

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PONENTE:

JOSÉ CARLOS CHACÓN RODRÍGUEZ
CARNÉ A71750

San Pedro de Montes de Oca, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
A.D. 2013



20 de setiembre del 2013
FD-AI-1190-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): **José Carlos Chacón Rodríguez**, carné **A71750**, denominado: **"La prisión preventiva a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"**, fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Gustavo Jiménez Madrigal
Presidente	Dr. Javier Llobet Rodríguez
Secretaria (o)	Dr. Gonzalo Monge Núñez
Miembro	Dr. Álvaro Burgos Mata
Miembro	Lic. José Miguel Zamora Acevedo

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **10 de octubre del 2013**, a las **04:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el 5° Piso de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.

Andrés Montejo Morales
DIRECTOR

San José, 19 de julio de 2013

Señor
Dr. Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Presente

Estimado señor:

Hago de su conocimiento que, en mi condición de director, he procedido a un análisis en detalle de la tesis denominada *La prisión preventiva a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, que fuera realizada por el egresado José Carlos Chacón Rodríguez, carné estudiantil A71750. Y por estar acorde a los requisitos formales y sustanciales que estipulan las reglamentaciones universitarias pertinentes, le comunico mi aprobación para que pase a la etapa de defensa pública.

La tesis en cuestión contiene un abordaje muy completo y sistemático sobre la figura de la prisión preventiva, deslindándose de manera preclara la evolución histórica y los principales presupuestos, las finalidades e incluso las racionalizaciones que se ocultan tras este instituto jurídico. Un aspecto novedoso de la investigación radica en que se explora meticulosamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a las condiciones de legitimidad y de operatividad de la prisión preventiva; trasladándose luego el acervo doctrinario y jurisprudencial de este foro de la justicia interamericana hacia la realidad de la legislación costarricense sobre el tema. En este sentido, se formula una intensa crítica hacia un conjunto de leyes recientes aprobadas en Costa Rica, examinándose su conformidad o no con las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con las obligaciones de nuestro país de cara a la comunidad internacional.

Independientemente de la convicción que merezcan las conclusiones del trabajo, es indudable que constituye un importante instrumento de referencia sobre la temática analizada, y al mismo tiempo una excitativa para la discusión crítica en torno a esta materia. Por ello, formalmente lo apruebo y recomiendo que se asigne hora y fecha para que los resultados de la investigación sean expuestos en acto público.

De usted muy atento,



Lic. Gustavo Adolfo Jiménez Madrigal
-director de tesis-

San José, 19 de julio de 2013

Señor
Dr. Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Presente

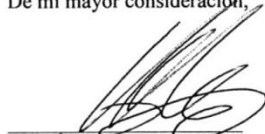
Estimado profesor:

Por esta misiva le comunico que he procedido a la lectura de la tesis de investigación intitulada *La prisión preventiva a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, elaborada por el estudiante José Carlos Chacón Rodríguez. Luego de un análisis de la misma, le informo que el documento final se ajusta a los requerimientos de fondo y forma exigidos por la Facultad de Derecho de esta casa de enseñanza para los trabajos finales de graduación.

La investigación ahonda sobre un tópico de Derecho Procesal Penal de gran importancia y de renovada actualidad, pues se compara el instituto de la prisión preventiva desde la óptica de los pronunciamientos de los tribunales nacionales e internacionales; llegándose a ciertas conclusiones que deberán ser tenidas en cuenta y discutidas en posteriores análisis.

En este sentido, y en mi calidad de lector, apruebo el trabajo final de graduación y solicito que se fije hora y fecha para su defensa pública.

De mi mayor consideración,



Dr. Álvaro Burgos Mata
-lector de tesis-

San José, 13 de setiembre de 2013

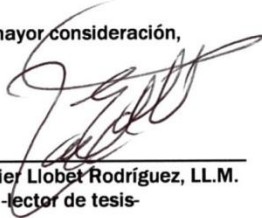
Señor
Dr. Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Presente

Estimado profesor:

Reciba un cordial saludo. De la manera más atenta, le comunico que, en mi carácter de lector, he procedido a revisar la tesis de investigación denominada *La prisión preventiva a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del estudiante José Carlos Chacón Rodríguez, carné A71750.

Esta investigación se adentra en una temática de la mayor importancia en el ordenamiento procesal penal costarricense, pues intenta examinar la evolución y la situación actual de la figura de la prisión preventiva. Dado que la misma cumple los requisitos de fondo y forma exigidos por la Facultad de Derecho de esta casa de enseñanza para los trabajos finales de graduación, extiendo mi formal aprobación para pasar a la etapa de réplica y a la presentación pública del trabajo.

De mi mayor consideración,



Dr. Javier Llobet Rodríguez, LL.M.
-lector de tesis-

LICDA. ELVIA FERNÁNDEZ MORALES
FILÓLOGA UCR
SAN RAMÓN, ALAJUELA TEL. 2-447 1581 8-825- 3794
elviafdz@gmail.com
C.2312338 COL. LIC. Y PROF

CONSTANCIA DE REVISIÓN FILOLÓGICA DE TESIS

La suscrita, Licenciada en Filología Española ELVIA FERNÁNDEZ MORALES, hace constar que efectuó la revisión filológica del documento, "**LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**", lo cual consiste en el TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO, FACULTAD DE DERECHO. El postulante es **JOSÉ CARLOS CHACÓN RODRÍGUEZ, CARNÉ A71750**.

Al respecto, indica que luego de efectuadas las correcciones necesarias, dicho documento se encuentra listo para su presentación y disertación, pues se ajusta a las normas gramaticales y ortográficas establecidas y a la modalidad de discurso, correspondiente a su especialidad.

Dado en San Ramón, Alajuela, Costa Rica, el quince de octubre de dos mil trece, a solicitud del interesado y para los efectos administrativos pertinentes.



CC/Archivo

Licda. Elvia Fernández Morales

A Dios, ipsum esse subsistens, porque aunque haya muchas cosas que no entienda, sé que tienes una razón suficiente para todo.

A papi y a mami, por el amor incondicional, por estar ahí en absolutamente todos los momentos de mi vida, por hacer de mí todo lo que soy. El lenguaje no tiene palabras para expresar mi agradecimiento, por lo que solo puedo decir que esto es todo suyo.

A mi hermana, Andrea, a mi abuelita, Mary, a mi abuelito, Windy, a mi abuelita, Ani y a mi abuelito, Didier, gracias por la infinidad de momentos maravillosos que hemos vivido y por estar siempre presentes con su incomparable cariño. Los quiero mucho.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer muy especialmente al profesor Gustavo Jiménez Madrigal, quien me honra sobremanera al haber aceptado la dirección de esta investigación. Infinitas gracias por sus invaluable palabras de apoyo y por su sabio consejo.

Al profesor Álvaro Burgos Mata, quien desde el inicio de esta tesis se ha dedicado de lleno a asesorarme y a aconsejarme para que la misma llegara a buen puerto. Muchas gracias, profe, por haber asumido esta tesis casi como si fuese suya.

Al profesor Javier Llobet Rodríguez, excelso pedagogo e incomparable tratadista. Gracias, por habernos enseñado a todos y por aceptar la revisión de este modesto trabajo. Sin duda, sus enseñanzas fueron el principal aliciente para el desarrollo de este trabajo de investigación, y lo continuarán siendo para todas las generaciones venideras.

Un especial agradecimiento para los profesores Gonzalo Monge Núñez y Miguel Zamora Acevedo, quienes de una manera muy amable aceptaron formar parte activa en este proceso. Gracias también por las valiosas enseñanzas que de ustedes he recibido.

Quiero reconocer a mis amigos y amigas, por ayudarme a compartir las alegrías, enfrentar las congojas y estar ahí cuando los he necesitado.

Finalmente, no podría dejar de reconocer mi infinita deuda con el Sr. Alexander Jiménez, el Dr. Luis Morelli, y los médicos y enfermeras del Hospital Dr. Calderón Guardia. Sin ellos, posiblemente esta tesis nunca hubiese concluido.

*Ni la venganza ni el perdón ni las cárceles ni siquiera el olvido
pueden modificar el invulnerable pasado.*

Jorge Luis Borges

ÍNDICE GENERAL

Página

a. Parte introductoria

Índice general-----	x
Abreviaturas y acrónimos -----	xvii
Resumen -----	xxii

b. Cuerpo del trabajo

Introducción -----	1
--------------------	---

<i><u>CAPÍTULO PRIMERO. Reseña histórica del instituto procesal de la prisión preventiva</u></i> -----	24
---	----

A.1. En el Derecho Romano	24
--	----

A.2. En los Derechos Medieval e Intermedio	30
---	----

A.3. En el Derecho Costarricense	37
---	----

A.3.1. El Código General del Estado (1841).....	38
---	----

A.3.2. El Código de Procedimientos Penales (1910)	38
---	----

A.3.3. El Código Penal (1941)	42
-------------------------------------	----

A.3.4. El Código de Procedimientos Penales (1973)	43
---	----

A.3.5. La Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas (1988)	46
---	----

**CAPÍTULO SEGUNDO. Fundamentos y principios jurídicos del
instituto de la prisión preventiva-----51**

B.1. Relación entre prisión preventiva y presunción de inocencia..... 58

B.1.1. Críticas al principio de presunción de inocencia 59

a) *La escuela del positivismo criminológico*..... 59

b) *El fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán*..... 64

c) *El franquismo español* 69

B.1.2. Críticas a la prisión preventiva 72

B.1.3. Posiciones conciliatorias..... 74

B.2. Principios del instituto de la prisión preventiva 77

B.2.1. Principio de excepcionalidad 78

B.2.2. Principio de proporcionalidad..... 83

B.2.3. Principio de provisionalidad 90

B.2.4. Principio de legalidad (control judicial) 92

B.2.5. Respeto a la dignidad humana (principio *pro homine*)..... 93

**CAPÍTULO TERCERO. La prisión preventiva a la luz de la
jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los
Derechos Humanos -----95**

**C.1. La prisión preventiva según la Corte Interamericana de
Derechos Humanos 98**

C.1.1. Caso *Loayza Tamayo vs. República del Perú*. Sentencia de Fondo, del 17 de setiembre de 1997..... 98

C.1.2. Caso *Suárez Rosero vs. República del Ecuador*. Sentencia de Fondo, del 12 de noviembre de 1997 101

C.1.3. Caso *Tibi vs. República del Ecuador*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 07 de setiembre de 2004..... 110

C.1.4. Caso *Fermín Ramírez vs. República de Guatemala*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 20 de junio de 2005. 118

C.1.5. Caso *Acosta Calderón vs. República del Ecuador*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 24 de junio de 2005. 122

C.1.6. Caso *Palamara Iribarne vs. República de Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 22 de noviembre de 2005 127

C.1.7. Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. República del Perú*. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 25 de noviembre de 2005. 134

C.1.8. Caso *López Álvarez vs. República de Honduras*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 01 de febrero de 2006..... 146

C.1.9. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. República del Ecuador*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 21 de noviembre de 2007 154

C.1.10. Caso <i>Yvon Neptune vs. República de Haití</i> . Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 06 de mayo de 2008.	159
C.1.11. Caso <i>Bayarri vs. República Argentina</i> . Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 30 de octubre de 2008	165
C.1.12. Caso <i>Barreto Leiva vs. República Bolivariana de Venezuela</i> . Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 17 de noviembre de 2009.....	172
C.1.13. Caso <i>Usón Ramírez vs. República Bolivariana de Venezuela</i> . Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 20 de noviembre de 2009.	175
C.2. La prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	180
C.2.1. Caso N° 11.245, <i>Jorge A. Giménez vs. República Argentina</i> . Informe de Fondo N° 12/96, del 01 de marzo de 1996	180
C.2.2. Caso N° 12.553; <i>Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay</i> . Informe de Fondo N° 35/07, del 01 de mayo de 2007.....	185
C.3. Análisis sinóptico de las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva	198
C.3.1. El imperio de la libertad personal como regla en el estado democrático de derecho	198

C.3.2. Prisión preventiva: medida cautelar y no punitiva	206
C.3.3. Improcedencia de los criterios de peligrosidad para fundar la prisión preventiva	208
C.3.4. El principio de proporcionalidad como límite a la prisión preventiva	211
C.3.5. Control judicial de las detenciones y plazo razonable.....	215
C.3.6. La garantía de acceso a un recurso sencillo que tutele el derecho a la libertad personal.....	218
C.3.7. La jurisprudencia de la Corte IDH sobre prisión preventiva en el contexto social y político latinoamericano	222
<i>a) La prisión preventiva y las dictaduras latinoamericanas</i>	223
<i>b) La prisión preventiva y la eclosión de la criminalidad violenta en América Latina</i>	231
 <i><u>CAPÍTULO CUARTO. La prisión preventiva en la realidad normativa y jurisprudencial costarricense</u></i> -----	239
 D.1. Requisitos para el dictado de la prisión preventiva.....	239
D.1.1. Mérito sustantivo (probabilidad razonable de haber cometido delito).....	240
D.1.2. Fin procesal (causal de prisión preventiva)	247
<i>a) Peligro de fuga.....</i>	249

<i>b) Peligro de obstaculización</i>	254
<i>c) Peligro de reiteración delictiva</i>	258
<i>d) Peligro para la víctima, el denunciante o los testigos</i>	264
D.1.3. Las nuevas causales de prisión preventiva en la LPVT.....	265
<i>e) La flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales, contra la propiedad y en delitos de la Ley sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas</i>	268
<i>f) La reiteración procesal y la reiteración delictiva, en delitos donde medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas</i>	275
<i>g) La delincuencia organizada como causal autónoma de prisión preventiva</i>	280
D.1.4. Requisitos formales de la prisión preventiva.....	287
D.2. Los nuevos problemas de la duración de la prisión preventiva	291
D.2.1. El plazo de duración de la prisión preventiva en delitos comunes.....	292
D.2.2. El plazo de duración de la prisión preventiva en delitos de tramitación compleja	297
D.2.3. El plazo de duración de la prisión preventiva en la LCDO	298
D.3. La reforma de la prisión preventiva de cara al Derecho Internacional de los Derechos Humanos	304
D.3.1. El principio de la buena fe convencional	310
D.3.2. El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano.....	316
D.3.3. La aplicación de los instrumentos internacionales por el juez ordinario..	325

<u>CAPÍTULO QUINTO. Visión retrospectiva: la prisión preventiva entre los avatares del populismo punitivo y el garantismo penal</u>	332
E.1. La dimensión ideológica de la figura de la prisión preventiva	333
E.2. La prisión preventiva desde la óptica de la sociología jurídica	339
E.2.1. Prenotandos de la sociología jurídica	339
E.2.2. Populismo punitivo y prisión preventiva	341
E.2.3. Nuevas regulaciones en materia de prisión preventiva en Costa Rica.....	343
E.3. La perspectiva teórica del garantismo penal en el análisis de la prisión preventiva	346
E.3.1. Los postulados del garantismo de Luigi Ferrajoli.....	349
E.3.2. Populismo punitivo en Costa Rica: aproximación a un caso concreto	360
<u>EXCURSO. La problemática de las prisiones</u>	370
Conclusiones y Recomendaciones -----	377
Bibliografía Consultada -----	388

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

a.C.	antes de Cristo
art./arts.	artículo/artículos
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado Español
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CEDHLF	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
cf.	<i>confer</i>
CIA	Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
comp./comps.	compilador/compiladores

coord./coords.	coordinador/coordinadores
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPP	Código Procesal Penal
CVDT	Convención de Viena sobre el derecho de los tratados
d.C.	después de Cristo
DD.HH.	Derechos Humanos
DEA	<i>Drug Enforcement Administration</i>
DI	Derecho Internacional
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DINCOTE	Dirección Nacional contra el Terrorismo de Perú
Doc.	documento
DPP	Derecho Procesal Penal
Dr.	doctor

DSN	Doctrina de la Seguridad Nacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ed.	edición
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i>
etc.	etcétera
FBI	Buró Federal de Investigación de los Estados Unidos
<i>id.</i>	<i>idem</i>
Imo.	Ilustrísimo
inc./incs.	inciso/incisos
Ing.	ingeniero
INTERPOL	Policía Internacional
Jr.	<i>junior</i>
LCDO	Ley contra la Delincuencia Organizada

LCRA	Ley de Creación del Recurso de Apelación de la sentencia penal
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal de España
LJC	Ley de la Jurisdicción Constitucional
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPVT	Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal
Nº	número
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIJ	Organismo de Investigación Judicial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
<i>Op. Cit./Op. ult. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
p./pp.	página/páginas

par./párr./pars./párrs.	párrafo/párrafos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Prof.	profesor
s./ss.	siguiente/siguientes
s.f.	sin fecha
Sic	<i>sic dixit</i>
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
Sr./Sres.	señor/señores
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
T.S.	Tribunal Supremo
v./vs.	versus
vid.	<i>vide, videtur</i>

RESUMEN

Esclarecer las implicaciones y las particulares relaciones que se derivan de la consagración del instituto de la prisión preventiva dentro del Derecho de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituye uno de los puntos nodales de la presente investigación. En efecto, los principios procesales y las garantías fundamentales del ser humano no han sido recogidos en balde, a nivel de las más altas jerarquías normativas, sino que, por el contrario, los ordenamientos jurídicos modernos han reconocido la importancia que revisten estas reglas mínimas para la supervivencia del estado democrático de derecho. Ello debería implicar ciertas pautas de acción muy concretas: en primer lugar, legislar siempre a favor de la progresividad de los derechos fundamentales; y luego, no contrariar, por ningún motivo, el espíritu -ni mediante la emisión normativa, ni mediante las actuaciones materiales o las vías de hecho- que permea los postulados recogidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales.

Así las cosas, constatamos que surgen problemas en el mundo de lo jurídico, cuando se intenta hacer cohabitar, de forma simultánea, un texto legal y uno supralegal que son excluyentes en sí mismos; panorama, éste último, que se reproduce en nuestro ordenamiento en materia de prisión preventiva. Esta pretensión equivaldría a querer reunir materia y antimateria en un mismo espacio físico, imposibilidad natural que deriva en la mutua aniquilación de ambas. Por paridad de razones, no pueden coexistir normas constitucionales e internacionales benévolas junto con normas legales populistas.

De esta manera, en el presente trabajo, se ensaya la hipótesis central de que la inclusión de nuevas causales de prisión preventiva en el régimen jurídico-penal costarricense -operada por conducto de la aprobación de la LPVT y de la LCDO en el año 2009- es inválida en sí misma y no debe generar efecto legal alguno, en atención al principio formal de supremacía de la Constitución y al necesario respeto a las jerarquías normativas. Y tomando en cuenta el hecho de que Costa Rica no es un punto aislado del orbe, la comprobación o confutación de esta hipótesis requerirá adscribir las modernas perspectivas y tendencias del Derecho Internacional y del Derecho Comparado; para lo cual el presente abordaje emprenderá un

estudio pormenorizado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema de las condiciones de legitimidad y operatividad del encarcelamiento preventivo. Sistematizando, el objetivo general que se plantea está reconducido al análisis del instituto procesal de la prisión preventiva, a la luz de los criterios que sobre el mismo han vertido los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, especialmente la Corte IDH; con el objeto de determinar si la praxis legislativa y jurisprudencial costarricense ha sido respetuosa de los principios señalados por las cortes supranacionales, sobre todo a raíz de la inclusión de nuevas causales de prisión preventiva con la aprobación de la LPVT.

La metodología de trabajo intentará ser predominantemente descriptiva, y para ello se combinarán sincrónicamente los métodos de la deducción y de la inducción de variables. La estructuración de la información dentro del informe que recaiga, constituye un proceso en el cual se deberán recombinar cuando mínimo las fases siguientes: elegir un repertorio previo de documentación, proceder a la interpretación y al estudio histórico, político, y jurisprudencial de la normativa, formular juicios sintéticos que permitan la sistematización de conclusiones novedosas, y finalmente extrapolar estos datos a la realidad costarricense y planetaria sobre la problemática analizada.

