pena de prisión, se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política y se produzca cualquiera de las siguientes causales: a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido, al menos en dos ocasiones, a procesos penales donde medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura de juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos. c) Cuando se trate de personas reincidentes

en la comisión de hechos delictivos donde medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas. d) Cuando se trate de delincuencia organizada.

1. Grado de probabilidad

El grado de probabilidad se refiere al ya analizado mérito sustantivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consiste en la existencia de indicios graves de que el imputado haya cometido un hecho típico, antijurídico y culpable.

Dentro de las críticas realizadas por alguna parte de la doctrina, se encuentran que la sospecha suficiente de culpabilidad lesiona la presunción de inocencia como exigencia procesal para la imposición de medidas cautelares. Esto ha llevado a propugnar por su eliminación. Sin embargo, encuentra razón de ser, por cuanto la presunción de inocencia rige a partir de una sentencia condenatoria en firme.

Debe recordarse que la presunción de inocencia llega a tener importancia como principio rector cuando existe un grado importante de sospecha en la comisión del hecho delictuoso del justiciable, puesto que aquel con respecto al cual no existe siquiera sospecha suficiente de culpabilidad, no tiene mayor necesidad de protección de la presunción de inocencia.

Por lo tanto, el concepto normativo del principio de inocencia no entra en colisión con la exigencia de un determinado grado de sospecha como requisito para el dictado de la prisión preventiva. Por el contrario, elimina la problemática, pues la afirmación de un grado de sospecha o probabilidad no supone una relativización del principio de inocencia, sino su establecimiento.

2. Causales o peligros

Como causales para el decreto de la medida cautelar, el ordenamiento jurídico costarricense establece la existencia de los peligros de fuga, la

obstaculización, la continuidad de la actividad delictiva y el peligro para la víctima (artículo 239 CPP).

No obstante, como producto de la reforma legal del año 2009, se estableció el artículo 239 bis, donde se fija como causal de imposición de prisión preventiva que la conducta sea cometida en flagrancia con violencia sobre las personas. (Sobre la flagrancia, el artículo 236 CPP dispone: “*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 en un delito*”. De esta forma, la detención flagrante se refiere a lo que en doctrina se denomina flagrancia pura y simple, cuasiflagrancia, flagrancia propiamente dicha y flagrancia presunta.

A su vez, el 239 bis establece que se decretará la prisión preventiva en delitos contra la vida, sexuales y contra la propiedad en el tanto medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, además de flagrancia en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

De igual modo, se indica que el autor haya sido acusado al menos en dos ocasiones por delitos donde medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas. Por último, cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los cuales medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, o en delitos de delincuencia organizada.

a. Fuga

El peligro de fuga se relaciona con la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia y evite ser juzgado o la ejecución de la pena.

El artículo 240 del Código Procesal Penal señala:

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

- a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.
- b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso.
- c) La magnitud del daño causado.
- d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal”.

No es preciso que concurren todos incisos citados, sino al menos uno de ellos. A efectos de determinar la procedencia de la medida cautelar más gravosa de prisión, deberá ponderarse la posibilidad de que dichos peligros se puedan paliar a través de medidas de contención distintas a la privación de libertad temporaria.

b. Obstaculización

El peligro de obstaculización se vincula con el riesgo de que el imputado, estando en libertad, tienda a obstaculizar la acción de la justicia, por sí mismo o por interpósita persona.

El artículo 241 del Código Procesal Penal impone:

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

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

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

Para determinar estos peligros procesales, no se requiere como requisito adicional que se hayan producido causalmente por la característica de medida cautelar, es decir, el medio de contención para que el peligro procesal no se produzca. Con ese fin, el tribunal debe prestar especial atención y realizar una proyección objetiva neutral de los alegatos de las partes, en aras de determinar de forma suficiente la existencia del peligro procesal y la manera de contenerlo.

c. Continuidad de la actividad delictiva

Este peligro se sustenta en la personalidad del sujeto investigado y en su proclividad para el delito.