Las conclusiones que podrán bosquejarse, al final del trabajo, son más bien modestas, ya que tendrán muy en cuenta la insoluble proyección axiológica que dimana a toda praxis concreta que se tome y a toda guía o proclama de acción que la presuponga. Siguiendo esta línea, se descubrirá que el decantarse por una mayor o menor aplicación de la regla de la prisión preventiva, depende en última instancia de las concepciones y de la introspección del sujeto emisor y pensante en torno a lo que es y a lo que debería ser el Derecho. Con todo, el autor expondrá su juicio de valor personal sobre la idea de la necesaria acotación de los instrumentos del control social, como mecanismo propincuo para reducir las cuotas de arbitrariedad estatal y para aplacar la conflictividad consustancial al ejercicio del sistema de justicia penal.

Chacón Rodríguez, José Carlos. *La prisión preventiva a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013. xxiv y 424.

Director: Lic. Gustavo Adolfo Jiménez Madrigal.

1. PROCESO PENAL - MEDIDAS DE COERCIÓN. 2. MEDIDAS CAUTELARES - PRISIÓN PREVENTIVA. 3. DERECHOS HUMANOS. 4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 5. JURISPRUDENCIA. 6. SENTENCIAS. 7. POLÍTICA LATINOAMERICANA.

INTRODUCCIÓN

Justificación del tema de investigación

La ciencia jurídica de los últimos años ha señalado una íntima y estrecha relación entre el Derecho de la Constitución y los institutos propios del derecho sustantivo, especialmente aquellos destinados a la protección de las partes, personas y grupos más perjudicados de la vida social. Así se explican, por ejemplo, los artículos 45, 46 y 50 de la Constitución Política, los cuales facultan a la organización estatal para interferir en ciertas ramas de la vida económica y las relaciones privadas entre los sujetos de derecho; y del mismo modo, este argumento se extiende a todas las disposiciones del Título V de nuestra Carta Magna, donde se prevé un cúmulo de derechos irrenunciables para la clase trabajadora.

Por paridad de razones, los afanes protectores delineados desde el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, con su aparejo de principios y de reglas mínimas de aplicación taxativa, han pasado a recogerse de una manera decidida en los diversos sistemas constitucionales del orbe. Por ello, autores de reconocida trayectoria, entre los que ubicamos a Claus Roxin y a Heinz Zipf, han catalogado a esta rama del derecho con las sencillas pero expresivas alocuciones de “sismógrafo de la Constitución” y “derecho constitucional aplicado”, respectivamente. La vinculación que de ello podemos derivar, la encontramos en un doble sentido: el sistema procesal penal de un estado será tanto más protector y garantista cuanto más refleje en la práctica, en la realidad de cada caso concreto, la aplicación de los principios procedimentales que desde el siglo XIX han pasado a recogerse en los textos fundamentales de cada uno de nuestros países. E igualmente se trata de garantías que, en virtud de los amplios consensos logrados por la comunidad internacional, pasan a positivizarse y a recogerse en las normas del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual no hace sino tratar de unificar en el plano supraestatal las concepciones valorativas coincidentes de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Como bien lo exponen importantes autores nacionales, entre los cuales cabe citar al profesor Llobet Rodríguez¹, el problema de las garantías constitucionales propias del proceso penal, y en especial el tópico de la prisión preventiva, son temáticas con un gran trasfondo político e ideológico. Porque, en definitiva, la respuesta que como sociedad le demos a estas cuestiones, está decididamente matizada y atemperada por la mayor o menor fuerza vinculante de los principios derivados de nuestro sistema democrático. Así pues, cuando procedemos a evaluar el instituto de la prisión preventiva y las limitaciones impuestas a la misma por el principio de la presunción de inocencia y por el principio de proporcionalidad, encontramos fenómenos jurídicos que, en última instancia, responden al grado de vigencia formal y de efectividad, en un determinado contexto histórico-geográfico, de la forma republicana de gobierno y de sus corolarios de respeto a la libertad y dignidad de la persona humana. No por casualidad fue con ocasión del movimiento revolucionario francés surgido en 1789 y de sus proclamas de “libertad, igualdad y fraternidad”, que se recogió normativamente, a texto expreso y por primera vez en la Historia, el postulado teórico de la presunción de inocencia (artículo 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano).

Las anteriores consideraciones deben trasladarnos a un análisis crítico del fenómeno de los presos sin condena. Es este un problema que se ha hecho sentir con urgencia en nuestros países, sobre todo en la América Latina de la segunda mitad del siglo XX; donde, como consecuencia, en primer lugar, de la expansión del autoritarismo y de los regímenes de Seguridad Nacional, y luego gracias al cada vez más profundo ensanchamiento de las desigualdades sociales, afloran propuestas punitivistas y con ello se abre paso a la criminalización desmedida de la vida social y a la potenciación de la prisión preventiva como supuesto instrumento de contención. Costa Rica no ha dejado de estar librada a estos vaivenes, pues el tema ha sido tratado de diversas formas por nuestras legislaciones procesales penales, las cuales se han debatido intermitentemente entre el garantismo y el populismo punitivo. Desde regulaciones completamente arbitrarias, como por ejemplo aquella vigente con ocasión del Código de Procedimientos Penales de 1973 en que la

¹ Llobet Rodríguez, J. (1997). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, pp. 35-36.

prisión preventiva era la regla, cuando la pena máxima prevista fuese superior a tres años de reclusión (artículo 291); luego se pasó por regulaciones más protectoras del imputado (aunque no exentas de problemas), como la del Código Procesal Penal de 1996, hasta normativas enteramente restrictivas de la libertad personal y de los derechos fundamentales del encartado, como la que acaba de aprobarse por conducto de la Ley N° 8720, Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal.

Ya hemos delineado párrafos atrás, la indisoluble vinculación existente entre los institutos propios del DPP y las reglas estatuidas por el Derecho de la Constitución, las cuales han logrado positivizarse en los últimos tiempos en el DIDH. Sobre la trascendencia de estos institutos procesales para el Derecho Internacional Público, el tema de la prisión preventiva no constituye una excepción. Precisamente este es el objeto de la presente investigación: desarrollar la teoría de la prisión preventiva, pero haciéndola pasar al trasluz de los DD.HH. Muchos trabajos e investigaciones científicas han surgido en torno al análisis de la prisión provisional, incluso algunos de ellos, han salido a la luz desde esta misma Facultad de Derecho. Sin embargo, el presente estudio pretende tener la peculiaridad y la originalidad de examinar la problemática desde los ribetes jurisprudenciales de los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, haciendo un marcado énfasis en algunos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales los problemas suscitados, con ocasión de la prisión preventiva, se han analizado de lleno. Así, en un tono simplemente enunciativo, podríamos indicar que la Corte IDH ha mantenido posturas de avanzada, en materia de presos sin condena; muestra de ello son los basamentos teóricos en que se asientan los casos *Suárez Rosero vs. la República de Ecuador*, sentencia del 12 de agosto de 1997; *Loayza Tamayo vs. la República del Perú*, sentencia del 03 de junio de 1999; *López Álvarez vs. la República de Honduras*, sentencia del 01 de febrero de 2006; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs la República de Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007; entre muchos otros por el estilo, la mayoría de los cuales se tratará de cubrir y de analizar *in extenso* en el cuerpo de este informe.

En virtud de los propósitos delineados para la presente investigación y anteriormente mencionados, bien podría afirmarse que el objeto de la misma no está circunscrito

únicamente a un tópico de DPP; dado que también se pretende analizar sistemáticamente y con una visión de conjunto, los conceptos jurídico-doctrinarios propios de una temática de Derecho Internacional Público. En particular, se colocará marcado énfasis en torno al debate sobre la autoejecutividad de los instrumentos internacionales (característica *self-executing* de los mismos), y se tratará de resolver la interrogante de si en nuestro país efectivamente se utiliza dicha facultad por parte de los órganos jurisdiccionales, en el supuesto de que un tratado internacional entre en colisión con alguna norma de cualquier rango de Derecho interno.

El problema que inspira el estudio aquí propuesto consiste entonces, sintéticamente, en la posible aplicación inconstitucional y “anti-convencional” (anti-Convención Americana sobre Derechos Humanos) -que se estaría produciendo a nivel legislativo y jurisdiccional- de algunas causales y supuestos para el dictado de la prisión preventiva, especialmente aquellos derivados de la Ley de Protección a Víctimas y Testigos. Así las cosas, se procurará resolver dicha problemática, mediante la exploración de la posible inconstitucionalidad o no de nuestra regulación legislativa sobre la prisión preventiva (especialmente luego de la reforma operada por la LPVT), a la luz de las apreciaciones de la Corte IDH y de la normativa internacional sobre el tema; estas son fuentes de Derecho que en Costa Rica, según interpretaciones de la Sala Constitucional, han adquirido el carácter de parámetros de constitucionalidad.

El objetivo final de la investigación que procederá a efectuarse, pues, no es otro sino el de procurar una armonización entre el instituto procesal de la prisión preventiva y el marco de protección que ha llegado a consagrarse, a favor de los distintos sujetos de derecho, desde la rama del DIDH. Y con esto lo que se pretende, en última instancia, es llegar a lograr un avance en el interminable proceso de mejoramiento y de humanización de la justicia penal; en el entendido de que dicha jurisdicción trabaja precisamente poniendo en entredicho algunas de las libertades fundamentales más preciadas del ser humano en nuestro sistema democrático.

Problema de investigación y posible hipótesis

Para desentrañar la médula del problema ínsito a esta temática, se hace necesario reconocer que, al menos en todos aquellos países que han abolido la pena de muerte y la tortura como castigos legítimos y como medios de coerción, el recurso al sistema penitenciario se ha convertido en la medida más gravosa que puede dictar cualquier autoridad estatal. En efecto, ninguna otra determinación gubernamental vulnera tanto o afecta los derechos fundamentales de la persona, como lo es el encarcelamiento; porque aquí se restringe sensiblemente, nada menos, que la libertad ambulatoria del sujeto, y con ello, incidentalmente, sus derechos humanos a las libertades personal, de autodeterminación, de asociación y de reunión; a la intimidad y a la tranquilidad, e inclusive, en ocasiones, los mismos derechos a la salud y a la vida corren serio peligro.

Todavía un poco más problemática se hace la situación en materia de presos preventivos, pues aquí se toma la decisión de enviar al presidio a sujetos contra los cuales no se tiene todavía la necesaria demostración de culpabilidad de que habla el artículo 39 de nuestra Carta Política. Es decir, al adentrarnos en el tópico de la prisión preventiva, ingresamos en el rubro de los encarcelados sin condena, es decir, todos aquellos sujetos de los que no se sabe a ciencia cierta si son inocentes o si, por el contrario, verdaderamente han cometido los hechos que se les endilgan. Por ello, el tema del encarcelamiento preventivo representa uno de los sectores más delicados en todo el sistema jurídico; de manera que las regulaciones vigentes, las reformas que se pretendan implementar, así como la misma aplicación judicial de las pautas legislativas, deben hacerse con sumo cuidado y respetando íntegramente las nociones de respeto a los DD. HH. y a la dignidad humana.

En este marco, algunas de las regulaciones implementadas en el ordenamiento jurídico costarricense a raíz de la aprobación, en el año 2009, de la LPVT y de la LCDO, como por ejemplo las normas que prevén las nuevas causales de prisión preventiva (detención en flagrancia, reiteración procesal, existencia de dos acusaciones, pertenencia a grupos de criminalidad organizada), representan cuando menos, una situación problemática, un auténtico problema de investigación, sobre todo teniendo a la vista la abundante y reiterada

jurisprudencia de las cortes y órganos de justicia internacionales, los cuales han argumentado que los dos únicos fundamentos en que podría basarse una privación cautelar de la libertad, son la prognosis de que el imputado eludirá la acción de la justicia, o bien, que razonablemente pueda considerarse que destruirá, ocultará o alterará pruebas útiles para la prosecución de la investigación en su contra.

También surge una arista problematizadora, dentro de los extremos de este trabajo, en cuanto a la consideración de si, a raíz de la aprobación de estas nuevas causales de prisión preventiva y el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a este aspecto, puede concluirse que Costa Rica está violando las obligaciones que ha adquirido al amparo de los tratados internacionales de protección de los DD.HH. Y es que, en efecto, la Sección Primera de la Parte III de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, establece el principio de *pacta sunt servanda*, es decir, el de que los tratados han de ser cumplidos de buena fe por las partes que los aprueban; además prevé que las partes no podrán escudarse en su Derecho interno para incumplir las disposiciones de un tratado que hayan aprobado. Por ello, estas nuevas leyes y algunas otras interpretaciones de nuestra ley procesal penal que se han hecho en los últimos años; plantean cuando mínimo un verdadero problema jurídico, una situación no resuelta, un tema en el cual se puede delinear perfectamente una investigación académica.

Considerando las excitativas a la investigación que se nos plantean, y habiendo dejado esbozado el problema de que las nuevas regulaciones legislativas y jurisprudenciales en Costa Rica en materia de prisión preventiva, están quebrantando las obligaciones contraídas por nuestro país en virtud de los tratados internacionales de DD. HH.; se deja ya bosquejada la siguiente hipótesis:

Hipótesis

La regulación normativa y la aplicación jurisprudencial de la temática de la prisión preventiva, sobre todo a raíz de la aprobación de la Ley N° 8720, Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, y de la Ley N° 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada; contraría los postulados y los estándares de protección que sobre este punto han sido delineados por los órganos internacionales de defensa de los DD.HH., sobre todo los de la Corte IDH. Ello genera a su vez un problema de jerarquías normativas o, cuando menos, un auténtico dilema para el juzgador en la aplicación de la ley; al surgir una encrucijada entre la obligación jurídica de respetar y hacer respetar la ley y su interpretación por parte de los órganos internos, por un lado; y por el otro, el deber de asegurar los DD.HH. reconocidos a toda persona por la jurisprudencia y los tratados internacionales.

Objetivos

Objetivo General

Analizar el instituto procesal de la prisión preventiva a la luz de los criterios que sobre el mismo han vertido los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, especialmente la Corte IDH; con el objeto de determinar si la praxis legislativa y jurisprudencial costarricense de los últimos quince años acerca de este tema, ha sido respetuosa de las pautas y principios señalados por las cortes supranacionales, sobre todo a raíz de la inclusión de nuevas causales de prisión preventiva con la aprobación de la LPVT, del 04 de marzo de 2009.

Objetivos Específicos

1. Sistematizar de manera concisa e inteligible, la evolución histórica que en los sistemas jurídicos occidentales ha atravesado el tópico del encarcelamiento preventivo.

2. Identificar los principales requisitos, las características y los fundamentos jurídicos y filosóficos en los cuales se asienta la figura de DPP de la prisión preventiva; haciéndolos pasar por el tamiz de las opiniones de la doctrina y de los criterios jurídicos más recientes sobre esta temática.
3. Reconocer los principales criterios jurídicos y las particulares nociones que en torno al tema del encarcelamiento provisional han sido extraídos por los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, con énfasis en la jurisprudencia de la Corte IDH; con el objeto de develar la respuesta normativa que las cortes internacionales han brindado a cada una de las situaciones fácticas que se someten a su conocimiento.
4. Explorar la situación jurídico-legislativa y el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado al tópico de la prisión provisional en la realidad costarricense, principalmente con ocasión de la aprobación de la LPVT, del 04 de marzo de 2009, y de la LCDO, del 22 de julio de 2009, y la inclusión de nuevas causales de prisión preventiva por conducto de estas leyes; con el propósito de determinar hasta qué niveles el ordenamiento costarricense es reflejo del DIDH.
5. Analizar las nuevas disposiciones normativas, legales y jurisprudenciales surgidas con respecto a la temática del encarcelamiento preventivo; como parte de un más amplio sistema de neopopulismo punitivo, en oposición a las reglas propias de una teoría del garantismo penal.

Marco teórico-referencial

Como ya lo habíamos adelantado, la temática de la prisión preventiva ha despertado un auténtico interés por parte de la doctrina, y a raíz de ello se han publicado sobre el tema diversos estudios de distinto tipo; tanto nacionales como extranjeros, estudios descriptivos, discursivos, experimentales y cuantitativos, artículos puntuales como publicaciones más

sistemáticas. En el lapso de los últimos dos años, han salido a la luz unas dos o tres investigaciones sobre la temática, aunque por el gran valor conceptual y la magistralidad del enfoque expositivo de algunas obras, se aludirá a ellas también en este estado de la cuestión, a pesar de tratarse de estudios no tan recientes. Sobre el exacto tópico del análisis de la figura de la prisión preventiva a la luz del DIDH, no hay ninguna investigación desarrollada de un modo orgánico y medianamente exhaustivo (únicamente tenemos referencias muy concretas y tangenciales sobre el particular en algunos estudios), y por ello precisamente el presente trabajo reviste una especial importancia, tal como se indicara en la justificación de la propuesta.

En primer lugar, es útil referirnos al pormenorizado y óptimo análisis estadístico que realiza Stephanie Sáenz Villalobos en su trabajo de graduación, intitulado Análisis de la prisión preventiva: antes y después de la vigencia de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal y la Ley contra la Delincuencia Organizada, en las jurisdicciones penales del I y II Circuito Judicial de San José, durante los años 2008 y 2009, y expuesto a la publicidad el año 2011. Se trata este de un valioso trabajo, a través del cual, se efectúa un examen de los distintos supuestos en los que cabe la prisión preventiva, así como de los más importantes límites constitucionales y legales de la misma. A través de un prolífico análisis doctrinal y jurisprudencial, y siguiendo las ideas ya esbozadas, se señala que la prisión preventiva solo puede acordarse, cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados, pues solo por la existencia de una colisión de intereses significativa puede afectarse el estado de inocencia, en el que se garantiza que únicamente con base en un pronunciamiento judicial dictado con autoridad de cosa juzgada, pueda restringirse la libertad personal y ambulatoria de un sujeto de derecho.

Gran parte de la investigación de Sáenz Villalobos se dirige al análisis de las modificaciones que ha sufrido la regulación de la prisión preventiva en virtud de la promulgación de las leyes N° 8720 y N° 8754. Este estudio se centra en el abordaje del contenido y de las principales críticas que se han formulado a la introducción de cuatro nuevas causales de prisión preventiva por parte de la LPVT: flagrancia en delitos contra la

vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad; reiteración procesal en supuestos de criminalidades en que medie fuerza sobre las cosas o violencia sobre las personas; reincidencia en hechos delictivos con fuerza sobre las cosas o violencia sobre las personas; y supuestos de juzgamiento de delitos contra la delincuencia organizada. También se pasan a exponer, en el trabajo consabido, las principales implicaciones derivadas de la extensión de los plazos máximos de la prisión preventiva por la LCDO, en materia de los delitos objeto de esta nueva normativa. Asimismo, se sistematiza un amplio estudio estadístico del tema, pasándose a exponer la realidad de la aplicación práctica de estas nuevas causales en las resoluciones de los Juzgados Penales del Primer y Segundo Circuitos Judiciales de San José, durante el último año y medio. Indudablemente, se trata de una temática de gran relevancia y actualidad, ya que desde la más connotada doctrina nacional se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad de estas nuevas disposiciones, señalando que se trata de legislaciones aprobadas por motivos puramente coyunturales, sin una visión a largo plazo sobre sus previsibles consecuencias.

Son también destacables los constructos teóricos que surgen del sucinto ensayo del Dr. Alfonso Navas Aparicio, del año 2010, titulado Reenmarcar el Fundamento y Aplicación de la Prisión Preventiva, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este artículo, se efectúa una interesante extracción de las principales características y limitaciones de la prisión provisional, partiendo de la puerta de análisis que se entreabre desde el DIDH. Para ello llega a citar jurisprudencia de los órganos especializados de la ONU e incluso de las propias instancias de control del SIDH (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos); derivan de estos pronunciamientos importantes concepciones, cuya utilidad aún no ha sido bien descubierta: por ejemplo, limitaciones nacidas de la escasa probabilidad de comisión del delito, la excepcionalidad de la prisión preventiva, la imposibilidad de decretar el encarcelamiento previo por un tiempo mayor a los dos tercios del mínimo de la pena en abstracto, el principio de *pacta sunt servanda* de la CVDT, la obligatoriedad de respetar los derechos contenidos en la CADH, entre otras importantes garantías.