Por consiguiente, el peligro concurre por la posibilidad de estar ante un delincuente habitual o que, por razones objetivas, el tribunal determine que, en caso de permanecer en libertad, este hará de su modo de vida una actuación delictiva. Según ha estimado la Sala Constitucional, este presupuesto es conforme con la Constitución Política (voto 1739-92), y la existencia de condenatorias anteriores en contra del imputado es válida para ponderar este peligro procesal (voto 1490-91). Sin embargo, como expusimos antes, es contrario a la postura determinada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Suárez Rosero vrs. Honduras* (2006) y en el informe 35-07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007).

Ante esta postura, y pese al control de constitucionalidad existente en nuestro país de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, es nuestro criterio que el juez puede desaplicar la norma establecida en el artículo 239, inciso c), sobre la continuidad de la actividad delictiva, por resultar contraria a las normas supraconstitucionales y a su interpretación con base en los artículos 7 y 48 de nuestra Constitución.

d. Peligro para la víctima

La Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres, n.º 8589, del 25 de abril del 2007, incorporó dentro del artículo 239 del Código Procesal Penal, en el inciso d), la prisión preventiva en razón de la víctima, denunciante o testigo, al establecer: “Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no”.

De este modo, Costa Rica incluye un medio de protección adicional a las personas en grave riesgo y sobre la base de la protección especial a personas en condición de vulnerabilidad y género, en estricto apego a los lineamientos internacionales, tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención Belém do Pará.

e. Delincuencia flagrante

La Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, n.º 8720, del 4 de marzo de 2009, estableció nuevas causales para ponderar la medida cautelar de prisión preventiva. Así, otorgó una especial atención a aquellas delincuencias cuya detención haya sido flagrante en delitos contra la vida y la propiedad, pero únicamente en los casos en que medió fuerza sobre cosas o violencia sobre personas, y en los supuestos de detención flagrante para delitos de narcotráfico.

f. Reincidencia delictual

De igual forma, la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, n.º 8720, del 4 de marzo de 2009, definió como nuevas causales para la prisión preventiva la reincidencia delictual en caso de personas con condenatorias previas o que hayan sido acusadas por ilícitos donde ha mediado fuerza sobre cosas y violencia sobre personas al momento de su ejecución.

g. Crimen organizado

La última causal incorporada mediante la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, n.º 8720, del 4 de marzo de 2009, es encontrarse ante una delincuencia de carácter organizado. Recordemos que, para tal consideración delictiva, debe existir un decreto previo por parte de un juez de la República que así lo establezca, a partir de lo regulado en los artículos 1 y 2 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, n.º 8754.

3. Pena privativa

El tercer requisito es que la conducta tenga prevista una pena privativa de libertad. Con ello se sustenta el principio de proporcionalidad entre el mal impuesto y la finalidad perseguida. Se excluye la posibilidad de la medida de coerción al tratarse de contravenciones; sin embargo, en estos supuestos, la Sala Constitucional ha dado vigencia a la potestad de decreto a efecto de garantizar la realización del juicio.

c. La prisión preventiva

Como ya se ha sostenido, para la imposición de la prisión preventiva se requiere la existencia de un grado de probabilidad en la comisión de un hecho

delictivo sancionado con pena privativa de libertad, así como al menos de un peligro procesal.

i. Contenido de la resolución

De conformidad con el artículo 243 del Código Procesal Penal, la resolución que acuerda la prisión preventiva debe contener, además de una adecuada fundamentación, lo siguiente:

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

Estos requisitos son imprescindibles, sobre todo con base en la limitación que representa para los ciudadanos sometidos al control jurisdiccional.

ii. Apelación

La resolución que decreta por primera vez la medida cautelar de prisión preventiva, conforme al artículo 256 del Código Procesal Penal, cuenta con recurso de apelación. Al respecto, la norma señala: “Durante el procedimiento preparatorio e intermedio, la resolución que decrete por primera vez la prisión preventiva o, transcurridos los primeros tres meses, rechace una medida sustitutiva, se tomará en audiencia y será apelable sin efecto suspensivo. También serán apelable, de la misma manera y sin efecto suspensivo, las resoluciones que impongan cualquier otra medida cautelar o rechacen una medida sustitutiva

cuando se dicten durante el procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que no se esté en los casos del primer párrafo. Para estos efectos, solo se enviarán al tribunal las piezas indispensables para resolver y no regirá el procedimiento establecido para tramitar el recurso de apelación”.

Sin embargo, con la entrada en vigencia del procedimiento expedito para delitos en flagrancia en Costa Rica en abril del año 2009 –el cual, por su naturaleza, es atendido directamente por el Tribunal de Sentencia (artículos 422 a 436 del CPP)–, no se decretó legalmente la apelación a las medidas cautelares y, de esta forma, se imposibilitó la revisión de la restricción cautelar impuesta.

Al cuestionarse la constitucionalidad de estas normas, la Sala Constitucional costarricense, en las resoluciones 2009-011099 y 2009-011100, consideró que no se violenta el debido proceso ante la carencia de recurso de apelación contra la medida que decreta la prisión preventiva del justiciable u otra sustitutiva, por cuanto no es obligación del legislador otorgar una segunda instancia para todas las resoluciones y actuaciones del proceso, sino solo respecto de la sentencia condenatoria o fallo condenatorio (artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En las resoluciones citadas indicó: “No existe un derecho irrestricto a la doble instancia, y el hecho de que no se establezca en forma expresa la posibilidad de plantear el recurso de apelación, no violenta el debido proceso. El derecho a recurrir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, está previsto en relación con la sentencia condenatoria y no en relación con todas las resoluciones del proceso (...). El recurso de apelación no es una garantía prevista en la Constitución Política. Ésta, lo único que señala en el artículo 42 es que un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. La Convención Americana de Derechos Humanos es la que contempla el derecho de

recurrir como garantía, al señalar en el numeral 2 inciso h) que durante el proceso toda persona tiene: "...h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". La resolución que concede la prórroga de la prisión preventiva no es asimilable a un fallo. Se trata, de una revisión o constatación de la permanencia de las causales que originaron la prisión preventiva que en su oportunidad procesal (...)"

Como antecedentes de estas resoluciones, se tienen los votos de la Sala Constitucional 300-1999, 7665-1999, 8989-1999, 2585-2000, 10040-2000, 845-2005, donde se sostuvo que el recurso de apelación contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio se establecerá en el tanto estén debidamente promulgadas, es decir, se declare su posibilidad de apelación, pues no existe un derecho irrestricto a los recursos de apelación dentro del ordenamiento interno.

De este modo, Costa Rica se convierte en uno de los únicos países en América que no cuenta con remedio procesal contra el decreto de la medida cautelar de prisión preventiva, al tratarse de delitos juzgados conforme a las reglas del procedimiento expedito de flagrancia.

Este hecho no era del todo novedoso en Costa Rica ya que el decreto de prisión preventiva en asuntos de personas sometidas a extradición, o personas que al ser juzgadas se ordena la prisión preventiva, tampoco tienen dentro de las normas procesales posibilidad de revisión ante otra autoridad superior.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado los artículos 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los casos *Baena vrs. Panamá* (2001), punto 107; *Herrera Ulloa vrs. Costa Rica* (2004), punto 158; *Barreto Leiva vrs. Venezuela*, punto 89 (2009); y *Mohamed vrs. Argentina*, puntos 96-103 (2012), y ha sostenido que esas normas se refieren a la obligación de los Estados de garantizar la apelación contra fallos condenatorios, a la fecha no se ha cuestionado directamente acerca de la imposibilidad de apelación de la medida cautelar que decreta la prisión preventiva, sobre todo con base en que, hasta

antes de la reforma costarricense del 2009, no existía ningún país en América que careciera de ese remedio procesal.

Debe recordarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *De Wilde, Oms y Versyp vrs. Bélgica*, 1971, y *D.N. vrs. Suiza*, 2001, sí ha reconocido el derecho a interponer un recurso contra la medida coercitiva de prisión, aduciendo que el Estado está obligado a garantizar una vía de recurso adecuada para salvaguardar el cumplimiento del artículo 5 del Convenio.