Schönteich y Tomasini-Joshi, en el año 2010, elaboran un estudio al que nombran Programa de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana, y en donde desarrollan una serie de problemáticas consustanciales al fenómeno de la prisión preventiva. Se intentan exponer las carencias y déficits del instituto del encarcelamiento provisional, a la luz de varios informes de casos, desarrollados por profesionales del derecho de Ecuador, Costa Rica y México. A lo largo de toda la indagación aquí conocida, los autores llegan a sistematizar y a perfeccionar una idea básica que gravita en el soporte estructural de su investigación, cual es el punto de que la simple orden de prisión preventiva, constituye por sí un castigo severo infligido al indiciado, por lo cual el instituto en análisis parece estar en franca oposición con la presunción de inocencia que debe regir el proceso penal. Como paliativo frente a esta constatación, se llegan a proponer novedosas medidas alternativas al presidio provisional (como los regímenes de libertad supervisada y la excarcelación vigilada del imputado), haciendo un estudio cualitativo sobre la implementación efectiva de las mismas en otras latitudes; argumentándose que *«[a]un cuando los estándares internacionales permiten la prisión preventiva bajo ciertas condiciones precisas y limitadas, el consenso global es el de desincentivar su uso y alentar en cambio medidas alternas, como la libertad bajo caución o bajo responsabilidad personal cuando sean posibles. El rechazo hacia la prisión preventiva se basa en una piedra angular del régimen internacional de derechos humanos: la presunción de inocencia de la cual goza toda persona acusada de delito»*².

La aproximación teórica construida por los argentinos Bigliani y Bovino, en el año 2008, es señera y única en su género. Bajo el apelativo de Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano, surge una obra jurídica plena de criticidad, y en donde se abordan las principales implicaciones del instituto de la prisión preventiva desde la óptica de un estado democrático y respetuoso de los DD.HH. En este entendido, se hace una deducción y análisis exhaustivo de cada uno de los presupuestos, requisitos y principios que fundamentan el encarcelamiento provisional, bajo el parangón de las normas de

² Schönteich, Martin; Tomasini-Joshi, Denise (2010). *Programa de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*. México D.F., México: Open Society Justice Initiative, p. 9.

protección de los derechos fundamentales de la persona. El enfoque que se le da a la temática es particularmente interesante porque coincide en buena medida con el objeto de la presente investigación, ya que una parte central del estudio de Bovino y Bigliani está enfocada a la dilucidación de los principios que se han venido consolidando en el SIDH sobre el tema a abordar. Así, son especialmente insistentes y significativas las citas que se hacen de algunos casos concretos conocidos tanto por la Corte como por la Comisión Interamericana, como por ejemplo el caso *López Álvarez v. Honduras* o el Informe N° 35/07 de la CIDH.

En su tesis de grado, denominada Análisis del quebrantamiento del principio básico de excepcionalidad en el uso de la prisión preventiva a partir de la vigencia del actual Código Procesal Penal y compuesta en el año 2008, Hsiang Lin y Mora Seas se dan a la tarea de efectuar una proyección fundamentalmente cualitativa sobre el uso de la prisión preventiva y la vigencia del principio de proporcionalidad de la misma. Los autores, en el decurso de su estudio, también llegan a explorar el fenómeno de los presos sin condena en los países de América Latina; estableciéndose una conexión directa entre el factor de la utilización de la prisión preventiva como regla y no como excepción, y la circunstancia del aumento vertiginoso de la población penitenciaria en los países del hemisferio. Así, entre otras cosas, y haciendo eco de investigaciones precedentes, se nos arrojan significativos datos sobre el tema aquí vertido; por ejemplo, se refiere que a inicios de la década de 1990, el porcentaje de presos sin condena en los países anglosajones oscilaba de un 2,18 por ciento (en las Islas Gran Caimán) hasta un 37,44 por ciento (en Guyana); y *contrario sensu*, en los países donde se aplicaba el sistema jurídico romano-germánico, dichas cifras iban desde un 47,40 por ciento (en Costa Rica) hasta la descomunal cantidad de un 94,25 por ciento (en Paraguay).

Los autores llegan a derivar el alto porcentaje de presos sin condena en los sistemas herederos de la tradición jurídica del Derecho Continental europeo, señalando que se trata de un fenómeno debido a un sistema de justicia penal escriturario y lento, donde los procesos jurisdiccionales se dilatan por un tiempo excesivo, sin garantías efectivas de inmediación y en donde en muchas ocasiones ni el fiscal ni el juez conocen personalmente

al imputado durante el transcurso del proceso. Igualmente, se acota que tampoco en Costa Rica se ha logrado el respeto a los DD.HH. de los presos sin condena, y para corroborar esta tesis, se señala como un dato palpable que, ni siquiera con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal de 1996, se logró un descenso en la proporción de presos condenados respecto a quienes descuentan prisión preventiva, pues los márgenes de esta última, se mantienen cercanos al 30 por ciento del total de la población penitenciaria.

Una de las primeras y más importantes referencias estadísticas de la aplicación de la prisión preventiva en nuestro país, de indeclinable análisis en toda investigación sobre el tema, está constituida por el texto Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva, obra magistral de Rosaura Chinchilla y Rosaura García, compuesta en el 2003. Se trata de un ingente trabajo de campo en el cual las autoras recorrieron despachos judiciales de todo el país, en busca de información de actualidad que les permitiera llegar a las conclusiones que se acreditaron en su obra. Chinchilla y García efectúan un abordaje íntegro de los tópicos planteados, inician desde un detallado examen histórico de la prisión preventiva en Costa Rica, pasan a desentrañar sus presupuestos, limitaciones y condiciones de operatividad, para concluir con su análisis empírico sobre el encarcelamiento provisional en la realidad nacional costarricense.

Las autoras proceden a criticar el hecho de que las disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva en nuestro país -las cuales lograron exponerse por medio del estudio de casos cuyos resultados se vierten en su obra-; obedecen a la circunstancia de que sobre la labor de los jueces y fiscales, se ha producido una excesiva influencia mediática, fruto sobre todo de la prensa y su incidencia directa en la opinión pública. Cada vez que se otorga jurisdiccionalmente el beneficio de excarcelación a una persona -reseñan las autoras- los medios acuden a una persistente estrategia de descalificación de la labor del Poder Judicial, incurren en generalizaciones apresuradas, y provocan así que los jueces dejen sin ningún efecto los nuevos postulados previstos en nuestro CPP de 1996 y consagrados, tanto por la Carta Política, como por múltiples instrumentos internacionales. Las conclusiones que se promueven desde el estudio de estas autoras no pueden ser más claramente meridianas: *«Con ese proceder se deja sentado en el _inconsciente colectivo_ (del que*

también se nutren los juzgadores) que la privación de libertad preventiva se impone en todos los casos graves y que opera -no como excepción- sino como regla, trasladando la responsabilidad en la seguridad ciudadana del Poder Ejecutivo a los jueces penales, particularmente aquellos que conocen de la etapa preparatoria.»³

Por otra parte, el texto del profesor Javier Llobet Rodríguez intitulado La prisión preventiva (límites constitucionales), cuya primera edición es de 1997 y la cuarta y última de ellas de 2010, constituye una obligada fuente de referencia para todo análisis que quiera hacerse sobre el tema de la prisión preventiva, con entera prescindencia del enfoque que se le dé a este último. En dicha investigación, Llobet efectúa una caracterización y descripción ordenada y uniforme de la figura de marras, pasa por la enunciación de los rasgos generales y fundamentos de la misma, hasta el examen detallado de los presupuestos para su aplicación y las causales que, en torno a la misma, se incluyen en el ordenamiento jurídico costarricense.

Una interesante idea que gira a todo lo largo de la obra de este autor, radica en la confrontación y acotación que debe hacerse de la figura de la prisión preventiva, con base en los principios de la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad. Llobet nos indica que el principio de la presunción de inocencia, a pesar de haber surgido del Derecho Continental europeo (concretamente desde la época de la Revolución Francesa, en que se lo incluyó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano), ha permeado prácticamente a todos los rincones del mundo, ya que países con las más variopintas tradiciones y culturas han pasado a consignarlo de modo expreso en sus distintos textos constitucionales, a tal punto que lo cataloga como una garantía de reconocimiento prácticamente universal (*ius cogens*). Por otra parte, el señor Javier Llobet nos hace ver, asimismo, que la prisión preventiva ha encontrado otra fuente de limitaciones en el principio constitucional de proporcionalidad, mas esto ha tenido una mayor vigencia y aplicación en los países europeos, sobre todo en los estados federados alemanes, donde se ha desarrollado una consolidada y pulcra teoría acerca del principio de marras.

³ Chinchilla Calderón, Rosaura; García Aguilar; Rosaura (2003). *Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, p. 136.

En otro orden de ideas, el profesor Llobet realiza una interesante confrontación y discusión en torno a la disputa que se dio entre la escuela clásica y la escuela positivista del derecho penal, sobre todo a inicios del siglo XX, acerca del carácter y la naturaleza jurídica del principio de presunción de inocencia, garantía íntimamente relacionada con la prisión preventiva como instituto del DPP. El autor deslinda de una manera bastante ilustrativa y exacta, las distintas concepciones que sobre la temática que estamos analizando se vertieron en las distintas escuelas, así por ejemplo, se retrata la negación de la presunción de inocencia por Raffaele Garofalo, la relativización de la presunción de inocencia sostenida por Enrico Ferri y las fuertes críticas que dicho principio recibió en épocas del fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán, sustentadas en buena parte por el bagaje teórico heredado de los exponentes de la escuela positivista del derecho penal. A través de una confrontación dialéctica de estas ideas, Llobet llega a preguntarse sobre la conveniencia de sostener una concepción psicológica de la presunción de inocencia (como aquella defendida por la *Scuola Positiva*, en que esta debía provenir de un examen lógico del juzgador en que se tomaran en cuenta distintos factores; así por ejemplo, poca base había para sostenerla cuando se detenía al delincuente en flagrancia o cuando este se confesaba culpable) o por el contrario, acuerpar una concepción normativa de la misma (para la cual, la presunción de inocencia no es más que una garantía de protección de los derechos fundamentales de la persona sometida a proceso, que debe ser aplicada por imperativo legal en todo caso, con independencia del carácter evidente o no de la culpabilidad del imputado). El expositor de esta obra se decanta decididamente por una concepción normativa de la presunción de inocencia, y de hecho llega a irradiar todas las demás cuestiones que se plantea en su estudio, tomando como luz y como norte los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de inocencia.

Asimismo, Llobet se pregunta por los fines de la prisión preventiva y la compatibilidad de los mismos con los DD.HH. y luego de un acendrado análisis doctrinario de la cuestión, en el cual cita a importantes autores clásicos, como Francesco Carrara y Cesare Beccaria, pasa a concluir que los únicos fines de la prisión preventiva atendibles en un estado democrático de derecho son los de aseguramiento del proceso, es decir, la figura solo puede tolerarse

cuando lo que la misma pretenda es evitar el peligro comprobado de que el imputado se ausente y con ello haga nugatorio el resultado del juicio llevado a cabo en su contra (peligro de fuga), o bien cuando exista fundada sospecha de que en libertad, procederá a obstaculizar la buena marcha de la investigación (peligro de obstaculización). En su análisis, el señor Javier Llobet pasa a cuestionar críticamente el que se utilice a la prisión provisional como instrumento con fines indistinguibles de los de la pena (prevención general o especial), ya que aduce que la naturaleza jurídica de ambos institutos es completamente divergente, tal como la doctrina lo reconoce casi al unísono.

Por último, el profesor Llobet Rodríguez pasa a consignar en su informe un perspicaz examen crítico de las causales de prisión preventiva previstas en nuestra legislación a partir de la promulgación del Código Procesal Penal de 1996, y dentro de esta ardua investigación, procede a encomiar algunos de los logros (la eliminación de los delitos en que procedía el dictado automático de la medida cautelar en cuestión) y a controvertir otros desaciertos que tuvieron lugar con las nuevas regulaciones (como por ejemplo la contemplación de algunas presunciones de fuga y de obstaculización, así como el mantenimiento de la causal del peligro de reiteración delictiva). Importante resulta acotar, en esta minuta de la cuestión, que el Dr. Llobet Rodríguez pasa a exponer los puntos citados anteriormente, desde referentes teóricos y doctrinarios de avanzada, de donde puede comprenderse, sin lugar a dudas, la existencia de un manejo objetivo y prolijamente documentado de los temas propuestos. Es relevante la referencia que se hace, por ejemplo, a las apreciaciones conceptuales nacidas de la ciencia jurídica alemana.

Marco metodológico

La presente investigación estará basada sobre todo en un enfoque cualitativo, pues este es el más propio para el área de las ciencias sociales. Se partirá de variables sujetas a múltiples interpretaciones, de información no estandarizada o puntillosamente controlada, no encuadrable dentro de patrones estáticos, con ello se procurará realizar un análisis más

dinámico, descriptivo, exploratorio, a través del cual se expongan conclusiones que puedan considerarse válidas o defendibles en un periodo o momento determinado.

Así las cosas, se acudirá a una investigación que combine características, tanto de los métodos de razonamiento deductivos, como de los inductivos; ello en procura de allegar a nuevas proposiciones y sugerencias de acción, con base en ciertas premisas que se van a tomar como base de la investigación, y como punto de partida de los ulteriores análisis.

Se utilizará básicamente un método documental para la recopilación de datos, de manera que como parte integrante de la preparación de la investigación y de sus resultados, se acudirá a la búsqueda de información de la más variada índole; aquí hemos de señalar, en primer lugar, la doctrina jurídica atinente, de manera directa o indirecta al tópico de la prisión preventiva. Como ya lo hemos expuesto en el acápite de las referencias teórico-sustanciales de este aparte introductorio, existen fuentes documentales escritas de gran valía y de una importancia inusitada para llevar adelante algunos de los capítulos de esta tesis, principalmente aquellos por los cuales se pasan a exponer los constructos dogmáticos más básicos de la figura del encarcelamiento preventivo.

Una parte central de esta investigación, asimismo, radica en la sistematización de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, especialmente la de la Corte IDH. Como ya lo hemos adelantado de alguna manera, paradigmáticos han de ser los casos siguientes: Loayza Tamayo vs. Perú, Suárez Rosero vs. Ecuador, Fermín Ramírez vs. Guatemala, García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Tibi vs. Ecuador, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Acosta Calderón vs. Ecuador, López Álvarez vs. Honduras, Bayarri vs. Argentina y Palamara Iribarne vs. Chile. No obstante, y gracias a la cercanía territorial del asiento de la Corte IDH -que se ubica precisamente en San José, Costa Rica-, en conjunto con la digitalización de los expedientes judiciales tramitados ante esta sede -visibles en la página web del órgano interamericano-; a los efectos de esta investigación, se consultará, no solo el texto mismo de estas resoluciones judiciales, sino que se cotejarán directamente las propias piezas de ciertos expedientes sobre los casos mencionados.

Pero además de hacer una revisión de la jurisprudencia del máximo órgano judicial de la OEA, importante es también efectuar un breve repaso de los pronunciamientos de otras altas instancias en la materia: así por ejemplo, será indispensable aludir a los Informes 35/07 y 12/96 de la CIDH, como los más notables de entre muchos otros que versan sobre esta materia. Importante es, asimismo, explorar algunos precedentes, textos fundamentales y protocolos de los sistemas de protección universales de los DD.HH., como por ejemplo, de los diversos comités y congresos de Naciones Unidas; pues esta es la única forma de lograr una perspectiva holística y una visión de conjunto de esta temática, que sea útil para llegar a cumplir los objetivos propuestos y corroborar o desechar las hipótesis planteadas.

Una vez superada esta fase de investigación preliminar, y habiendo deslindado los principales fundamentos teórico-conceptuales en los que se asentará nuestro trabajo, se procederá a confrontar los aspectos planteados, con la praxis judicial del instituto de la prisión preventiva en la realidad costarricense. Para ello, será indispensable un análisis amplio del ordenamiento legal procesal sobre este tema, el cual fue sustancialmente modificado con la aprobación de la Ley N° 8720 y de la Ley N° 8754; las cuales, entre otras cosas de importancia, introdujeron un cúmulo de nuevas causales que habilitan el dictado de la medida cautelar de encarcelamiento provisional, todas ellas contrarias a lo sostenido insistentemente por la jurisprudencia interamericana.

Como hemos adelantado, la situación problematizadora, en torno a la cual gira la presente investigación, es la de dilucidar si el sistema normativo costarricense, incluyendo sus últimas reformas, se ajusta a los postulados de los órganos internacionales en materia de límites y barreras a la prisión preventiva. Para contestar esta interrogante, será indispensable abordar lo que han señalado, al respecto, los tribunales nacionales, especialmente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, será necesario emprender un análisis crítico de las principales resoluciones de nuestro contralor de constitucionalidad, en punto a los extremos más debatidos de la LPVT y de la LCDO; pues solo así comprenderemos de qué forma se han intentado conciliar las nuevas

previsiones acerca de la prisión preventiva, con lo expuesto por las cortes supranacionales de Derechos Humanos, o bien, si esta tarea no se ha realizado del todo.

Por último, aunque el abordaje que planteamos en esta exposición es fundamentalmente cualitativo -como ya habíamos mencionado-, es importante hacer referencia a algunos números atinentes a la aplicación de las nuevas leyes en materia procesal penal, emitidas en el 2009. Para determinar la adecuación o no de la legislación nacional a los estándares internacionales, ha de pasar por el examen metódico de algunas cifras concretas; y para ello son de gran valía, en primer lugar, el paradigmático estudio estadístico elaborado por las juristas Rosaura Chinchilla y Rosaura García; y de la misma forma, el completo abordaje de Stephanie Sáenz en el curso de su trabajo de graduación, sobre la aplicación de las nuevas causales de prisión preventiva en los juzgados penales de San José y de Goicoechea. Siempre en el entendido, como se insiste ya, en múltiples ocasiones, que el enfoque primordial de esta investigación no es cuantitativo, sino explicativo, analítico y crítico; de manera que los eventuales estudios estadísticos o de variables concretas que se utilicen en el cuerpo del trabajo, serán meramente referenciales o ilustrativos.

Distribución capitular

Un capítulo de esbozos preliminares y epigráficos sobre la evolución histórica de la cuestión recibirá el nombre de **“RESEÑA HISTÓRICA DEL INSTITUTO PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”**. El motivo que inspira la redacción de este primer capítulo radica en la constatación de que las publicaciones bibliográficas que tratan de manera más o menos sistemática el tema del encarcelamiento provisional, se caracterizan porque no se desarrolla con mucha profundidad el apartado de la evolución histórica del instituto procesal de la prisión preventiva. Se trata este asunto solo marginal o tangencialmente, o bien, realizando una exégesis de la prisión preventiva a la luz de la trayectoria histórico-conceptual del principio de presunción de inocencia; por lo que este primer capítulo tiene el propósito -salvando las dificultades informativas y documentales que puedan existir- de efectuar un recorrido histórico, lo más completo posible, sobre el

punto de la prisión preventiva. El objeto de este capítulo introductorio, no es otro que el de contemplar cómo es que el instituto procesal del que hablamos ha llegado a ser lo que es hoy, fruto de toda una evolución histórica que se ha venido consolidando a lo largo de cientos de años. Además, explorando la historia de esta figura, comprenderemos la necesidad de mantener incólume la concepción garantista que la guía.

La segunda sección del presente trabajo investigativo, que se titulará **“FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS FILOSÓFICOS Y JURÍDICOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”**; está articulada en torno a dos subsecciones: a) Relación entre prisión preventiva y presunción de inocencia, y b) Principios del instituto de la prisión preventiva. En este apartado, abordaremos las principales consecuencias e implicaciones jurídicas y filosóficas del establecimiento, a nivel legislativo, de la prisión preventiva, como medida cautelar privativa de libertad. Exploraremos los principales constructos doctrinales de la figura en cuestión, los límites que se imponen a la misma por el Derecho de la Constitución y por los tratados internacionales, así como los propios cauces formales y sustantivos señalados tradicionalmente por la legislación en torno al tema. Solo así el lector podrá comprender, de una mejor forma, el marco básico, en torno al cual ha de girar la investigación, de manera que constituya la premisa fundamental sobre la cual se construirán las apreciaciones críticas de los otros capítulos.

En el capítulo tercero, que será denominado **“LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS”**, se centrarán y expondrán los patrones de comparación que motivan el análisis crítico fundamental de esta investigación. Aquí se delinearán las principales implicaciones y las teorías fundamentales desarrolladas por la jurisprudencia internacional, en torno al rubro de la prisión preventiva, hace un énfasis particular en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto por su marcada trayectoria en la protección de las garantías fundamentales en los diversos países de nuestro continente, como por el hecho de tener su sede en nuestro país.