De esta manera, consideramos preciso esperar a que se conozca una nueva demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de Costa Rica donde se analice el caso particular de la apelación de la medida cautelar, pues se encuentran en juego intereses superiores, como la libertad personal y la dignidad humana.

iii. Revisión

A efectos de cumplir con el control de la medida cautelar de prisión, esta debe ser revisada por parte de la autoridad que la dispuso, de acuerdo con el artículo 253 del Código Procesal Penal, el cual expone: “Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó. Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda. Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior. Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la

peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él”.

Es importante destacar que, a pesar de que el imputado y su defensor no soliciten la revisión de la prisión preventiva antes de tres meses de decretada, el tribunal de oficio puede revisarla, sustituirla, modificarla o cancelarla (en igual sentido, los votos de la Sala Constitucional 5002-98 y 8748-98).

Sobre el particular, el artículo 254 del Código Procesal Penal dispone que, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el tribunal, aun de oficio y en cualquier estado del procedimiento, por resolución fundada revisará, sustituirá, modificará o cancelará la procedencia de las medidas cautelares y las circunstancias de su imposición, de conformidad con las reglas establecidas en este código, cuando así se requiera por haber variado las condiciones que justificaron su imposición. Si la caución rendida es de carácter real y se sustituye por otra, se cancelará, y se devolverán los bienes afectados.

iv. Cesación

La prisión preventiva puede cesar, de acuerdo con el artículo 257 del Código Procesal Penal, cuando:

- a) Nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida, aun antes de que transcurran tres meses de haberse decretado.
- b) Su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada.
- c) Su duración exceda de doce meses.

v. Prórroga

La medida cautelar de prisión preventiva se puede prorrogar conforme al artículo 258 cuando, a pedido del Ministerio Público, el plazo previsto de los doce meses haya vencido. En estos supuestos, el competente es el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, quien hasta por un año más puede prorrogarla. En este caso, el tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento.

Otro supuesto de prórroga de la prisión preventiva se da cuando el tribunal de juicio dicta sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad. El plazo de prisión preventiva podrá prorrogarse por seis meses más, mediante resolución fundada.

Vencidos esos plazos, no podrá acordarse una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final del citado artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia. En tales casos, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, excepcionalmente y de oficio, podrá autorizar una prórroga de la prisión preventiva superior a los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

De manera excepcional, la Sala de Casación Penal podrá ampliar, en los asuntos de su conocimiento, la prisión preventiva hasta por seis meses más allá de los términos de ley autorizados con anterioridad.

vi. Suspensión

La suspensión de la prisión preventiva está regulada en el artículo 259 del Código Procesal Penal, donde se establece que los plazos de la prisión se suspenderán durante el tiempo en que el procedimiento esté suspendido a causa de la interposición de un recurso o acción ante la Sala Constitucional, o que el debate se encuentre suspendido o se aplaze su iniciación por impedimento o inasistencia del imputado o su defensor, o a solicitud de estos, siempre que la suspensión o el aplazamiento no se haya dispuesto por necesidades relacionadas con la adquisición de la prueba o como consecuencia de términos para la defensa, o cuando el proceso deba prolongarse ante gestiones o incidencias evidentemente dilatorias formuladas por el imputado o sus defensores y según resolución motivada del tribunal.

vii. Excepciones

No podrá decretarse la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años o valetudinarias (enfermas, delicadas) ni de personas con una enfermedad grave y terminal.

Sobre el particular, el artículo 260 del Código Procesal Penal dispone no decretar la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años o valetudinarias si el tribunal estima que, en caso de condena, no se les impondrá pena mayor de cinco años de prisión. Tampoco se decretará en relación con personas afectadas por una enfermedad grave y terminal. En estos casos, si es imprescindible restringir la libertad, se deberá decretar el arresto domiciliario o la ubicación en un centro médico o geriátrico.