Se sistematizarán y organizarán coherentemente algunos de los principales conceptos que han expresado al respecto los órganos y cortes supraestatales: la necesaria limitación de la prisión preventiva como corolario de un régimen de legalidad y de libertades, la prisión preventiva como medida de *ultima ratio* del aparato judicial del Estado, los peligros de fuga y de obstaculización como únicos justificantes del encarcelamiento preventivo, la limitación temporal y la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, las dos terceras partes del mínimo de la pena como plazo máximo de la prisión preventiva, la necesidad de un control judicial permanente sobre la prisión preventiva ordenada, entre otros tópicos.

Pero en esta sección tercera, no se plantea únicamente una recopilación de los principales pronunciamientos y de las consideraciones jurídicas desarrolladas por la Corte Interamericana, pues el propósito de este aparte lo será también el abordar, aunque sea de manera superficial, los principales hechos alrededor de los cuales giran los casos expuestos, para que así podamos enterarnos de la situación concreta que hay detrás de cada fallo judicial, y la cual también merece un análisis jurídico auténtico y honesto. Todo ello nos trasladará a esbozar una recopilación de las más sostenidas líneas jurisprudenciales de este órgano judicial panamericano, a fin de que -mediante una perspectiva holística e integral- puedan elucidarse más fácilmente estos tópicos y, al mismo tiempo, se procederá a caracterizar las nuevas tendencias punitivistas de la sociedad del riesgo dentro del más lato contexto de la coyuntura política y social de América Latina en los últimos lustros.

“LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REALIDAD NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL COSTARRICENSE” es el título que recibe el capítulo cuarto de esta exposición. En el mismo se insertan tres subsecciones: a) Requisitos para el dictado de la prisión preventiva, b) Los nuevos problemas de la duración de la prisión preventiva, y c) La reforma de la prisión preventiva de cara al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En esta sección, nuestro objeto de análisis estará constituido precisamente por el examen crítico de la legislación nacional, en cuanto a la temática de la prisión provisional, tanto la imperante desde la vigencia del CPP de 1996, como la surgida a partir de la aprobación de la Ley N° 8720, Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos

intervinientes en el proceso penal, del 04 de marzo de 2009; y de la Ley N° 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, del 22 de julio de 2009. Con estas normas, el tratamiento legislativo y jurisdiccional de la prisión preventiva ha experimentado un giro vertiginoso y sustancial; las principales orientaciones de la nueva legislación obedecen a vigorosas oleadas del populismo punitivo, de manera que el fin inconfesado de estas reformas no es otro, sino el de ampliar los contextos legítimos en los que se podría privar de libertad a una persona, todo ello en evidente desmedro de las garantías propias del Estado de derecho.

De la misma manera, pretendemos en este capítulo explorar los tratamientos jurisprudenciales más relevantes sobre el tópico en estudio, en especial los pronunciamientos que, en torno a la legitimidad o no de las nuevas regulaciones legales, han sido externados por la Sala Constitucional y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Ello nos permitirá corroborar hasta qué niveles, los precedentes de los órganos jurisdiccionales patrios son respetuosos de la *opinio iuris* de los órganos de la justicia internacional; y con ello, en qué medida el estado costarricense es respetuoso del principio de la buena fe convencional.

Como necesario complemento, se prevé un quinto capítulo que recibe el apelativo de **“VISIÓN RETROSPECTIVA: LA PRISIÓN PREVENTIVA ENTRE LOS AVATARES DEL POPULISMO PUNITIVO Y EL GARANTISMO PENAL”**. Este último apartado se estructura en tres subsecciones: a) La dimensión ideológica de la figura de la prisión preventiva, b) La prisión preventiva desde la óptica de la Sociología Jurídica, y c) La perspectiva teórica del garantismo penal en el análisis de la prisión preventiva. Además, se incluirá, a modo de colofón, un breve excursu al que se dará el nombre de **“La problemática de las prisiones”**. Este es un capítulo conclusivo, en el cual se quiere analizar sobre todo la situación de la evolución del instituto de la prisión preventiva, en la realidad costarricense de los últimos años. Se explorarán las nuevas tendencias del neopopulismo punitivo, y se intentará efectuar una indagación crítica de las nuevas regulaciones, pasándolas por el tamiz de la teoría del garantismo penal, expuesta por el

célebre maestro italiano Luigi Ferrajoli en su obra *Diritto e Ragione*. Como dijimos, este capítulo se ha diseñado con el objeto de presentar una mirada retrospectiva del instituto de la prisión provisional, en donde se expongan las principales características del mismo y las continuas tensiones que atraviesa el tratamiento legal de la figura, sobre todo ante situaciones fácticas y coyunturales marcadas por problemas de creciente criminalidad, las cuales hacen pensar a muchos que es conveniente claudicar en la lucha por las garantías procesales y constitucionales, las cuales solo han sido obtenidas luego de largo tiempo de esfuerzos y pugnas contra la opresión y el autoritarismo.

CAPÍTULO PRIMERO

Los soldados entraban en las aldeas, revisaban casa por casa buscando sospechosos, que para llevar a estos hombres a la cruz no eran precisas más certezas de las que puede ofrecer, queriendo, la simple sospecha.

José Saramago

A. RESEÑA HISTÓRICA DEL INSTITUTO PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El examen de la evolución histórica de la prisión preventiva resulta un aspecto del mayor interés para los estudiosos del devenir de los sistemas jurídicos, puesto que ciertamente a lo largo de todas las épocas se ha recurrido al encerramiento de personas con muy distintos fines, sea como castigo, como represión, como disuasión o como prevención. En sus orígenes, no obstante, el recurso a la prisión en general no se concebía como una pena autónoma; antes bien, el encarcelamiento era previsto como un mecanismo para asegurar la efectividad y la cabal aplicación de otras medidas que sí se consideraban propiamente como la reacción del estado o de la comunidad ante las conductas desviadas, por ejemplo, la pena de muerte o los castigos corporales. Para una mejor comprensión de estas ideas, conviene efectuar, al menos, un somero examen del tratamiento de la figura en el Derecho Romano, en el Derecho intermedio y en la historia de las codificaciones nacionales.

A.1. EN EL DERECHO ROMANO

Los orígenes de la figura normativa del encarcelamiento provisional pueden advertirse ya en el instituto de la llamada “**custodia no libre**”, medida por la que se intentaba concretizar el derecho de fondo y la que consistía básicamente en colocar al justiciable bajo guardia en una casa privada, en un castillo o en una ciudad. En este contexto, la prisión no se entendía exactamente como una pena en sentido estricto, sino que cumplía la misión de asegurar las

resultas del proceso y la eventual sanción que se impusiera en el mismo, puesto que era perceptible que si no existía alguna forma de contener al imputado, no podrían realizarse, ni ejecutarse ninguna de las sanciones estatales. Como lo sostiene con acierto la autora nacional Gómez Salgado: «*Al no conocerse la prisión como una forma de sanción que se debía imponer como consecuencia de un hecho delictivo, los romanos consideraron el encierro como un aseguramiento preventivo que les permitía mantener a los acusados disposición del juzgador.*»⁴

Es decir, en sus orígenes esta medida se conocía precisamente como cautela o como aseguramiento del proceso y no justamente como castigo; ya que, en última instancia, el fin era evitar que el imputado evadiera la ley y, con ello, la realización de la potestad punitiva del estado. Si no se aseguraba al indiciado en determinados supuestos muy concretos, entonces resultaba probable la fuga del imputado; acaecimiento que justificaba que en algunos casos se apelase a esta medida preventiva⁵. Así, en las primeras épocas del Derecho Romano, se recurrió a la utilización de dos figuras con finalidades similares a las que hoy se predicen de nuestro encarcelamiento preventivo; sea **la prisión preventiva y la citación**

⁴ Gómez Salgado, María de los Ángeles (1981). *La Prisión Preventiva en el Proceso Penal Costarricense* [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 1 et 2.

⁵ Para comprender en sus reales y concretas dimensiones a la figura de la prisión preventiva durante la época del Derecho Romano, es necesario tener presente el tipo de procedimiento penal que aplicaba en estos casos. Así, en los asuntos cuyo juzgamiento estaba sometido a la decisión de la comunidad organizada y por tanto no quedaban librados a un ámbito meramente doméstico o gremial; podían darse dos situaciones diferenciadas: o bien el asunto era conocido y juzgado a través de una plena *coercitio* del Magistrado encargado de su resolución; o bien, la disputa debía ser dirimida por el Magistrado mediante la convocatoria al pueblo reunido en los comicios, los cuales se encargaban de dictaminar la decisión final con base en la ponencia llevada a cabo por el pretor o el *iudex*. Este último procedimiento, que recibió el nombre de *provocatio ad populum*, no era aplicable en principio a todas las situaciones objeto de represión; pues de un lado, solo las conductas que tuviesen como consecuencia una pena capital o patrimonial superior a la establecida podían ser remitidas a los comicios o a los *concilia*; de otro, solo podían acudir ante los comicios o los *concilia* los ciudadanos romanos, lo que excluía a mujeres, esclavos y extranjeros; y además, al menos en las primeras épocas de la legislación romana, la *provocatio* se restringía a Roma y a un radio de mil pasos de la ciudad, por lo que fuera de este rango todo asunto quedaba librado a la *coercitio* desahogada del Magistrado. Ahora bien, como claramente puede comprenderse, con la *provoco* existían mayores posibilidades para el aseguramiento de la libertad durante el procedimiento, si bien es cierto que el carácter ostensiblemente sumarial y expeditivo de la *coercitio* hacía fútil y vacuo, las más de las veces, el recurso a la prisión preventiva.

personal, ambas estrechamente relacionadas pues para imponer la primera, era absolutamente necesaria la segunda.

A través de la citación personal, medida con un carácter administrativo, el Magistrado o *iudex* compelia al procesado a comparecer ante sí, en un día y un lugar prefijados. En caso de que el requerido no compareciese a su debido tiempo a la citación a la que fuera convocado; entonces el *iudex* podía disponer su custodia no libre como medida de aseguramiento. El colombiano Espitia Garzón, efectuando una interesante indagación en los textos clásicos de Dionisio de Halicarnaso (c. 60 a.C. – 7 d.C.), llega a asegurar que como requisito indispensable en los juicios penales, se encontraba la citación a juicio del imputado por parte del Magistrado, quien debía señalar los cargos y la pena que proponía y que, habitualmente, en aras de evitar el encarcelamiento, el procesado otorgaba determinadas garantías personales de su comparecencia, o *vades*, a quienes se ejecutaba en su patrimonio si acaecía la fuga del garantizado:

«Luego se desarrollaban tres sesiones en las que el magistrado exponía la acusación, el acusado la defensa, y se escuchaban los testigos; en la cuarta el magistrado pronunciaba -si no había considerado conveniente desistir- formalmente su pretensión ante los comicios, que proferían sentencia mediante votación secreta.

***En el entretanto el acusado podía salir de la ciudad, toda vez que en caso de condena y no asistencia los vades debían pagar la suma establecida como garantía (DION. HAL. 10,8,3) (...)**»⁶*

La *Lex Duodecim Tabularum* o Ley de las XII Tablas, surgida hacia mediados del siglo V a.C., no contenía una regulación especialmente prolija sobre el particular; de manera que, con posterioridad a ello, se siguieron empleando indistintamente como mecanismos de coerción, tanto la citación personal, como el encarcelamiento. Ya la idea de que todo requerido debía comparecer al llamamiento del Magistrado, puede encontrarse en la misma

⁶ Espitia Garzón, Fabio (2004). *Historia del Derecho Romano*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, p. 104. Lo resaltado no pertenece al original.

Tábula 1: «*Si in ius vocat[ito]. Ni it, antestamino: igitur em capito*»⁷, sea, “Si alguien es citado según derecho, acuda. Si no acude, que se dé fe: y que se le capture”. Es decir, si la persona citada no se presentaba a la fijación de la comparecencia sin algún motivo válido y razonable que la excusase, el operador del Derecho podría disponer su captura. Cuando no se producía la comparecencia y entonces era indispensable el confinamiento, la prisión preventiva era descontada en cárceles públicas o se otorgaba la custodia de los imputados a particulares. La aplicación de esta regla, al igual que en la actualidad, se concebía formalmente solo a título excepcional y ello se explicaba, porque el acusado quedaba en libertad con el pago de una fianza. García Valdez nos proporciona ya una serie de consideraciones críticas sobre los cometidos básicos que desempeñaba la medida en el proceso común, y en este orden de ideas vemos que:

*«La prisión preventiva desde la etapa primitiva, hasta finales del siglo XVI pasando por el Derecho Técnico Germánico, se ha utilizado fundamentalmente para guardar delincuentes, incluso con ulteriores fines antropofágicos, no como medio represivo en sí y ello es resultado de la concepción que sobre el delito y delincuente tiene la época: el hecho sancionable es un mal, y el culpable es un —prversus homo” no susceptible de enmienda sino de castigo rápido y capital. En esta situación la cárcel custodia se impone frente a la prisión entendida y aplicada como pena.»*⁸

Ahora bien, y por conducto de la influencia del procedimiento ático en la República Romana (509-27 a.C.)⁹, especialmente durante la última fase de la misma; se fortalecieron

⁷ Ley de las XII Tablas, Tábula I, 1. Véase la dirección electrónica de la Universidad de Navarra, Departamento de Historia, página web: <http://www.unav.es/hAntigua/textos/docencia/roma/practicadidrom18.htm>. Consultado el día 23 de setiembre de 2012.

⁸ García Valdez, Carlos (1982). *Estudios de Derecho Penitenciario*. Madrid, España: Editorial Tecnos, p. 11.

⁹ Conviene acotar aquí, que luego de una serie intermitente de luchas y de rivalidad militar entre el poderío romano y los estados griegos, se llega a la batalla de Corinto en el año 146 a.C. En este combate, la República Romana, al mando del cónsul Cneo Lucio Mummio, logró la destrucción de la ciudad de Corinto y con ello alcanzó la defección de la resistencia de esta región, organizada en la Liga Aquea. La clásica ciudad de Atenas organizó una revuelta en el año 88 a.C., misma que fue brutalmente aplastada por el general Lucio Cornelio Sila, quien así logró consolidar el dominio romano en la zona. Gracias a la conquista romana de Grecia, el futuro imperio de Roma logra asimilar buena parte del acervo cultural, filosófico y cosmogónico de los estados de la Ática, e igualmente se acentúa un sostenido proceso de “helenización” de las instituciones republicanas, receptándose también las características de algunos de sus procesos jurídicos. Por ello, no sorprende que muchos de los rasgos acusatorios del régimen de persecución penal ateniense se

los rasgos acusatorios del sistema. Una idea fundamental de este procedimiento acusatorio, era precisamente la de procurar una mayor igualdad entre las distintas partes procesales, tanto el acusador como el imputado y, en este entender, la regla general apuntaba a la limitación y a la reducción del uso de la prisión preventiva, quedando reservada la misma para los casos sumamente graves. El argentino Julio Maier explica esta característica de la excepcionalidad del presidio provisional en el proceso penal de las *polis* griegas: «Los acusados, si podían asegurar su comparecencia al debate público por intermedio de tres ciudadanos, gozaban de libertad casi sin excepción, salvo raros casos de traición o conspiración.»¹⁰

Estas características aquí expuestas, empiezan a variar radicalmente, cuando Roma se convierte cada vez más en un estado autocrático, en el cual la voz del Senado y de las cámaras y foros populares es meramente nominal, pues recaía todo el poder en la figura del *princeps* o emperador. El sistema procesal asumió entonces rasgos cada vez más inquisitivos, generalizándose su uso en los siguientes supuestos y modalidades¹¹:

- a) **Prisión preventiva *in carcelum***; la cual debía cumplirse en la cárcel pública, y aplicaba casi que con exclusividad, contra aquellos reos que se habían hecho acreedores de una sanción particularmente grave;

hayan incorporado tan bien a la obra de los jurisconsultos de la República Romana, como lo atestigua Vélez Mariconde respecto a la *quaestio* o *accusatio* del siglo I a.C.: «El quaesitor, desde el comienzo hasta el fin, y los iudices, durante el debate, son verdaderos árbitros de un combate que se libra entre acusador y acusado: no deciden sobre la introducción de prueba ni intervienen activamente en su recepción. La carga de la prueba recae sobre el actor, quien interroga a los testigos que ofrece y pide la lectura de los documentos que él mismo ha presentado. El quaesitor preside el debate sólo para mantener el orden. El jurado resuelve un litigio y aquel magistrado dispone la ejecución del veredicto. Prevalece también una concepción individualista del proceso.» Cf. Vélez Mariconde, Alfredo (1968). *Derecho Procesal Penal [Tomo I]*. 2° ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Lerner, p. 40.

¹⁰ Maier, Julio B.J. (2002). *Derecho Procesal Penal. [Tomo I: Fundamentos]*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, p. 270.

¹¹ La clasificación indicada a continuación, ha sido sistematizada por la autora nacional María Gómez Salgado, en Gómez Salgado, María de los Ángeles (1981). *La Prisión Preventiva en el Proceso Penal Costarricense* [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 15 et 16.

- b) *Milite traditio*; figura cuyo propósito radicaba en mantener al inculpado bajo custodia de uno o varios soldados, normalmente en un lugar que no desempeñaba las funciones de una prisión. Se aplicaba a personas de cierta condición social, por ejemplo magistrados o senadores, quienes no podían ser sometidos al presidio común; la *milite traditio* se asemejaría mucho a las figuras del arresto domiciliario y de la libertad vigilada de nuestros tiempos.
- c) *Custodia libera*; instituto que permitió dejar al imputado bajo la guardia de una persona, en un castillo o ciudad.

Con la exuberante obra legislativa y de recopilación llevada a cabo por el emperador Justiniano I (527-565 d.C.), se recogieron algunas reglas concretas sobre la prisión preventiva en los dos principales cuerpos jurídicos promulgados durante su mandato, el *Corpus Iuris Civilis* y el Digesto. En esta última obra, que consistía básicamente en un tratado de referencia sobre las principales sentencias y la jurisprudencia de los autores romanos clásicos, se mencionaba en torno a la prisión provisional que «*si confessus fuerit reus, donec de eo pronunciatur, in vincula publica coniciendus est.*»¹² En esta cita, observamos diáfano que ya, desde los tiempos antiguos, se sostenía que no era cualquier procesamiento el que ameritaba el dictado del encarcelamiento precautorio; este solo se encontraba debidamente justificado si el reo “había confesado; es decir, si se daba algún mérito sustancial suficiente para estimar al menos como probables los hechos achacados. Se legitimaba la medida, como habíamos señalado con antelación, cuando el delito incriminado fuese de una gravedad considerable y el encausado no hubiere proveído voluntariamente a la citación que se le hiciera en su momento.

Citando a Ulpiano, el Digesto también exploraba ciertas cuestiones en torno a las finalidades y los presupuestos de la custodia preventiva de los reos, así vemos que se decía que: «*De custodia reorum Proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fideiussoribus committenda, vel etiam sibi. Hoc autem vel*

¹² Es decir, “si el reo hubiere confesado, hay que ponerlo en cárceles públicas hasta que se pronuncie acerca de él.” Cf. Digesto 48, Tit. III; L. 5 (Venuleyo Saturnino). Extraído de la siguiente dirección electrónica: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/602/21.pdf>. Consultado el día 30 de setiembre de 2012.

*pro criminis, quod obiicitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentia personae, vel pro dignitate eius, qui accusatur, facere solet.»*¹³ Estas reglas, naturalmente, eran un tanto distintas a las que se preveían para la época de la temprana República, durante la cual la prisión preventiva revestía un carácter excepcionalísimo, pues en el marco del proceso acusatorio, se adhería a la concepción de que el imputado no tenía por qué estar desprovisto de su libertad, cuando el acusador tampoco lo estaba. Por ello se decía en este sistema que *«nullus in carcerem priusquam convincatur omnino vinciatur... Ac tamdiu pari cum accusatore fortuna retineri, donec repererit cognitio celebrata discrimen»*¹⁴.

A.2. EN LOS DERECHOS MEDIEVAL E INTERMEDIO

La disgregación de estados y de organizaciones políticas, surgida con motivo del advenimiento de la época medieval (datada convencionalmente por la mayor parte de historiadores entre los años 476 y 1453 d.C.), transformó el panorama europeo y universal de un modo palpable. Se dejaba de lado, así, la autoridad de los césares como único poder central en el mundo conocido, como la única fuente de la producción jurídica y, en su lugar, pululaban múltiples focos aislados de poder, un verdadero subsistema normativo ingresaba a la palestra de la vida cotidiana, ahí donde cualquier nuevo rey o señor se alzase sobre determinada circunscripción territorial, por exigua que esta fuese. No obstante, las más conspicuas nociones y la médula del espíritu del Derecho Romano, al menos en su fase tardía, persistió aún en cierta medida y, sobre todo, al abrigo de dos importantes motores: la

¹³ “En cuanto a la custodia de los reos suele estimar el Procónsul, si la persona haya de ser recluida en la cárcel, o haya de ser entregada a los militares, o encomendada a fiadores, o aun a ella misma. Mas esto suele hacerlo atendiendo o a la calidad del delito que se imputa, o a la honorabilidad, o a las muy grandes facultades, o a la inocencia de la persona, o a la dignidad del que es acusado.” Cf. Digesto 48, Tit. III; L. 1 (Ulpiano). Extraído de la siguiente dirección electrónica: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/602/21.pdf>. Consultado el día 30 de setiembre de 2012.

¹⁴ Esto es, “a nadie se lo ponga en cárcel antes de que haya sido enteramente convicto (...) Y entretanto téngaselo en igual fortuna que el acusador, mientras que el conocimiento celebrado hubiere encontrado una diferencia.” Cf. *Constituciones Imperiales*, III, 2°.

obra de recopilación llevada a cabo por el Imperio Romano de Oriente, y la subsistencia de la Iglesia de Roma.

Sin embargo, y a pesar de que en el Medioevo el espíritu del Derecho Romano no desapareció por completo, el mismo persistió fundamentalmente, en sus modalidades y en sus institutos más antiguaristas. A ello cabe agregar la influencia, tanto del derecho de los nuevos pueblos germánicos, marcadamente primitivo y casuístico, como del incipiente Derecho Canónico, sistema de Derecho adoptado por la Iglesia y con rasgos cada vez más decididamente inquisitoriales. Tal como fue la regla, durante la mayor parte del dominio romano, la prisión en la Edad Media era inescindible de su carácter preventivo o asegurativo de la condena que llegara a pronunciarse¹⁵. Es decir, el encarcelamiento no era concebido como pena o castigo autónomo, por lo cual, casi en todos los casos, se recurrió al presidio, como mecanismo para asegurar que el procesado se sometiera efectivamente a la condena de fondo, la cual recaía, en muchos casos, sobre la integridad física o el cuerpo mismo de la persona, no siendo inusual tampoco el recurso a la pena capital. Estas ideas nos son explicadas con particular claridad por Briceño Rodríguez:

«Dicha época [la Edad Media] se caracterizó por un absoluto desprecio a los derechos fundamentales del ser humano, no existía respeto por la libertad humana, y los individuos básicamente se encontraban a merced de todo aquel sujeto que ostentara el poder. El trato dado a los delincuentes era inhumano, basado en su mayoría en castigos de carácter corporal, entre ellos: la mutilación, amputación de órganos fundamentales, se quemaba vivas a las personas e inclusive se aplicaba la muerte del delincuente. Por dichas razones es evidente que en esa época, no se conocía el concepto de prisión como castigo para el que

¹⁵ El autor español Jiménez Monteserrín, nos proporciona una pieza crítica e invaluable de la cual podemos comprender y entresacar de propia mano, la manera que asumía el dictado de la prisión preventiva dentro del proceso inquisitorial español, diligencia procesal que tomaba el nombre de “mandamiento de prisión”, medida que se dictaba antes del inicio de la fase investigativa del proceso y que por lo general se redactaba en los siguientes términos: «Nos. Los Inquisidores, etc. Mandamos a vos, fulano, Alguacil del Santo Oficio, que luego que este mandamiento vos fuere entregado vais a la villa de _____ y a otras cualesquier partes y lugares que fuere necesario y prendáis el cuerpo de fulano, vecino de _____, donde quiera que lo halláredes, aunque sea en Iglesia, Monasterio u otro lugar sagrado, fuerte o privilegiado. Y así preso y a buen recaudo lo traed a las cárceles deste Santo Oficio y lo entregad al Alcaide, al cual mandamos lo reciba de vos, por ante uno de los Notarios del Secreto dél y lo tenga preso y al dicho buen recaudo y no lo dé suelto ni en fiado, sin nuestra licencia.» Cf. Jiménez Monteserrín, Miguel (1980). *Introducción a la Inquisición Española. Documentos básicos para el estudio del Santo Oficio*. 1º ed. Madrid, España: Editora Nacional, p. 394.

delinquiera. La forma más similar era un encierro con carácter preventivo, que al igual que para los romanos, era utilizado para asegurar la presencia del imputado dentro del proceso penal, y se aplicaba en su mayoría a los sujetos que eran juzgados por delitos que merecían penas, como la pérdida de miembros, de partes del cuerpo o de su propia vida.»¹⁶

Con todo, no debemos perder de vista la circunstancia de que a pesar de la herencia del desarrollo normativo del Imperio y de la existencia de ciertas normas y previsiones concretas en los ordenamientos germánicos; los aspectos relacionados con la prisión preventiva asumieron un carácter eminentemente pragmático y consuetudinario. El fenómeno dicho devenía consecuencia natural de la distribución poliárquica del poder durante buena parte de la Edad Media, ya que en este periodo el ejercicio efectivo de la autoridad estaba distribuido entre plúrimas instancias formales y no formales; resultando los textos legales -cuando existían- unos meros formalismos y una letra muerta, ya que era el Rey, el Obispo o el señor de un determinado territorio, quienes decidían con casi ningún criterio objetivo, cuándo y cómo disponer un encarcelamiento. A esto contribuyó en decisiva el surgimiento de una organización social feudalista; en la cual el señor controlaba una determinada extensión de territorio, controlaba una casa o un castillo y los prados y cultivos a él aledaños, junto con la población encargada de laborar para él. Además, los señores incluso tenían potestades administrativas y jurisdiccionales sobre su territorio, podían organizar una pequeña milicia y aplicaban la justicia por sí o por delegados, y conforme a las propias reglas que ellos mismos emitían¹⁷.

¹⁶ Briceño Rodríguez, Ana Gabriela (2009). *Prisión preventiva: ¿excepción o regla en delitos sexuales? Estudio de las resoluciones que ordenan dicha medida cautelar en casos de delitos sexuales, en el Juzgado Penal de Pavas, 2002-2005*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 16. Lo subrayado no pertenece al original.

¹⁷ Desarrollando puntillosamente las principales características del sistema socio-productivo feudal, el autor nacional Sáenz Carbonell nos regala el siguiente comentario: «*La Europa occidental altomedieval fue esencialmente agrícola y rural. En ella predominaban los señoríos territoriales, cohesionados alrededor de un castillo o un monasterio, con tierras del señor, tierras de los siervos o colonos, y pastos, bosques y montes de uso común. Todos los habitantes de los señoríos -nobles, clérigos, siervos, animales- vivían de la tierra. (...) Bajo la autoridad de los señores había caballeros libres, que carecían de tierras o cuyas tierras no eran tan valiosas como las de aquéllos y se adscribían voluntariamente a su servicio, y siervos de la gleba, que trabajaban en los campos y estaban adscritos perpetua y hereditariamente al señorío. A unos y otros se les denominaba con el nombre genérico de vasallos (...) En toda Europa occidental, el poder de los monarcas medievales era débil. Aunque teóricamente gobernasen todo un reino, su poder efectivo sólo recaía sobre unos pocos territorios, casi siempre aledaños a su corte. Al interior del reino, la autoridad del monarca era constantemente desafiada por señores feudales laicos y eclesiásticos unidos a él por complejas y frágiles*

No obstante, es de advertir que poco a poco las autoridades centrales se preocuparon cada vez más por la labor de unificación del derecho. Esto coincidió con la tendencia de los reyes y de los gobernantes a someter a su poderío los distintos focos de poder que hasta el momento gozaban de cierta autonomía, ello se vio fortalecido por el paulatino declive de los señoríos feudales y el incipiente nacimiento de las ciudades o “burgos” ya en los siglos XI y XII. Así, se produjo el orto de ordenanzas rurales y municipales, cada una para regir unitariamente la aplicación del derecho en una determinada circunscripción, con entera independencia -al menos en teoría- de los sujetos destinatarios de estas nuevas regulaciones.

En España, por ejemplo, la unificación del Derecho recibió un impulso significativo con la promulgación de Las Siete Partidas del Sabio Rey, redactadas entre los años 1256 y 1265, durante el reinado de don Alfonso X de Castilla (1252-1284 d.C.). Esta ingente recopilación normativa constituyó una fuente jurídica de referencia de una importancia fundamental, no solo para los territorios ibéricos, sino para toda la América Hispana; dado que a sus preceptos y regulaciones se plegaron la mayor parte de nuestros países, inclusive hasta bien entrado el siglo XIX, y muchas de nuestras primeras codificaciones escritas se inspiraron en buena parte de sus postulados.

El espíritu de la legislación contenida en las Partidas es notoriamente premoderno. Se combinaban algunas prescripciones y reglas propias del Derecho Romano, con ordenanzas

*relaciones de vasallaje, y a veces también por el clero, tanto secular como regular; en la Baja Edad Media, a estos poderes rivales se agregaron otros, tales como las órdenes de caballería, los municipios y los gremios. Externamente, los monarcas debían además enfrentar las injerencias del Papado y a veces también del Imperio, que tenían pretensiones de autoridad sobre toda la cristiandad occidental. La debilidad de la autoridad regia, se veía acentuada por el hecho de que habitualmente los reyes no disponían de un ejército permanente, sino que para sus acciones bélicas debían recurrir a las huestes de los señores vasallos, de lealtad a veces dudosa o inestable. Tampoco contaban con una burocracia permanente, sino que debían valerse del clero para casi todas las actividades administrativas y contables. A ello se agregaba la inexistencia de un sistema tributario general y de impuestos periódicos, que obligaba a los reyes a depender de su patrimonio familiar y personal y de los ocasionales servicios o subsidios que lograsen obtener de sus vasallos. También era muy limitada la autoridad judicial de los monarcas: aunque en su corte solía existir algún tipo de tribunal, el clero tenía los suyos propios y en la mayoría de los feudos los señores administraban justicia conforme a las costumbres locales.» Cf. Sáenz Carbonell, Jorge Francisco (2007). *Elementos de Historia del Derecho*. 2° ed. Heredia, Costa Rica: Ediciones Chico, pp. 220, 221, 229, 230.*

municipales y forales, y con institutos jurídicos privativos de la organización socio-política de los pueblos germánicos; todo ello con el propósito de sintetizar una producción legal unificada, que garantizase un mínimo de seguridad jurídica. En lo referido propiamente a la temática que nos ocupa, las Siete Partidas no dejan de tocar de alguna manera la cuestión de la necesidad del encarcelamiento preventivo en ciertos supuestos; restringiéndola especialmente a los supuestos de delitos graves, que ameritasen la muerte o el daño corporal como castigo, así se expresaba el Título XXIX de la Séptima Partida, “De cómo deben ser recaudados y guardados los presos”:

«Recaudados deben ser los que fueren acusados de tales yerros que si se los probasen, que deben tomar muerte por ello o ser dañados en algunos de sus miembros, y no deben ser estos tales dados por fiadores, porque si después ellos entendiesen que el yerro les era probado, con miedo de recibir muerte o daño por ellos, huirían de la tierra, o se esconderían de manera que no los podrían hallar para cumplir en ellas la justicia que deben haber.»¹⁸

Ya en lo que toca al Derecho intermedio, podemos señalar a grandes rasgos, que el tratamiento legal de temas penales como el del encarcelamiento, no revistió diferencias sustanciales con la situación verificada en épocas anteriores. Durante el absolutismo y también como parte del llamado *Ancien Régime*, el sistema procesal también estaba supeditado en buena medida a la voluntad de los gobernantes, las sanciones y cautelas se aplicaban de un modo pragmático y marcadamente coyuntural, no existían controles muy claros a la duración del encarcelamiento preventivo, y el recurso a la prisión, en la mayor parte de los casos, se concebía no como pena autónoma sino como precaución para evitar que la sentencia de fondo deviniera nugatoria. No obstante, en algunos ordenamientos ya se empiezan a dar algunos esfuerzos importantes por reducir los amplios espacios librados a la expansión del *ius puniendi*, se destacaron, por ejemplo, las medidas que procuran contener la aplicación de la prisión preventiva hacia los linderos de la razonabilidad. Un caso de esta incipiente preocupación, es la Parte del Consejo Mayor de la Serenísima República de Venecia, del 02 de setiembre de 1708:

¹⁸ Reino de Castilla. *Las Siete Partidas del Sabio Rey*, Don Alfonso X de Castilla. Partida Séptima, Título XXIX.

*«Habiendo sido prescritas en diversos tiempos y por diversas leyes de nuestros Sabios Mayores prudentísimas reglas, para que se pudiera con toda rapidez llegar a la expedición de los Reos, y habiéndose ahora introducido en esta tan grave materia tan importantes desórdenes, que casi se hace imposible la expedición de los mismos, de donde derivan muchas perniciosas y pésimas consecuencias, la más observable de las cuales es que hace más de 16 años que no se presenta ningún proclamado (citado) por el Consejo de los Cuarenta en lo Criminal, sino que se dejan desterrar (en contumacia) por más que pudieran hacer constar su propia inocencia (...), **mientras que si ocurre que algún detenido en contravención de bando es habilitado a defenderse, antes de que se muestre el Colegio, yace durante muchos meses en un calabozo, después de lo cual, no reuniéndose el dicho Colegio más que rarísimas veces, resulta que están seis, ocho, diez años sin expedir, con tan agravio de la justicia, que no puede, en el momento de la expedición condenarlos, aunque hayan sido excarcelados, con la medida que merece su culpa, perdiéndose el fruto del ejemplo que supone hacer nacer la ley con la orden de los fallos a puertas abiertas en la publicación de la delincuencia y en el castigo de ella, produciendo además un grave desconcierto la dilación, si los acusados fueran luego reconocidos inocentes, después de haber sufrido aquella pena, que no puede ya levantar la absolución.»**¹⁹*

Los bríos que abogaban por la reducción de los ámbitos librados a la arbitrariedad del sistema penal, se hicieron todavía más intensivos con motivo de las proclamas nacidas al abrigo del movimiento iluminista. Paradigmático resultó el pensamiento del tratadista italiano Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria; quien en su producción jurídica se decantó, entre otras cosas, por la humanización de las penas, por la abolición de mecanismos procesales inquisitivos como la tortura, y por el acotamiento de la prisión preventiva. Sobre esto último, el Marqués de Beccaria adujo que la prisión preventiva debía respetar la dignidad de las personas y solo podría aplicarse en los límites indispensables para la actuación de la ley: *«La cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda (...) La estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga o para que se oculten las*

¹⁹ Parte (Ley) del Consejo Mayor de la Serenísima República de Venecia, del 02 de setiembre de 1708; citado por Alsina, Hugo; Couture, Eduardo J.; Vélez Mariconde, Alfredo (1952). *Tratado de Derecho Procesal Penal [Tomo III]*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 642. Lo resaltado no pertenece al original.

*pruebas de los delitos.»*²⁰ Las tesis expuestas por Beccaria y por otros renombrados autores coetáneos suyos, como Gian Domenico Romagnosi, Francesco Carrara, Paul Johann Anselm von Feuerbach y Francisco Carmignani, tuvieron una gran receptación en la filosofía política y social de los enciclopedistas franceses, de manera que, gracias a la influencia de estos pensadores modernos, se inspiraron los movimientos revolucionarios que culminaron con el levantamiento contra la monarquía borbónica acaecido en la Francia de don Luis XVI, en el año 1789²¹. Ejemplo de estas novedosas preocupaciones, la encontramos en la promulgación de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Declaración de los Derechos del Hombre o del Ciudadano), aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, y la cual configuró el primer texto normativo a nivel mundial que consagró a texto expreso la presunción de inocencia, sucedánea del encarcelamiento preventivo; así se postulaba en el artículo noveno de la misma: «IX. Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley.»

Otro salto relevante en la historia de la prisión preventiva, está constituido con la consolidación de la cárcel como pena autónoma, fenómeno que empezó a generalizarse a partir de los siglos XVIII y XIX²². Muestra significativa de esta nueva tendencia de

²⁰ Beccaria, Cesare (1764). *De los delitos y de las penas* [Traducción de Juan Antonio de las Casas, 1988]. Madrid, España: Editorial Alianza, p. 61; citado por Llobet Rodríguez, Javier (2005). *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*. 2º ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 291-292.

²¹ La influencia de la filosofía ilustrada fue el motor, en realidad, de todo un vasto programa de constitucionalismo y de respeto a los derechos humanos que dio inicio en el siglo XVIII y que se acentuó sobre todo en la época decimonónica; y como parte del cual se consignó en la ley suprema de muchos países, un acervo importante de derechos y de garantías individuales, entre los cuales resaltaba el derecho a la libertad. Sobre ello conviene acotar las palabras de Luigi Ferrajoli: «*De la declaración de derechos de 1789 en adelante, todos los textos constitucionales -de la Constitución italiana a las del resto de los países europeos, de los Estados Unidos a las de la Unión Soviética y el resto de los países socialistas, y hasta las Constituciones de los países del tercer mundo- han incorporado de hecho gran parte de los principios de justicia tradicionalmente expresados por las doctrinas del derecho natural.*» Cf. Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y Razón* [Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez]. Madrid, España: Editorial Trotta, p. 356.

²² Sobre la generalización del encarcelamiento como pena en sí misma, nos advierte la autora mexicana Beatriz Bernal: «*Los sistemas penitenciarios, y como consecuencia de ello, los regímenes carcelarios, en su concepción moderna y sus expresiones más genuinas surgieron en el siglo XIX. Aparece primero el sistema*

convertir a la reclusión como pena, es el diseño del afamado “panóptico” por el filósofo inglés Jeremy Bentham en 1791²³; centro penitenciario imaginario -aunque llevado a la práctica en países como Estados Unidos, Colombia y España- que permite al vigilante del reclusorio, la observación de todos los prisioneros sin que estos puedan saber si están siendo vigilados o no.

A.3. EN EL DERECHO COSTARRICENSE

La producción jurídica autónoma de nuestro país, dio inicio en los albores de la vida independiente patria. Durante toda la época de la Colonia y en los primeros años del incipiente Estado de Costa Rica, se optó por aplicar en nuestro país las normas penales y procesales hispanas; sobre todo la obra legislativa la cual se tradujo en las Siete Partidas, además de otras fuentes secundarias como la *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla* (promulgadas por don Felipe II en 1567) y en menor medida, la muy posterior *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (nacida a la vida jurídica en 1805, durante el reinado de don Carlos IV)²⁴.

*celular, como reacción a la promiscuidad carcelaria precedente y con fines de meditación y arrepentimiento; después el progresivo, que distinguía varios periodos en el curso del encarcelamiento, evolucionando de mayor a menor libertad con base a la buena conducta del penado, abarcando desde el total aislamiento hasta la libertad condicionada y pasando por periodos de trabajo en común realizados por el reo.» Cf. Bernal G., Beatriz (s.f.). *Dos aspectos de la legislación carcelaria novohispana*. México D.F., México: Universidad Autónoma de México, p. 133. Extraído de la siguiente dirección electrónica: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/730/16.pdf>. Consultado el día 07 de octubre de 2012.*

²³ García Algarra, Javier (2002). *La reforma carcelaria en el pensamiento ilustrado y su plasmación en modelos arquitectónicos* [Ensayo para el curso de Doctorado “Arquitectura óptico-acústica: el teatro, la cárcel y el hospital en la España de la Ilustración y el Romanticismo y sus modelos internacionales”]. Madrid, España: Universidad Nacional de Educación a Distancia, p. 12.

²⁴ Cf. Sáenz Carbonell, Jorge Francisco (2004). *Los sistemas normativos en la Historia de Costa Rica*. Heredia, Costa Rica: Ediciones Chico, pp. 106-109 y 301.