Podrá sustituirse la prisión preventiva por el arresto domiciliario a las mujeres en estado avanzado de embarazo o con un hijo menor de tres meses de edad, cuando la privación de libertad ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de la madre, el feto o el hijo.

d. Críticas

Entre las críticas más recientes a la prisión preventiva en Costa Rica, se encuentran: el incremento de causales que motivan su decreto, la fragilidad de los motivos fundados en los mismos supuestos para imponer medidas sustitutivas, la petición abusiva del Ministerio Público y la concesión judicial para delitos de poca monta otrora contravenciones, la indeterminación razonable y sustentada de los peligros procesales fundándose en sospechas no acreditables.

Todas estas consecuencias involucran al sistema penal, mediante una gran cantidad de presos sin condena, un alto hacinamiento carcelario, un decaimiento de las garantías constitucionales de los procesados para programar sus defensas materiales por estar reclusos en centros penales, así como el alto costo de la Administración de Justicia para hacer frente a la problemática judicial, ante el aumento de costes económicos para lograr los fines propuestos, por cuanto, a mayor cantidad de personas detenidas, mayores son los importes para su mantenimiento, ejercicio y eficiencia.

e. Recomendaciones

En un sistema como el costarricense, donde la población penitenciaria en los últimos ocho años aumentó un 80,4%, la sobrepoblación actual del sistema ronda el 36,5%, la reincidencia criminal oscila en un 14,7% y no se invierte en infraestructura carcelaria, resulta oportuno, conveniente y necesario incorporar la tecnología en los sistemas de ejecución penal y modernizarlos.

El uso de vigilancia electrónica por medio de brazaletes es una medida alternativa al problema carcelario, ya que su efecto inmediato sobre el hacinamiento podría derivar de la utilización en presos sin condena y donde la posible imposición de pena privativa de libertad no represente un peligro superior hacia la sociedad.

Existen, claro está, las medidas alternativas ya previstas por la legislación, pero nada impide pensar en extender el uso de los brazaletes a sentenciados por conductas que no planteen un grave riesgo para la sociedad. En cualquier caso, estas políticas exigen una buena definición de las hipótesis de su aplicación, además de fuertes sanciones –de naturaleza carcelaria– por su incumplimiento.

Aunado a ello, una sana inversión en infraestructura penitenciaria, el uso de tecnología eficiente y la implementación judicial de procesos penales ágiles contribuirían a poner coto a la sobrepoblación penitenciaria, por cuanto es claro que, una vez superado el juzgamiento, muchos reos son absueltos o sometidos al régimen de ejecución condicional de la pena.

Por último, una mayor sensibilización judicial resulta oportuna, a través de visitas judiciales a las instalaciones carcelarias para determinar la vigencia de los derechos humanos de los reclusos. La capacitación especializada en derechos humanos, penitenciarios y constitucionales, así como un mayor uso de medidas cautelares alternativas a la prisión, pueden coadyuvar eficientemente a disminuir los presos sin condena y a mantener la vigencia de los principios más esenciales del ser humano: la libertad y la dignidad.

f. Compensación y resarcimiento

Como se tratar de una reparación por soportar medidas cautelares sin sustento, claramente la víctima tiene derecho a una compensación dineraria ante dicho sufrimiento.

No son pocos los casos donde las víctimas en Costa Rica han requerido, mediante responsabilidad objetiva del Estado y subjetiva del funcionario, el cobro de los daños y perjuicios con fundamento en la existencia de medidas cautelares sin haber concurrido motivos suficientes para su decreto.

Siguiendo la línea normativa de los artículos 190 a 214 de la Ley General de Administración Pública y 1045 del Código Civil, las víctimas han acudido a los tribunales contenciosos administrativos con la finalidad de obtener compensación económica por parte del Estado directamente o, incluso, de los funcionarios públicos que potenciaron la imposición de medidas cautelares sin sustento.