A.3.1. El Código General del Estado (1841)

Fue en el momento de la promulgación del **Código General del Estado** por el dictador Braulio Carrillo Colina, el 30 de julio de 1841, que se reguló por vez primera el tópico de la prisión o detención preventiva en una ley patria. Esta codificación no preveía únicamente el tratamiento de la materia penal o procesal penal, sino que regulaba de modo orgánico las principales áreas del Derecho, sea la civil, la criminal y la procedimental. La regulación normativa, que comentamos, devino particularmente significativa, sobre todo en el entendido de que le dio impulso a la utilización de la prisión como pena, a fuerza de que en nuestro país la cárcel se había utilizado más que todo como un sitio de custodia transitoria del imputado y no propiamente como sanción, en la mayoría de los casos²⁵. El tema de la custodia preventiva de los reos se consignaba en el Título II del Libro III de la Parte Procesal del Código; y entre sus más sobresalientes implicaciones, se encontraba la que establecía que la detención podía ordenarse por el mismo juez instructor, cuando de las actuaciones hasta el momento practicadas se desprendiese semiplena prueba contra el imputado. También se consagraba a nivel normativo, un trato diferenciado para aquellos que sufrían encarcelamiento provisional, respecto a quienes ya se encontraban descontando condena en firme; se disponía que en lo posible los lugares de reclusión fueran distintos, lo cual nos muestra que ya desde estas tan tempranas etapas, existía preocupación por salvaguardar el principio de proporcionalidad.

A.3.2. El Código de Procedimientos Penales (1910)

Las disposiciones contenidas en el Código de Carrillo permanecieron vigentes hasta la promulgación de un nuevo **Código de Procedimientos Penales**, redactado por los licenciados Luis Anderson Morúa y José Astúa Aguilar, y que fuera aprobado por el Congreso Constitucional en agosto del año 1910. Esta emisión legislativa pronto asumió un

²⁵ Artavia Cubero, Pablo (1999). *Una reflexión sociológica de la problemática penal costarricense: ¿ceder derechos a cambio de seguridad?* [Tesis de grado para optar por el Título de *Magister Scientiae* en Sociología]. San José, Costa Rica: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica, p. 132.

carácter marcadamente inquisitorial, lo cual se refleja ya en algunas instituciones del Código, como por ejemplo, la no diferenciación entre el juez instructor y el sentenciador, o bien, la preocupación para que en el decurso de las actuaciones pudiera llegar a obtenerse la confesión del inculpado.

En el Título Tercero del Libro Segundo de esta codificación, se contenían dos capítulos que se abocaban expresamente a la regulación del tópico del encarcelamiento preventivo, y que se denominaban “Del arresto del inculpado” y “Del tratamiento de los detenidos y presos”. El artículo 306 de este texto contemplaba la posibilidad del juez de dictar una providencia llamada “auto de detención”, a su vez, el numeral 324 hacía lo suyo con el llamado “auto de prisión”; con ambas medidas, se podía encarcelar al imputado para asegurar los intereses de la justicia, ya durante la sumaria o al momento del enjuiciamiento, respectivamente.

En el artículo 307 del Código de Procedimientos Penales de 1910, se establecían los criterios o requisitos con arreglo a los cuales el juez instructor podía justificar un mandamiento de detención:

- a) Que el delito incriminado estuviese reprimido con alguna pena corporal; o bien, que existieran graves fundamentos para creer que el delito achacado se hubiera cometido, cuando este fuese de una gravedad considerable, cuando el indiciado no hubiese acudido al primer llamamiento sin causa válida para su inasistencia, cuando existía reincidencia, o bien, cuando el delito fuese contra la Hacienda Pública.
- b) Que se verificasen indicios “vehementes” según los cuales pueda incriminarse la conducta endilgada al imputado que está siendo sometido a juzgamiento, ya sea como autor, cómplice o encubridor.

En esta normativa no se regulaba expresamente un límite temporal preciso a la prisión preventiva, pero el artículo 308 del Código sí designaba una regla genérica, por la cual solo se podía prolongar la medida cautelar, mientras subsistieran los motivos que le habían dado origen. Se decía literalmente que la detención solo se prolongaría “mientras se practiquen

las investigaciones del sumario”²⁶, estableciéndose la obligación del juzgador de prolongar en la menor medida posible el arresto provisional del reo. Se contemplaba, asimismo, la previsión de que las personas sometidas a detención provisional, pero no a condenatoria en firme, solo podían ser confinadas en centros destinados en exclusiva a estos efectos.

Aunque el Código de 1910 no contemplaba a modo expreso, el listado de causales de prisión preventiva *stricto sensu* o peligros procesales que permitían habilitar la cautela, de la exégesis de varios artículos del mismo sí era posible encontrar en qué supuestos era aplicable:

- i) Ante el **peligro de ausencia o de fuga** del imputado; así, el numeral 320 establecía que si el delito incriminado no ameritaba castigo corporal y el imputado no fue sorprendido *in fraganti*, entonces procedía que el Jefe de Policía o el Jefe Político del lugar lo pusiera en libertad, si el inculpado era conocido en la localidad, o bien, si presentare garantes o personas que aseguraran su comparecencia, a satisfacción de la autoridad. Por su parte y, como excepción a la regla general de que la detención, solo podía emitirse cuando la pena amenazada fuese corporal; se determinaba en el número 340 que, cuando la sanción no era de este talante, cabía la prisión, si el imputado no comparecía sin grave impedimento a la primera citación, si era posible precaver su ausencia o si, habiéndosele exigido, el acriminado no afianzare su comparecencia al juicio y el cumplimiento de la pieza de la sentencia.
- ii) Ante el **peligro de obstrucción de la investigación**; toda vez que el artículo 331 de esta codificación contenía la regla de que la restricción de la libertad solo podía acordarse «(...) *en los límites indispensables para mantener el orden del establecimiento y para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que pudieran entorpecer o desviar las investigaciones*»²⁷, es decir, la medida estaba diseñada para evitar, por ejemplo, que en libertad el acusado pudiera interferir o

²⁶ Cf. Código de Procedimientos Penales (1910), art. 308.

²⁷ Cf. *Idem*, art 331.

presionar a los eventuales testigos para que depusieran en uno u otro sentido contrario a la verdad de los hechos.

Por su parte, el Título Cuarto del Libro Segundo de la codificación en cuestión, dispuso los temas concernientes a la excarcelación, mecanismo procesal con el cual se procuraba la puesta en libertad de un sujeto, contra el que había recaído mandato de prisión preventiva. A raíz de toda la vasta y compleja herencia de los procesos penales inquisitoriales, la excarcelación tenía una aplicación excepcional y era concebida más que todo como una gracia; siendo así que su consecución o denegatoria era facultad exclusiva del juez, sin que el mismo estuviera obligado a valorar circunstancias objetivas o subjetivas del hecho, lo cual, en muchas ocasiones, era bastante perjudicial para el imputado, ya que deparaba en grandes injusticias. A tal nivel se extendía el carácter antigarantista de estas disposiciones, que ya la doctrina nacional nos advierte sobre el fenómeno de la dificultad de que prosperase una gestión de excarcelación:

«La defensa del reo podía solicitar el beneficio de la excarcelación con o sin la rendición de algún tipo de garantía. Sin garantía se otorgaba si la pena a imponer era de interdicción de derechos, si se había decretado el sobreseimiento y ello había sido recurrido, si la pena de prisión no superaba los tres años o se había cumplido en prisión preventiva el máximo de la pena a imponer por el delito imputado. En los demás casos procedía la excarcelación con el otorgamiento de una fianza.

Sin embargo, de la letra del mismo Código se desprende que era difícil el conseguir la concesión de una excarcelación, ya que requería el mantener ese estado mientras se mantengan los cargos y por ello subsistía la necesidad de asegurar al reo para su enjuiciamiento; por lo mismo solo se podía ordenar su libertad cuando deviniese la falsedad de la acusación contra él incoada o el reo estuviera en una de las causales de irresponsabilidad del Código Penal. Por otra parte, no se podía acceder tampoco a la excarcelación, si el juez consideraba necesario mantener el arresto para el buen resultado de las investigaciones, la seguridad personal del ofendido o para evitar escándalos posibles.»²⁸

²⁸ Brenes León, Mariana (1997). *La Inquisición Española y su influencia en el proceso penal costarricense* [Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 273-274.

A.3.3. El Código Penal (1941)

Las normas del Código de Procedimientos Penales de 1910 resultaron parcialmente reformadas, con motivo de la emisión del **Código Penal de 1941**, aprobado por el Congreso Constitucional de la República en agosto de 1941 y vigente a partir del 01 de enero de 1942, durante la administración del Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia. Las reformas que se le efectuaron a los procedimientos del Código de 1910 en materia de prisión preventiva; estaban destinadas a acrecentar el carácter restrictivo del sistema, ya que se dispuso expresamente que el auto de prisión y enjuiciamiento debía ser ejecutado sin más trámite, ante la circunstancia de la confesión por parte del reo, debiendo cumplirse previamente los simples requisitos de corroborar la calificación de la infracción y los antecedentes del imputado, así como verificar *prima facie* la posible concurrencia de alguna eximente de responsabilidad. Sobre esto, nos hace ver con acierto Gómez Salgado: «*Lo cierto es que, en este año de 1941, se introdujeron grandes modificaciones al Código Procesal Penal de 1910 y que por añadidura resultan trascendentales en materia de prisión preventiva. Cabe destacar que el auto de prisión y de enjuiciamiento que se dictaba simultáneamente, se ejecutaba sin ningún trámite cuando el reo confesaba el hecho punible y no alegaba eximentes a su responsabilidad después de practicadas las diligencias indispensables para determinar la calificación de la infracción, los antecedentes del imputado y cualquier hecho que incidiera directamente sobre la decisión de la causa (art. 323) (...) Otro de los cambios fue introducir como consecuencia inmediata al auto de prisión, la privación de libertad del procesado durante el juicio, con la correlativa obligación de permanecer en la cárcel u otro establecimiento público destinado para ese fin.*»²⁹

A pesar de todo, en la reforma de 1941, se dispusieron criterios adicionales a favor de la proporcionalidad de la medida cautelar privativa de libertad; en este entender, se definió

²⁹ Gómez Salgado, María de los Ángeles (1981). *La Prisión Preventiva en el Proceso Penal Costarricense*. [Tesis de grado para optar por el Título de Licenciada en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 26-27.

que la custodia preventiva sólo podría durar mientras se mantuviera el cargo que había dado origen al proceso e imperara la necesidad de asegurar al reo, para los efectos del enjuiciamiento. Además, se indicaba que el imputado podía quedar en libertad en cualquier estado del proceso, desde el momento en que apareciera la falsedad de la imputación formulada contra él o cuando habiendo certeza de su participación, fuese evidente, a criterio del juez, que su actuación estaba comprendida entre los casos de irresponsabilidad definidos en el artículo 339 del Código Penal sustantivo; por lo cual, la detención dejaba de estar supeditada al proceso en sí mismo considerado y pasaba a depender, ante todo, de la verosimilitud de los cargos planteados. Se flexibilizó en un considerable grado la procedencia de la figura de la excarcelación y se previó la posibilidad del recurso de apelación, tanto contra el auto que habilitaba la prisión preventiva, como contra el que denegaba la excarcelación.

A.3.4. El Código de Procedimientos Penales (1973)

Inspirado en novedosas proclamas de humanización de la justicia penal y con la finalidad de atemperar en cierta medida el carácter inquisitorial de la codificación anterior, surge el **Código de Procedimientos Penales de 1973**, emitido por la Asamblea Legislativa por Ley N° 5377 del 19 de octubre de ese mismo año. El abultado número de presos sin condena fruto de la legislación anterior, así como las exigencias surgidas con ocasión de la adopción por parte del país de la DUDH de 1948 y de la CADH de 1969, hacían imperiosa la reforma a las normas vigentes en materia procesal penal. Para la promulgación del Código de 1973, resultó decisivo el aporte del jurisconsulto argentino, Alfredo Vélez Mariconde, quien sugirió emitir las nuevas disposiciones según el modelo del Código de Procedimientos Penales de la provincia argentina de Córdoba de 1939, el cual a su vez se había inspirado en el afamado “Código Rocco”, el Código de Procedimientos Penales italiano de 1930, redactado por el jurista Vincenzo Manzini. Esta nueva regulación legal se adscribía a un sistema procesal formalmente mixto: existía una etapa de sumario o de instrucción que seguía moldes inquisitivos y una etapa propia del juicio oral y público, tendencialmente acusatoria. El juez estaba encargado de llevar adelante la primera fase del proceso, sea la

instructiva, lo cual no estaba exento de cierta problemática. Sintetizando estas ideas, Sáenz Carbonell manifiesta que «[e]l Código de 1975 mejoró sustancialmente el procedimiento penal costarricense, al sustituir el modelo inquisitivo de 1906 por un sistema mixto que incluía la oralidad, asegurar al imputado una serie de derechos contenidos en la normativa internacional sobre Derechos Humanos y terminar con los juicios efectuados con reo ausente, entre otros aspectos»³⁰.

Ya en lo referido propiamente a la temática de la situación del imputado en el transcurso del proceso, el nuevo Código de 1973 tuvo el mérito de consagrar, por primera vez en la historia normativa de nuestro país y de una manera clara y directa, la necesidad del respeto a los principios de proporcionalidad y de excepcionalidad. Dicta el número 265 de este cuerpo legal: «Artículo 265.- *La libertad personal solo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados. Al menos cada tres meses, el tribunal examinará los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, su sustitución por otra medida o la libertad plena del imputado. Este plazo se interrumpirá cada vez que la procedencia de la detención se examine a solicitud del imputado.*»³¹

Esta nueva regulación normativa devino innovadora, por cuanto de la correlación de su articulado se desprende que, para la emisión de la medida cautelar de la prisión preventiva, debía dictarse previamente un **auto de procesamiento**, en los términos de sus artículos 286 y siguientes. El procesamiento, figura profusamente utilizada en los sistemas procesales de carácter mixto en donde al juzgador le compete la fase instructiva y heredado en el Código de 1973 del Código argentino de Córdoba de 1939; consistía en un acto del juzgador por el cual este admitía o preveía como razonable -a nivel preliminar- que el imputado había

³⁰ Sáenz Carbonell, Jorge Francisco (2004). *Los sistemas normativos en la Historia de Costa Rica*. Heredia, Costa Rica: Ediciones Chico, p. 309.

³¹ Código de Procedimientos Penales (1973), art. 265. Lo subrayado no pertenece al original.

incidido en el delito que se le atribuía, lo cual daba pie a su vez para que el proceso siguiese adelante según su curso ordinario hasta su finalización por sentencia.

Seguidamente, en el artículo 291 de la referida ley codificada, se contempla de una manera clara y concisa, el listado de requisitos materiales para habilitar el encarcelamiento preventivo; en un inicio solo los de orden sustantivo, pero con motivo de una reforma legislativa aprobada en el año 1993, también se introdujeron causales de orden procesal. No obstante, la normativa vigente hasta antes de la reforma dejaba un cierto sinsabor, pues de su redacción podría interpretarse que el juez estaba compelido a emitir la cautela del presidio en los siguientes casos: 1) que el delito atribuido merezca pena privativa de libertad cuyo extremo máximo sea al menos mayor de tres años, y 2) cuando la incriminación no superase los tres años de prisión en el máximo de su escala de punición, podrían tenerse en cuenta factores de índole procesal como el peligro de que el imputado eludirá la acción de la justicia, o porque continuará su actividad delictiva. Como observáramos en el primer punto antes citado, encontramos una divergencia con la regulación actualmente aplicable, la que exige únicamente que la pena amenazada sea la de cárcel; y por ello, al menos en este concreto respecto, la normativa anterior era más garantista.

Ahora bien, el panorama de las causales de prisión preventiva varió con la promulgación de la Ley N° 7337, del 05 de mayo de 1993, a la que ya aludíamos en el párrafo anterior; en que, con una redacción bastante similar a la del Código vigente, se postula en la normativa relacionada que para la prisión como cautela son indispensables ciertas condiciones: 1) la existencia de elementos mínimos de convicción para asegurar la participación probable del indiciado en los hechos, 2) la afirmación de al menos un peligro procesal, entre los que se cuentan el peligro de fuga, la obstaculización de la averiguación de la verdad, y el peligro de continuación de la actividad delictiva, y por último 3) que el delito atribuido merezca pena privativa de libertad cuyo extremo máximo sea al menos de tres años.

De los artículos 292 al 295 del Código de Procedimientos Penales de 1973, se contienen una serie de reglas concretas por las que toman efectividad los principios de

proporcionalidad y provisionalidad de la prisión preventiva. Así, entre otras cosas, se exige de manera expresa que los indiciados se ubiquen en un lugar de presidio distinto del de los condenados; se regula la posibilidad de que el juez apruebe arresto domiciliario, en vez de la prisión, para las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o valetudinarias y, de la misma forma, si el juzgador considera *prima facie* que al procesado no se le impondrá, por sentencia, un castigo mayor al que ya ha sufrido con motivo de la prisión provisional, determinará su inmediata cesación. A su vez, el numeral 295 *idem* disponía un catálogo más bien circunspecto de medidas alternas al encarcelamiento preventivo, entre las que se citan la restricción del imputado a un poblado o a una ciudad, la obligación de no presentarse a un determinado sitio o acudir ante la autoridad los días que ella defina.

Las normas de la excarcelación se sitúan de los números 297 al 317 del Código de 1973, la misma se permite en principio cuando el extremo máximo de la incriminación no supera los diez años de cárcel; o bien, cuando a pesar de que la pena exceda de este margen, no se prevea *prima facie* que se imponga una sanción mayor a los cinco años de prisión. De la misma forma, el artículo 298 de la referida codificación alude a ciertos impedimentos de orden procesal que impedirían la exención de prisión; aquí hablamos de los peligros de fuga (por carecer de domicilio el indiciado), y de reiteración delictiva (el que se verificaría, entre otras cosas -según el Código-, por no haber transcurrido cinco años desde el cumplimiento de una anterior condena).

A.3.5. La Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas (1988)

En forma paralela a la regulación vigente en el Código de 1973, el legislativo patrio decidió promulgar la Ley N° 7093, Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas, nacida a la vida jurídica el 22 de abril de 1988. Por la misma, se procuró tratar en un solo cuerpo normativo y, de manera omnímoda e integral, la temática atinente al estatuto jurídico de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas; tratándose de temas tales como los supuestos de venta legal e ilegal de

drogas, las delincuencias anexas a esta materia, e inclusive algunos puntos de índole procedimental sobre el juzgamiento de esta clase de actividades.

Especialmente problemático, desde los albores mismos de esta legislación, resultó el tratamiento que se le deparaba al régimen de la prisión preventiva en delitos de narcoactividad y legitimación de capitales. Esto porque la Ley N° 7093 introdujo una serie de reglas precisas, concisas y exclusivamente aplicables a los delitos contemplados en el mismo cuerpo legal; con ello se creaba una bifurcación normativa: los acusados por otros delitos estaban sometidos a un conjunto de cánones más benignos, en tanto que a los sindicados por narcotráfico se les aplicaba un régimen jurídico mucho más gravoso y restrictivo, en el cual la obtención de la excarcelación era prácticamente imposible.

El meollo del asunto radicaba en el artículo 27 de la ley de cita, el cual espataba tajantemente la radical imposibilidad de otorgar el beneficio de la excarcelación a los autores de los delitos contemplados en la legislación de comentario³². Sí se preveía la facultad del juez de excarcelar a quienes solo fueran partícipes (instigadores o cómplices) de estos hechos criminales. Como es palmario y tal como lo había señalado la autora María Gerarda Arias de forma acertada, el aludido número 27 de la Ley N° 7093 quebrantaba tanto los principios de igualdad como de culpabilidad, porque hacía distinguos procesales entre los imputados según el tipo de delito incriminado (es decir, con base en un aspecto no procesal) y también porque al prohibir la excarcelación para todos los señalados por delitos de narcotráfico, se aplicaba una orden de encarcelamiento automática a la totalidad de sujetos que se hallaban en estos supuestos, independientemente de la fase procesal en que se hallaba el expediente, del grado de convicción alcanzado e incluso del material probatorio recopilado hasta el momento³³. Esto quiere decir que, al impedirse la

³² El tenor literal del artículo 27 de la Ley N° 7093, Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas, era el siguiente: «Artículo 27.- No será procedente la excarcelación de quien sea indicado como autor de los hechos delictivos tipificados en la presente ley. Respecto de los partícipes, si será posible el acuerdo de ese beneficio.»

³³ Arias Méndez, María Gerarda (1990). *La naturaleza inconstitucional del art. 27 de la Ley sobre sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas*. en *Revista de Ciencias Penales*. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 3, p. 62.

excarcelación en ciertos delitos, implícitamente se está ordenando la detención y la prisión preventiva en forma genérica; prescindiendo de la comprobación en el caso concreto de las condiciones y requerimientos que habilitarían su emisión.

El *statu quo* inaugurado por la norma legal objeto de nuestro análisis, no podía desembocar en otra cosa sino en su declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la recién creada Sala Constitucional de la Corte. Las razones principales para ello estaban referidas a las que aquí ya se han apuntado, es decir, que el artículo 27 de la Ley N° 7093 establecía distinciones inequitativas para la excarcelación según el tipo de delito, lo cual no obedecía a la naturaleza meramente instrumental de la prisión sin condena:

*«Se dice en nuestros días que los delitos que tienen que ver con el tráfico de drogas son la principal amenaza de nuestra sociedad, y desde esa perspectiva, se concibió una nueva ley que desarrollara y tratará [sic] mejor esta materia, a la luz de los actuales conocimientos, así como que reflejara una mayor rigurosidad en el tratamiento de este tipo de delincuencias. Sin embargo, al menos en cuanto al último aspecto, desde el punto de vista estrictamente jurídico, existen cuestiones que esta acción impone examinar, como la necesidad procesal que puede presentársele al juzgador en un determinado caso, que lo lleva a ordenar la detención del imputado, no obstante el estado de inocencia que le acompaña durante todo el proceso y hasta el momento en que quede firme una sentencia condenatoria en su contra. **En efecto, solo en atención a necesidades derivadas del proceso mismo, como lo señala la doctrina, la jurisprudencia y la mayoría de las legislaciones, es posible imponer restricciones a la libertad del imputado.** A ese respecto; debe tenerse presente lo establecido por el artículo 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica en relación con el Derecho a la Libertad Personal, que es norma incorporada directamente a nivel Constitucional por el artículo 48 de la Constitución Política y que por ello debe ser tomada en cuenta en la decisión de este delicado asunto. (...) La Sala considera que por virtud del artículo 27 de la Ley No. 7093 impugnada, se quiebra ese esquema, al consagrar dos regímenes de excarcelación: uno, el general, tal vez defectuoso, pero basado en principios, como los recién señalados, en donde el juez emite un criterio de valoración, y otro, específico para los llamados delitos relacionados con el tráfico de drogas, en los que el juez tiene prohibición de dejar en libertad al sindicado como autor de delito, sin ninguna consideración del por qué. (...) **La Sala estima que en materia de excarcelación la ley no puede venir a sentar reglas, ad-hoc, según las características de cada delito, pues en un determinado momento pueden estar en vigencia reglas distintas, originadas en***

circunstancias muy particulares y no explícitas, que no solo atentan contra la seguridad jurídica, sino que convierten a la ley en un instrumento no de aplicación general, con reglas claras y racionales, sino en un conjunto amorfo y contradictorio, en el trato de una misma materia. Esto es violatorio del principio de igualdad, pues per sé pone a todo sindicado como autor de violación a la ley de psicotrópicos, al margen de la excarcelación, posible para otras delincuencias de similar o mayor sanción.»³⁴

Efectuadas estas precisiones acerca de los más connotados pasajes por los que ha transitado la legislación costarricense, en relación con el tópico de la prisión preventiva, se llega al final de nuestro análisis al **Código Procesal Penal de 1996**, el cual buscaba acentuar los caracteres acusatorios del sistema de justicia criminal, así como procurar una mayor humanización del mismo y una flexibilización de sus institutos, conforme a los cánones del proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica del año 1988. Por ejemplo y concretamente en lo que respecta a la materia del encarcelamiento preventivo, el Código Procesal Penal Modelo disponía como únicas causales de prisión preventiva admisibles, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de los procedimientos, desechaba las tan frecuentes prohibiciones de excarcelación según la naturaleza de los delitos incriminados; innovaba sensiblemente en el repertorio de medidas alternativas a la prisión preventiva y consignaba un tratamiento procesal más humano para el imputado, derivado de la adopción del principio de proporcionalidad como límite al dictado de esta medida cautelar. Llobet Rodríguez ilustra, de forma muy clara, los esfuerzos que se dieron por parte de Julio Maier y Fernando de la Rúa -dos de los principales redactores del Código Procesal Penal Modelo- para promover este nuevo corpus jurídico³⁵.

³⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 0688-91, de las dieciséis horas del dos de abril de mil novecientos noventa y uno. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

³⁵ «La reforma procesal penal que se dio a partir de los años noventa del siglo pasado en Latinoamérica sobre la base del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, pretendía superar los procedimientos inquisitivos y escritos, con porcentajes muy altos de presos sin condena, de modo que lo común era la privación de libertad como consecuencia de la prisión preventiva y la excepción que dicha privación lo fuese como resultado de una sentencia condenatoria firme. Unía a ello la larga duración de la prisión preventiva y las condiciones de hacinamiento en el cumplimiento de la misma. La investigación sobre los presos sin condena realizada por el ILANUD en la década de los ochenta del siglo pasado demostró ello, haciendo conciencia sobre la necesidad de la reforma procesal. (...) Las ideas de que la presunción de inocencia solamente permite las causales de peligro de fuga y de peligro de obstaculización, coinciden con lo establecido en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que previó solamente como causales de prisión preventiva el peligro de fuga y el peligro de obstaculización delictiva, ello en el artículo

A pesar de esta conjunción de medidas y pautas de acción garantistas en el Código Procesal Penal Modelo de 1988, muchas de ellas finalmente no fueron adoptadas; en razón del surgimiento de una contrarreforma a partir del último lustro del siglo XX, la cual hizo retornar a buena parte de la comunidad jurídica latinoamericana a los anaqueles del sistema inquisitorial. No obstante, debido a la ingente envergadura que reviste la temática de la prisión preventiva en el Código de 1996 (actualmente vigente), estos aspectos serán tratados con profundidad en otras secciones del presente análisis³⁶.

202 inciso 2). En la exposición de motivos del Código Modelo no se encuentra mayor explicación de la regulación de las causales de prisión preventiva, siendo por ello importante señalar la fundamentación que se expresó por Fernando de la Rúa y por Julio Maier, dos de los autores del Código Modelo de 1988, en las Jornadas del Instituto Iberoamericano, realizadas en la Ciudad de Guatemala en 1981. Señalaron: "De la afirmación, que 'el imputado se reputa inocente hasta que una sentencia de condena lo declare culpable y lo someta a una pena', surgen efectivas limitaciones a la posibilidad de encarcelarlo preventivamente. En primer lugar, el principio fija los fines del encarcelamiento preventivo, de modo que no se confunda con la pena porque 'nadie puede ser penado sin juicio previo (sentencia) que lo declare culpable'. De ahí se deriva que los fines del encarcelamiento preventivo no son aquellos que se atribuyen a la pena (sintéticamente: la retribución, la prevención general, como amenaza para establecer un contramotivo psicológico para todos los capaces de perpetrar un hecho punible, y la prevención especial, como forma de auxiliar a quien ha delinquirido a fin de que en el futuro observe los deberes fundamentales que le impone el orden jurídico) sino otros específicos: evitar que el imputado se fugue, imposibilitando la administración de justicia o el cumplimiento de la decisión final (rebeldía), o que entorpezca la averiguación de la verdad mediante acuerdos con cómplices, destrucción de rasgos del delito, etc. De ahí el encarcelamiento preventivo debe ser excepcional y sólo autorizarse para los casos en que pueda fundarse la puesta en peligro de los fines anticipados y los modos examinados de poner en riesgo esos fines."» Cf. Llobet Rodríguez, Javier (2009). *Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988*, en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. N° 1, 2009, pp. 162, 184 et 185.

³⁶ Cf. *Infra*, Secciones B.2., D.1. y D.2.

CAPÍTULO SEGUNDO

Hominum causa omne ius constitutum est³⁷

B. FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL INSTITUTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Por prisión preventiva, debemos entender una medida cautelar, aquella medida precautoria del proceso penal, en virtud de la cual se somete al imputado a una privación de libertad en principio temporal y provisoria, dictada y ejecutada por autoridad judicial o cualquier otro órgano estatal competente, con precedencia a la declaratoria y demostración de la culpabilidad del acusado. El autor nacional Javier Llobet Rodríguez la conceptualiza en los términos que se seguido se dirán:

«La prisión preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad. De lege lata en Costa Rica abarca también la privación de libertad del imputado ordenada por el juez competente para evitar el peligro de reiteración delictiva.»³⁸

A su vez, el tratadista argentino Vélez Mariconde ensaya una definición del aludido instituto, señalando a la prisión preventiva como *«el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustentación del proceso cuando se*

³⁷ Aforismo latino cuya traducción literal a nuestra lengua se acerca a la siguiente: *«El hombre es la causa de la constitución de todo derecho.»* Equivale a afirmar que el derecho es tal, si y en la medida en que coloca su fundamento en la verdad sobre el ser humano.

³⁸ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 4° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 31.

le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad, a fin de asegurar la actuación de la ley penal»³⁹.

Otros autores insisten y se enfocan primordialmente en ciertas notas particulares de la figura de comentario, así es el caso, por ejemplo, de José María Asencio, quien al definir el instituto coloca un énfasis en el tópico de los fines estrictamente procesales en que se basa o debería basarse la privación temporal de libertad, y con ello acentúa sobre todo la característica de la accesoriedad, sobre la que insistiremos de seguido. Así las cosas, para este expositor la prisión preventiva consiste en *«la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad»⁴⁰.*

Existe una diferenciación importante entre el instituto del encarcelamiento preventivo, y la prisión entendida como pena autónoma. En efecto, como empezábamos a apuntar, la prisión provisional debe visualizarse como una figura jurídica de naturaleza solo procesal-cautelar, y no como un instituto sustantivo. Por ello, deviene impropio, al menos en teoría, conceptualizar la prisión preventiva como pena; si bien es cierto que en la práctica comparte en múltiples ocasiones las características y los fines de una sanción, sobre todo en el contexto del fenómeno -que se ha dado en los últimos años- de la duración y de la extensión de sus contenidos.

En el mismo orden de ideas, debemos hacer mención a la circunstancia de que la prisión provisional, entendida desde este enfoque cautelar que venimos apuntando, comparte las características que la doctrina latinoamericana ha asignado a las medidas coercitivas anticipadas dentro del proceso penal. Así, es posible identificar los fines propios de la

³⁹ Vélez Mariconde, Alfredo (1968). *Derecho Procesal Penal [Tomo II]*. 2° ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Lerner, p. 217.

⁴⁰ Asencio Mellado, José María (1987). *La Prisión Provisional*. Madrid, España: Editorial Civitas S.A., p. 37.

prisión preventiva, con el conjunto de características que en torno a las medidas de coerción formula Clariá Olmedo, como vemos:

- a) Se trata de **medidas coercitivas** pues con ellas se involucra en cierto aspecto, un una lesión a un derecho fundamental concreto, de los previstos o en la Constitución Nacional respectiva o en instrumentos internacionales de DD.HH. Con estas determinaciones, pueden afectarse, ya las personas, ya los bienes de los individuos, de los sujetos de derecho que de alguna forma deban intervenir en el proceso.
- b) Al operar de manera anticipada a la emisión de la sentencia de fondo, se definen como medidas coercitivas **cautelares o precautorias**, su razón de ser no estriba en sí mismas, sino que obedecen a otros fines: los del proceso. La finalidad de esta clase de medidas coercitivas anticipadas, no es otra sino la de proveer a la satisfacción de los intereses persecutorios de la Administración de Justicia, y con ello asegurar el imperio irrestricto de la ley. Según Clariá, *«cualquiera sea la medida, tratan de prevenir un futuro daño jurídico al asegurarse la adquisición de una prueba para el proceso, al evitarse que éste se detenga o al prevenir el cumplimiento de la posible condena»*⁴¹.
- c) Se trata de una medida **provisional**, una determinación de la autoridad competente que no se encuentra encaminada a perpetuar sus efectos a lo largo del tiempo, a pronunciar en definitiva o solemnemente las cuestiones planteadas en el procedimiento; sino que se trata de medidas que se conciben para tutelar una situación jurídica contingente y voluble, y que perfectamente pueden y deben cambiar conforme varíe la situación que las motiva. Estas providencias se conciben, pues, como “provisionales” en oposición a “definitivas”; y precisamente por ello resulta impropio que las mismas adquieran la significación de penas en el sentido sustancial de este último término, o sea, en el sentido que involucra la privación de la libertad o del derecho del individuo.
- d) Sin desmedro de lo que se acaba de decir sobre la provisionalidad de las medidas de coerción y en particular de la prisión preventiva, se trata de

⁴¹ Clariá Olmedo, Jorge A. (1964). *Tratado de Derecho Procesal Penal [Volumen V: La Actividad Procesal]*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, p. 202.

mecanismos que se conciben con cierta **estabilidad o “continuatividad” en el tiempo**, de mayor o menor duración. Precisamente en virtud de este carácter, la ley impone el estricto cumplimiento de una serie de condiciones y de requerimientos para habilitar su imposición; puesto que la aplicación de las mismas supone cierta permanencia, que se manifiesta en un estado de sujeción breve o prolongado de la persona o cosa afectada, en cuanto restringe la libertad de la primera, o la disponibilidad de la segunda.

Retomando las anteriores características, debe concluirse que la prisión preventiva no es una pena *stricto sensu*, ni puede catalogarse ni asimilarse a las características de una sanción, dado que la misma configura más bien un instituto cautelar. En este entendido, solo podemos referirnos al encarcelamiento preventivo como parte integrante de un contexto más amplio que necesariamente es el proceso penal como un todo, y he aquí que se la define con un **carácter accesorio**: no puede hablarse de prisión preventiva sin enmarcarlos dentro de un proceso como conjunto de actos y de decisiones encaminados a la resolución final de un litigio. Se trata de una medida de coerción ejecutada por el colectivo estatal, ciertamente la más gravosa al importar una restricción casi total al derecho constitucional de la libertad ambulatoria, una determinación forense que de esta forma afecta significativamente la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos a los que se les aplica. Esta coerción se aplica con miras a hacer efectiva la privación de libertad como castigo, la imposición de una reclusión como pena; y esta idea la explica Briceño Rodríguez:

«La característica fundamental de este tipo de medidas es su carácter cautelar, o sea, que se mantienen mientras persistan las condiciones que le dieron origen. A la vez, debe dictarse la medida menos gravosa, afectar lo menos posible al imputado y debe ser proporcional.»⁴²

⁴² Briceño Rodríguez, Ana Gabriela (2009). *Prisión preventiva: ¿excepción o regla en delitos sexuales? Estudio de las resoluciones que ordenan dicha medida cautelar en casos de delitos sexuales, en el Juzgado Penal de Pavas, 2002-2005*. [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 44.

El carácter cautelar de la prisión preventiva es estatuido por la aludida autora, como vemos, al rango de característica fundante del instituto; dicha consideración no deja de exhibir un gran acierto, tomando en cuenta que sin la pendencia del proceso, sin la duración patológica que supone en la mayor parte de los casos el *iter* procedimental, no tendrían sentido alguno ninguna de las discusiones sobre los presupuestos y las finalidades del encarcelamiento provisional. Asimismo, la razón de ser del instituto descansa en su relativa estabilidad en el tiempo; esto es, a pesar de la nota de instrumentalidad que se predica en torno a la prisión preventiva y a su vinculación necesaria a las exigencias propias del proceso pendiente, el encarcelamiento provisorio no deja de revestir una cierta permanencia, una duración más o menos prolongada en el tiempo, y esto es precisamente lo que distingue a la prisión preventiva frente a otras medidas coercitivas, como lo son por ejemplo la aprehensión de las personas (regulada en el artículo 235 CPP de Costa Rica) y la detención (prevista en el numeral 237 del mismo texto normativo). En efecto, según las mismas normas legales que se acaban de enunciar, la aprehensión de las personas únicamente procede con miras a intentar evitar la consumación o la persistencia de los efectos de un delito en desarrollo, o bien, para impedir el alejamiento del sujeto que se haya fugado de cualquier centro de detención e, inexorablemente, en estos supuestos la autoridad que haya apelado a dicha cautela, ha de poner al aprehendido a las órdenes del Ministerio Público con la mayor brevedad posible y nunca excediéndose del lapso de veinticuatro horas; en el mismo sentido, la medida administrativa de la detención por parte del Ministerio Público, solo se permite a este órgano a los fines de lograr una individualización de los imputados o de los testigos, o cuando sea necesaria la presencia del encartado y pueda estimarse razonablemente su autoría en algún hecho criminal, pero de la misma forma, se establece un límite legal insalvable de veinticuatro horas a la duración de la medida de detención, debiendo el fiscal solicitar al juez del procedimiento preparatorio, la orden de prisión preventiva en caso de que resulte indispensable privar de libertad al indiciado por un tiempo mayor.

El autor argentino Julio Maier nos advierte acerca de esta importante característica diferenciadora de la prisión preventiva, consistente en su extensión relativamente más amplia en el tiempo:

«La prisión preventiva -también llamada encarcelamiento preventivo- representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de libertad cautelar, caracterizada, en relación con los demás estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad. Ella es, precisamente por esa razón, la injerencia más grave en la libertad personal, y al mismo tiempo, la más evidente contradicción con el principio de inocencia que ampara al imputado (nulla poena sine iudicio).»⁴³

De momento, ya percibimos algunos de los mayores obstáculos y críticas que se le realizan a la figura de la prisión preventiva, pues su dictado parece transgredir frontalmente la regla de que a nadie se le hará sufrir ninguna clase de pena, si no ha sido demostrada su culpabilidad y sin el puntilloso seguimiento de un proceso, en el cual al investigado se le aseguren, de manera irrestricta, todas las oportunidades de formular las defensas que crea oportunas. En este orden de ideas, entonces, no resulta desacertada la afirmación doctrinaria de que el presidio preventivo representa la determinación más gravosa que pueda ser adoptada contra una persona por parte del poder estatal, en los modernos estados democráticos.

Sin lugar a dudas y al margen del acendrado debate que se ha generado sobre la eventual concordancia o contraste entre la figura de la prisión preventiva y la garantía constitucional de la presunción de inocencia, resulta incuestionable que el encarcelamiento provisional representa un quiebre de la regla de la libertad; constituye una restricción, derivada del ejercicio del monopolio del uso de la fuerza por parte del estado, ello afecta prácticamente la esencia de la garantía de la libertad ambulatoria, ineluctablemente, no solo incide de forma negativa sobre el derecho al libre tránsito de los sujetos a quienes se aplica, sino que confina todo un gran cúmulo de derechos humanos relacionados de manera íntima con el de la libertad personal. Por eso, en casi todas las latitudes, la doctrina y la jurisprudencia han abordado con sumo cuidado la temática del encarcelamiento preventivo, decantándose por la necesidad de contenerlo en sus justos límites y de acotarlo a través del empleo de los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, y respeto a la dignidad

⁴³ Maier, Julio B. J. (2011). *Derecho procesal penal. [Tomo III Parte General]*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., pp. 415-416.

humana. A pesar de ello, no han faltado tampoco, a lo largo de la Historia, las posturas que pretenden hacer de la prisión preventiva la regla y no la excepción, fundándola y justificándola para múltiples supuestos que no se corresponden a la naturaleza garantista del instituto. Entre otras, podemos explorar la definición de Leone sobre el particular:

«La prisión decretada antes de dictarse el auto de procesamiento tiene como fundamento la necesidad de asegurar la persona del imputado para el proceso, necesidad de asegurar la disponibilidad del imputado como fuente de prueba, necesidad de impedir que el imputado pueda influir sobre la genuina recepción de las pruebas, garantía del resultado del proceso, medio de instrucción, sanción procesal determinada por la intolerancia del imputado al peso del proceso, necesidad de defensa social proporcionada a la gravedad del delito y a la peligrosidad del imputado, prevención general, en el sentido de impedir que la víctima (o las personas allegadas a la víctima) de un grave delito pasen a actos de venganza, deber del imputado de ponerse a disposición de la colectividad para contribuir eficientemente a la actuación de la potestad de la justicia.»⁴⁴

Estas y otras apreciaciones del mismo talante, si cabida para la hesitación, nos trasladan a considerar que efectivamente los discursos políticos y jurídicos están sujetos a múltiples vaivenes y que, en el devenir histórico se suceden sin cesar periodos de respeto a los postulados garantistas, con periodos donde la tónica está marcada por el decaimiento del impulso pensante⁴⁵. Pues en efecto y a contrapelo de lo sostenido por Leone para el Derecho Penal clásico, nada tiene que ver la prisión preventiva con funciones de defensa social o con la prevención general de comisión de delitos, tampoco podría defenderse la tesis que aboga por la consideración del encarcelamiento preventivo como una sanción procesal al imputado y, muchísimo menos podría justificarse esta figura jurídica en la

⁴⁴ Leone, Giovanni (1961). *Tratado de Derecho Procesal Penal [Tomo II]*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ejea, p. 259.