Acercas de la posibilidad de compensación y resarcimiento como producto de actuaciones funcionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Ciulla vrs. Italia*, del 22 de febrero de 1989, y en el caso *N.C. vrs. Italia*, del 18 de diciembre de 2002, ha reconocido que toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento contrarios al artículo 5 tendrá derecho a una indemnización. Según ha indicado, este derecho surge ante la infracción de cualquiera de las obligaciones previstas en el artículo 5, y abarca tanto los daños materiales como los no materiales, siempre y cuando sean cuantificables.

En Costa Rica, el caso más renombrado sobre el particular es el impulsado por Jorge Alcides Castillo Sánchez, quien fue vinculado por el Ministerio Público como coautor del homicidio del comunicador Parmenio Medina; sin embargo, fue absuelto por certeza por el Tribunal sentenciador y confirmada su sentencia en casación. De esta forma, una vez firme el fallo, el justiciable intentó reparar el daño causado al privarlo de su libertad por casi seis años a la espera de juicio, pero en la fase inicial de ese proceso no se alcanzó acuerdo al respecto. A la fecha, Castillo Sánchez pretende el pago de cincuenta y dos millones de dólares contra el Estado costarricense por la detención ilegítima sufrida y por soportar seis años encarcelado en espera del juicio donde fue absuelto por certeza.

En el caso costarricense, se ha impuesto como condición para el otorgamiento de reconocimiento legal económico que se dicte una sentencia de sobreseimiento definitivo en fases previas o sentencia absolutoria por certeza en juicio, a efecto de que surja el derecho a resarcir. No obstante, esta postura no es compartida, ya

que para el surgimiento de la responsabilidad civil solo es necesario determinar el daño y el nexo causal.

CONCLUSIONES

- El encarcelamiento preventivo ha sido objeto de constante estudio y preocupación por su uso desmedido en América Latina. La gran cantidad de presos sin condena, el hacinamiento carcelario, el aumento de la población detenida, las pésimas condiciones carcelarias son solo parte de las principales críticas a la prisión preventiva.
- Desde los derechos humanos, hay protección sustantiva para dar vigencia a la dignidad humana y a la libertad. Baste señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio, 1990), las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1955), entre otras. De igual modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha profundizado la discusión a través de los informes números 2-84 (Venezuela), 17-89, 12-96 y 2-97 (Argentina) 35-07 (Uruguay); y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contenciosos: *Gangaram Panday vrs. Surinam* (1994), *Genie Lacayo vrs. Nicaragua* (1997), *Suárez Rosero vrs. Ecuador* (1997), *Tibi vrs. Ecuador* (2004), *Acosta Calderón vrs. Ecuador* (2005), *Palamarca Iribarne vrs. Chile* (2005), *López Álvarez vrs. Honduras* (2006), *Bayarri vrs. Argentina* (2008), *Barreto Leiva vrs. Venezuela* (2009), *Pacheco Teruel y otros vrs. Honduras* (2012).
- El estudio completo de las posturas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permitió clarificar y emitir los postulados necesarios para el decreto de la prisión preventiva. Se estableció como mínimo la verificación del peligro procesal, excepcionalidad, provisionalidad, control judicial, inocencia, proporcionalidad, carácter cautelar y plazo razonable.

- De esta manera, la prisión preventiva resultará legítima en el tanto el objetivo pretendido con el acto esté previamente establecido; será idónea si la medida estatal cuestionada es apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; y será necesaria cuando, entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, la autoridad competente elija aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona. Por último, la medida será proporcional en el tanto implique un equilibrio entre la finalidad pretendida y el medio utilizado.
- Respecto al peligro procesal de reincidencia criminal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso López Álvarez *vrs.* Honduras, 2006) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (35-07) han descartado su aplicación por ilegítima, por cuanto se apoya en criterios de derecho material no procesal y, en ese tanto, resultarían violatorias del derecho de libertad (*pro libertate*) y del derecho de dignidad humana (*pro homine*).
- Acerca del derecho de apelación, el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han incorporado el derecho de recurrir del administrado. Sin embargo, se limita al fallo condenatorio ante juez o tribunal superior, y no menciona la apelación de la medida cautelar de encarcelamiento preventivo. En los casos Baena *vrs.* Panamá (2001), punto 107; Herrera Ulloa *vrs.* Costa Rica (2004), punto 158; Barreto Leiva *vrs.* Venezuela, punto 89 (2009); y Mohamed *vrs.* Argentina, puntos 96-103 (2012), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido de forma unánime que las previsiones normativas de la Convención y del Pacto se refieren a la obligación de los Estados de garantizar la apelación contra fallos condenatorios, por lo cual se excluyen las resoluciones provisionales o previas dentro del proceso penal. En este particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto de manera diversa, reconociendo en los casos De Wilde, Oms y Versyp *vrs.* Bélgica (1971) y D.N. *vrs.* Suiza (2001), el derecho a interponer un recurso contra la medida coercitiva de prisión, sosteniendo que el Estado está obligado

a garantizar una vía de recurso adecuada para salvaguardar el cumplimiento del artículo 5 del Convenio.

- Ya en el caso costarricense, la criminalidad vigente, las perspectivas de género, la internacionalización de las actuaciones delictivas, la inseguridad ciudadana, el avance tecnológico, el abandono estatal de las políticas públicas, la inflación del derecho penal y la excesiva normatividad han servido de fundamento político para establecer reformas procesales dirigidas a incrementar los presupuestos de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva.
- Si bien existe consenso público en torno a la condición de necesidad del derecho penal y, con él, de la prisión preventiva dentro de los regímenes judiciales, debe reducirse al mínimo su imposición, por cuanto el sistema carcelario es el centro de una clara y sistemática lesión a los derechos humanos ante las condiciones carcelarias precarias existentes, la sobrepoblación incorporada intramuros y el empleo excesivo de esta medida cautelar, incluso para delitos de poca relevancia social.
- La Convención de Viena determina la obligación de los Estados signatarios de incorporar, en sus ordenamientos internos, aquellas normas necesarias para la implementación de los tratados. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José-Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de acatamiento obligatorio.
- Debe existir una revisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en próximos fallos respecto a las modificaciones procesales provenientes de delitos titulados graves por los ordenamientos jurídicos donde se está potenciando el decreto automático de la prisión preventiva sin posibilidad de revisión de dicho decreto, circunstancias por demás en detrimento de las garantías mínimas de las personas sometidas a procesos penales.

- En Costa Rica, las medidas cautelares pueden ser personales o reales. Entre los requisitos materiales para su imposición se encuentran: a) Que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. b) Que el delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad. c) Que existan peligros procesales: fuga; obstaculización; continuidad de la actividad delictiva; peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo; o situaciones particulares de riesgo delictivo, como detenciones flagrantes 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; reincidencia delictiva en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas; y, por último, en la comisión delictiva mediante crimen organizado.
- Queda abierta la discusión sobre cuáles medidas se deben implementar con el propósito de reducir la aplicación de la prisión preventiva y disminuir la población de presos sin condena. Si bien al respecto se propone analizar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad del uso de otras medidas cautelares, la inserción de la vigilancia electrónica por medio de brazaletes, la materialización de políticas públicas enfocadas en la inversión en infraestructura penitenciaria, el fomento judicial de procesos penales ágiles y una mayor sensibilización sobre las repercusiones de la prisión preventiva en los derechos humanos de los reclusos, estas alternativas no agotan el tema, sino que, por el contrario, invitan a reflexionar sobre tal problemática.

Bibliografía

- Libros

González Cuellar-Serrano Principio de proporcionalidad

Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, San José, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos-ASDI, 2006.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Código Procesal Penal comentado, San José, Editorial Jurídica Continental, cuarta edición, 2009.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Derecho Procesal Penal. II. Garantías procesales (primera parte), San José, Editorial Jurídica Continental, 1.^a edición, 2005.

- Normas internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Convención Americana de Derechos Humanos (1969)

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio, 1990)

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1955).

Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales (suscrito en Roma en 1950)

Convención de Viena

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también conocida como Convención Belén do Pará

- Normas internas

Constitución Política de Costa Rica

Código procesal penal

Código procesal civil

Código Civil

Código de Comercio

Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades Conexas N° 8204

Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres

Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal

Ley Contra la Delincuencia Organizada

Ley General de la Administración Pública

Código General Contencioso Administrativo

- Jurisprudencia Internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe 2-84 (Venezuela),

Informes 17-89, 12-96 y 2-97 (Argentina)

Informe 35/07 del caso de los hermanos Peirano Basso vrs Uruguay

- Corte Interamericana de Derechos Humanos

Gangaram Panday vrs Surinam (1994)

Genie Lacayo vrs Nicaragua (1997)

Suárez Rosero vrs Ecuador (1997)

Tibi Vs. Ecuador (2004)

Herrera Ulloa vrs Costa Rica (2004)

Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay (2004)

Acosta Calderón Vs. Ecuador (2005)

Palamarca Iribarne vrs Chile (2005)

García Asto y Ramírez Pojas vrs Perú (2005)

López Alvarezvrs Honduras (2006)

Almonacid Arellano vrs Chile (2006)

Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vrs Ecuador (2007)

Bayarri Vs. Argentina (2008)

Barreto Leiva vrs Venezuela (2009)

Usón Ramírez vrs Venezuela (2009)

Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras (2012)

Mohamed vrs Argentina (2012).

Del Río Prada vrs España (2013)

- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso Stögmullervrs Austria, 1969

Caso Wilde, Ooms y Versypvrs Bélgica, 1971

Caso Ciullavrs Italia, 1989

Caso Fox, Campbell y Hartleyvrs Reino Unido 1990

Caso Letelliervrs Francia, 1991

Caso I.A. vrs Francia, 1998

Caso Murray vrs Reino Unido 1994

Caso D.N. vrs Suiza, 2001

Caso Vasilva vrs Dinamarca 2002

Caso N.C. vrs Italia, 2002

Caso Elcivrs Turquía 2003

Caso Imrevrs Hungría, 2003

- Jurisprudencia nacional

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

05002-1998

08748-1998

00300-1999

07665-1999

08989-1999

02585-2000

10040-2000

00845-2005

11099-2009

11100-2009

- Periódico digital:

http://elderechodigital.com/dduweb/forms/newlettermain.aspx?file=jurisprudencia/jur15_01.html)

Índice

CAPÍTULO PRIMERO: Tratamiento de la prisión preventiva desde los derechos humanos.

- a. Principios
 - i. Verificación del peligro procesal
 - ii. Excepcionalidad
 - iii. Provisionalidad
 - iv. Control judicial
 - v. Inocencia
 - vi. Proporcionalidad
 - vii. Carácter cautelar
 - viii. Plazo razonable
- b. Estándares
 - i. Mérito sustantivo
 - ii. Finalidad procesal
 - 2. Peligros procesales
 - a. Límites
 - b. Apelación de la medida

Capítulo II. Enfoque de las medidas cautelares en el caso costarricense

- a. Incorporación supraconstitucional estándares internacionales
- b. Principios constitucionales
 - i. Proporcionalidad
 - ii. Razonabilidad
 - iii. Legales
- c. Medidas cautelares
 - i. Tipos de Medidas cautelares
 - 1. Personales:
 - 2. Reales:
 - ii. Requisitos

1. Grado de probabilidad
2. Causales
 - a. Fuga
 - b. Obstaculización
 - c. Continuidad de la actividad delictiva
 - d. Peligro para la víctima
 - e. Delincuencia flagrante
 - f. Reincidencia delictual
 - g. Crimen organizado
3. Pena privativa
 - d. La prisión preventiva
 - i. Contenido resolución
 - ii. Apelación
 - iii. Revisión
 - iv. Cesación
 - v. Prórroga
 - vi. Suspensión
 - vii. Excepciones
 - e. Críticas
 - f. Recomendaciones
 - g. Compensación y Resarcimiento

CONCLUSIONES

Bibliografía