⁴⁵ El jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni denomina con la expresión “caída del impulso pensante”, a aquel atávico fenómeno de expansión del punitivismo penal, que se presenta como parte de un combate frontal contra los postulados propios de un Derecho penal democrático. Al aludir a la caída del impulso pensante o la decadencia del pensamiento en el Derecho penal, pues, nos estamos refiriendo a todas aquellas corrientes ideológicas y filosóficas que han propugnado por un retorno hacia modelos superados de un Derecho criminal inquisitorial, colocando en entredicho y a veces criticando con un sarcástico acerbo las garantías derivadas del régimen de libertades. Al respecto, cf. Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, pp. 221ss.

pretendida necesidad de resguardar la tranquilidad del conglomerado social. Son todas estas, características completamente contrarias a los fines estrictamente procesales de la medida cautelar de la prisión preventiva; y, en todo caso, descansan en concepciones que analogan los propósitos de esta medida de coerción con los propios de la pena y se trasluce así un inconfesado pero incontestable autoritarismo por parte de los defensores de las ideas apuntadas.

B.1. RELACIÓN ENTRE PRISIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Ha sido recurrente en la doctrina la discusión sobre la eventual incompatibilidad entre la aplicación de la figura de la prisión preventiva, con los postulados derivados del principio de presunción de inocencia. Esto porque los efectos que produce la prisión preventiva, verdaderamente son muy similares a los desplegados por la pena como instituto del Derecho Penal sustantivo, pudiendo distinguirse si acaso en su naturaleza jurídica y en sus finalidades; dicho factor ha llevado adelante la idea de que la prisión preventiva, al observarse por un espectador externo como una auténtica pena, representaría un quiebre frontal al principio de que nadie ha de ser sometido a sanción sin que su culpabilidad sea demostrada en el decurso del proceso. A partir de la delineación de esta problemática, surgen respuestas que apuntan en direcciones diferenciadas, arguyéndose entre otras cosas, o bien que la presunción de inocencia es un principio carente de contenido, o bien que es el encarcelamiento provisional el que debería reducirse o inclusive eliminarse y, por último, también ha surgido una tesis conciliadora, que aboga por la compatibilidad entre ambas figuras, al relegar a la prisión preventiva al único fin de asegurar los resultados del proceso penal.

B.1.1. Críticas al principio de presunción de inocencia

a) La escuela del positivismo criminológico

La crítica a la presunción de inocencia, con base en la existencia del instituto del encarcelamiento provisional, se ha articulado en muy distintos flancos y, en este sentido, los primeros y más importantes reparos que se le han realizado a la misma provienen de la **escuela del positivismo criminológico**, cuyos máximos exponentes son Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Raffaele Garofalo⁴⁶. Los representantes de la Escuela Positiva hacen aparecer un conjunto de consideraciones a la base de las cuales se encuentra un gran recelo y una profunda desconfianza en los principios del Derecho Penal clásico, pues estiman que con ellos y con su afán protector del “delincuente”, se coloca en un peligro concreto la defensa y el sostenimiento del andamiaje social. Para las distintas vertientes del positivismo, la “defensa de la comunidad” resulta indispensable, pues ante todo se percibe a los destinatarios de la norma penal como sujetos altamente peligrosos, amenazas contra la paz y contra el orden del estado, enemigos contra los cuales debe lucharse por todos los medios al alcance del poder institucionalizado⁴⁷.

Los cuestionamientos contra la presunción de inocencia que se esbozan desde el positivismo criminológico, escuela ideológica que se ubica ya en los umbrales de la expansión del fascismo, dan inicio primordialmente con la obra de Raffaele Garofalo, datada hacia las postrimerías del siglo XIX. Este autor italiano desarrolla la idea de que el imputado no debería ser considerado ni inocente ni culpable, simplemente se trataría de un

⁴⁶ Sobre las críticas y cuestionamientos realizados al principio de la presunción de inocencia por parte de la Escuela Positivista italiana, son sumamente ilustrativas y paradigmáticas, las apreciaciones que realizan autores como Llobet Rodríguez; cf. Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3° ed. San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 69ss, y García-Pablos de Molina; cf. García-Pablos de Molina, Antonio (1988). *Manual de Criminología*. Madrid, España, pp. 239ss.

⁴⁷ No en vano, autores paradigmáticos del positivismo, como el italiano Cesare Lombroso, acuerpan la idea de una antropología criminal pretendidamente auxiliada por las ramas científicas de la medicina y de la fisiología humanas; y según la cual el fenómeno de la delincuencia es en definitiva una cuestión biológica y determinista, pues solo son criminales quienes nacen tales, y a quienes puede reconocerse por una serie de rasgos fenotípicos particularizados. Sobre el particular, cf. Hassemer, Winfried; Muñoz Conde, Francisco (2001). *Introducción a la Criminología*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, pp. 45-63.

sujeto al cual se le endilga un hecho delictivo, y en este entender, considerarlo previamente como un inocente representaría adelantar criterio y enervar una pronta y necesaria acción procesal del Estado, de manera que se lesionarían los intereses de la justicia. De la misma forma, Garofalo incluso apela a la abierta ridiculización de los teóricos que esbozan la necesidad de la limitación del dictado de la prisión preventiva, como vemos:

«La prisión que precede a la sentencia definitiva se juzga como una medida muchas veces injusta, y de la cual no debería hacerse uso sino en los casos más graves, cuando podría suponerse que el procesado habría de huir. Estas cosas las dicen y las repiten los profesores que no tienen experiencia alguna en los procesos penales; llegando a convertirse casi en lugares comunes, la prensa se apodera de ellas, y el mejor día las vemos traducidas en artículos de ley, redactados de prisa por personas que no tienen competencia alguna, o que, por efecto de su profesión, tienen intereses opuestos a los de la represión severa de los actos delictuosos.»⁴⁸

Siguiendo estos planteamientos, el indicado autor llega a ampliar significativamente el catálogo de los supuestos que ameritarían la emisión de esta medida cautelar, para hacer abarcar dentro de la figura, no solo causales de orden eminentemente procesal, sino también otras, a cuya base se encuentran consideraciones preventivo-generales o preventivo-especiales, de manera que con Garofalo el instituto del encarcelamiento preventivo pasa a desempeñar funciones sustantivas propias de la pena. Así, se mencionan como circunstancias que habilitan el dictado de esta cautela:

- 1) Cuando exista peligro de que el imputado pueda ser condenado a descontar una alta pena de cárcel, siendo que para evitar el ingreso en prisión el acusado se sustraiga voluntariamente del ejercicio de la acción estatal fugándose u ocultándose,
- 2) Cuando el delito que se achaca involucre lesiones o golpes que den pie al surgimiento de una enfermedad, y mientras el ofendido no haya sanado,
- 3) Cuando pueda estimarse que la persona ofendida por el delito pueda o quiera tomar una venganza sangrienta contra el acriminado,

⁴⁸ Garofalo, Raffaello (s.f.). *La criminología* [Traducción de Dorado Montero]. 2º ed. Madrid, España, pp. 452-453; citado por Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3º ed. San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 73-75.

- 4) Cuando se trate de reincidentes, de delincuentes habituales, de gentes sin estimación, sin domicilio fijo y que no ejerzan oficio honrado alguno,
- 5) Cuando se esté ante el juzgamiento de ladrones o de estafadores sorprendidos en flagrante delito, y
- 6) En todos aquellos casos en que pueda razonablemente presumirse que el imputado acudirá a las amenazas o a las vías de hecho contra las víctimas; o que podrá distorsionar las declaraciones testimoniales o la demás prueba que deba recibirse.

En idéntico carácter, Garofalo llega a cuestionar con remarcado énfasis, las distintas implicaciones que se derivan a raíz de un general reconocimiento del principio de la presunción de inocencia, manifestando por ejemplo que esta garantía normalmente conduce al absurdo jurídico de que después de definida solemnemente la culpabilidad de un imputado, a este se le deja en libertad provisional durante toda la fase de apelaciones y durante el proceso a seguirse ante las instancias superiores, facilitándosele al mismo la fuga y vulnerando con ello la tranquilidad de los ofendidos⁴⁹. Al respecto, es sumamente ilustrativo el comentario que se enuncia por parte de este teórico, quien con una no reducida dosis de mordacidad arguye que «(...) *la libertad condicional faculta al inculpado para someterse a la pena a que se le haya condenado o para sustraerse a ella; pues en nuestro tiempo se puede viajar libremente por todo el mundo, siendo poco menos que inútiles los pasaportes*»⁵⁰.

Otro nivel de críticas en torno a la presunción de inocencia se puede vislumbrar también en la obra del italiano Enrico Ferri, connotado exponente del positivismo criminológico de fines de siglo XIX e inicios del XX. Ferri no cuestiona las implicaciones básicas de este principio del Derecho Penal clásico, incluso manifiesta que la misma «*tiene seguramente un fondo de verdad y hasta es obligatoria, cuando se trata del periodo preparatorio del*

⁴⁹ Garofalo, Raffaello (s.f.). *Op. ult. cit*, pp. 455-456; citado por Llobet Rodríguez, Javier (2010). 3° ed. *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 77.

⁵⁰ Garofalo, Raffaello (s.f.). *Op. ult. cit*, pp. 459; citado por Llobet Rodríguez, Javier (2010). 3° ed. *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 78.

juicio»⁵¹, con lo que se advierte que su postura no es refractaria en principio hacia las principales implicaciones de este postulado; no obstante, es abiertamente contrario a la idea de extender dicho principio para la generalidad de la ciudadanía, calificando como desprovista de fuerza lógica o jurídica la presunción de inocencia cuando la misma pretenda predicarse de sujetos que son delincuentes habituales, de personas que hacen del delito un mecanismo evolutivo de su propia vida, o en cualquiera de los supuestos de reincidencia, de profesionalidad, o en aquellas situaciones que muestren al procesado como un criminal nato o loco.

Para Ferri resultaba bastante extraño y contrario a la lógica más elemental, el que pudiera hablarse de una presunción de inocencia cuando el examen preliminar del procedimiento demostraba precisamente la conclusión opuesta: estos eran los casos, por ejemplo, del procesado detenido *in fraganti* en el momento del delito, del sujeto condenado previamente a cumplir pena contra el que se apertura un nuevo juzgamiento, de los sujetos expuestos a un trastorno o disfunción de sus facultades cognoscitivas o volitivas. De la misma forma, Ferri irá puliendo su teoría sobre este principio, adscribiendo a lo que se conoce en Alemania como el **concepto psicológico de la presunción de inocencia**; para él, deviene abstruso pronunciarse sobre una presunción de inocencia cuando el examen de la psique y de las condiciones y peculiaridades subjetivas del autor indiquen de manera probable, más bien una presunción de culpabilidad, cuando no una práctica certeza sobre la misma. Así, se pasa a insistir en la idea de que la presunción de inocencia debe ceder gradualmente conforme avanza el proceso seguido contra el imputado; se sostiene que no es la misma seguridad sobre la culpabilidad del encausado la que existe en las etapas iniciales del procedimiento, que la que se obtiene con el auto de procesamiento, y mucho menos la que pueda verificarse al momento de la emisión de la sentencia final, instante en que para Ferri la presunción de inocencia prácticamente tiende a desaparecer.

⁵¹ Ferri, Enrico (1908). *Sociología criminal [Tomo II]*. Madrid, España, p. 194.

En última instancia, tal como ha pronunciado con acierto la doctrina nacional⁵², Enrico Ferri con su relativización de la presunción de inocencia, no propone otra cosa sino la negación radical de este postulado para ciertos sujetos que no comparten su ideario de “ciudadano honorable”. Para los colectivos que no encajan dentro de sus patrones, lo que se verifica es todo lo contrario, sea una presunción de culpabilidad y} en tal carácter, resulta verdaderamente difícil distinguir las ideas de Garofalo de las que patrocina su coterráneo. A estos notables comentarios que efectúa el profesor Llobet Rodríguez, podemos agregar el apunte de que las ideas de Ferri en cuanto exponente de la *Scuola Positiva*, concuerdan en un todo con las modernas teorías del Derecho Penal del Enemigo, favorecidas desde ciertos ámbitos de la doctrina alemana. En efecto y, a pesar del tono pretendidamente descriptivo con que Günther Jakobs construye sus apreciaciones teóricas, el mismo llega a proponer una bifurcación de sistemas normativos: por un lado, existe el clásico Derecho Penal de los ciudadanos, el que aplica todo el cúmulo de garantías propias de la tradición liberal y exige su aplicación irrestricta para todo caso concreto y, en contrapartida, surge un Derecho penal y procesal mucho más restrictivo, en el cual el conjunto las garantías clásicas resulta sumamente relativizado, siendo más importantes los intereses de la sociedad a mantenerse protegida y a sentirse segura, incluso si para lograr esto último es necesario colocar en entredicho las normas constitucionales⁵³. Salta a la esfera de lo normativo la distinción entre los amigos y los enemigos del estado: aquellos son catalogados como ciudadanos y en cuanto tales merecen el reconocimiento de todos sus derechos; los últimos, que se identifican con los asesinos, los terroristas, los colectivos vinculados a la mafia y al

⁵² Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3º ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 79-80.

⁵³ Para comprender de una manera más directa el pensamiento esbozado por Jakobs, conviene reparar en algunos extractos de su obra, en donde parece articular un lenguaje discursivo más prescriptivo que afirmativo o informativo: «Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos.» Cf. Cancio Meliá, Manuel; Jakobs, Günther (2003). *Derecho Penal del enemigo*. Madrid, España: Civitas, pp. 47-48.

narcotráfico, deben ser más bien extirpados del engranaje colectivo y sus derechos son seriamente puestos en duda.

Esta radical distinción entre amigos y enemigos del sistema, como hemos podido apreciar, es adoptada y prolijada implícitamente por los representantes de la Escuela Positiva italiana. Tanto la antropología criminal de Lombroso, como las tesis de negación y de relativización de la presunción de inocencia que exhiben Garofalo y Ferri; descansan en la más básica concepción según la cual no todos los miembros de la colectividad son iguales ni tienen los mismos derechos: existen diferencias abismales entre los transgresores de la norma y las personas honradas, para aquellos es un desatino garrafal hablar de que los ampara la presunción de inocencia y otras garantías por el estilo que sí aplican para los últimos.

b) El fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán

Por todo lo anterior, no resulta para nada extraño el hecho de que las ideas de Ferri y de Garofalo hayan sido recibidas con gran entusiasmo y fruición, precisamente por los más autoritarios y opresivos regímenes políticos de todo el siglo XX, como lo fueron la **Italia fascista** (1922-1945 d.C.) y la **Alemania nazi** (1933-1945 d.C.). Las ideas de defensa social y de necesidad de protección del Estado, frente al accionar de ciertos colectivos infravalorados, privilegiadas por estos gobiernos totalitarios; encajaron de manera perfecta con las posturas ideológicas que sobre nuestro tópico se sostuvieron por parte de la Escuela Positiva italiana, pues desde ambos flancos se relegaba al ser humano al papel de un mero componente del entramado social, que debía ser eliminado o neutralizado si era inútil o lesivo para el cumplimiento de los diversos fines estatales.

Solo a manera de ejemplo, podemos citar en este momento el tinte ya impregnado de alguna forma por el autoritarismo, apreciable en el Código Procesal Penal italiano de 1931, llamado el Código Rocco. Esta codificación procesal, redactada casi fundamentalmente por el tratadista Vincenzo Manzini y en la que el ministro Alfredo Rocco también tuvo una participación activa, sienta algunos principios y consideraciones contrarios a la tradición

del Derecho Penal clásico, como se admite expresamente en el propio texto de la exposición de motivos del proyecto:

«[La presunción de inocencia] es una extravagancia derivada de los viejos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución Francesa, por los que se llevan a los más exagerados e incoherentes excesos las garantías individuales. Sagrado e inviolable es sin duda el derecho de defensa, cierto e inconcuso es el principio de que el imputado no puede ser considerado culpable antes de la sentencia irrevocable de condena, pero, que se le deba considerar inocente mientras se procede contra él como inculpado del delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido lógico y jurídico, que no se la puede admitir ni aun siquiera como manera de expresarse. Mientras hay un proceso en curso no hay ni un culpable ni un inocente, sino sólo un indiciado: sólo en el momento en que recae la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o es inocente.»⁵⁴

Por otra parte, la crítica a la presunción de inocencia también arreció con una gran fuerza dentro del ámbito del nacionalsocialismo, lo que se vio fuertemente favorecido por la naturaleza poco democrática del régimen alemán. En este sentido, los fundamentos ideológicos de la arremetida contra el principio de inocencia encontraron terreno fértil en las proclamas propias del nazismo, referentes a la superioridad del Estado frente al individuo; la necesidad de la sociedad de protegerse y de luchar contra sus enemigos, contra elementos subversivos e indeseables, así como en la desmedida militarización de todo el aparato gubernativo. En el nacionalsocialismo se daba una trasposición de las concepciones terminológicas y jurídicas tradicionales, así el mismo concepto de delincuencia variaba para incluir dentro de sí la persecución política, la asechanza contra determinados colectivos por el único dato de su pertenencia o identificación racial, étnica o religiosa, y otros fenómenos por el estilo.

Es de recalcar como dato interesante, que a pesar de que en la Alemania nazi (1933-1945) se llegaron a esbozar sendos proyectos para la redacción de un nuevo Código Penal (en 1936) y un nuevo Código Procesal Penal (en 1939), estas iniciativas nunca se tradujeron

⁵⁴ Manzini, Vincenzo (1954). *Tratado de Derecho Procesal Penal. [Tomo I]*. Buenos Aires, Argentina: p. 255. Traducción del texto original en italiano del profesor Alfredo Rocco (1930), *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*.

formalmente en legislación; lo cual no implicó que los postulados autoritarios y restrictivos del programa nacionalsocialista dejaran de aplicarse. Las críticas a los principios propios de un Derecho Penal liberal eran insistentes y no menguaron de ninguna manera, en tanto pervivió el régimen; además, proliferaron los decretos ejecutivos con carácter y fuerza de leyes, los cuales hicieron, en muchas ocasiones, que las garantías consagradas en los textos legales quedasen simplemente en el papel. En otras ocasiones, se acudía con naturalidad y sin ningún inconveniente a las vías de hecho, a las detenciones ilegales y arbitrarias de personas e incluso a ejecuciones sumarísimas, como era frecuente en los tiempos de la guerra y sobre todo en el entorno castrense. En todo caso, poco a poco fue generalizándose la idea de que las simples proclamas del Führer, del líder de la nación, o bien las de sus ministros, tenían más fuerza y valor normativo que cualquier ley formalmente promulgada por el Parlamento⁵⁵.

La concepción nacionalsocialista sobre la preeminencia de los derechos de la comunidad frente a los del individuo, hacía que en la práctica se criticasen fuertemente principios como el de la presunción de inocencia. Sostener que en beneficio del encartado aplicaba una presunción de inocencia, con absoluta independencia de todos los indicios y de las características personales que permitían predicar con relativa certeza la comisión de hechos

⁵⁵ En torno al paulatino y progresivo fenómeno de la descomposición de los principios fundantes del estado de Derecho en la Alemania del nacionalsocialismo, es ilustrativo y esclarecedor el comentario crítico del profesor Llobet Rodríguez: «Característica del método jurídico del nacionalsocialismo es la utilización de cláusulas generales, tales como el espíritu nacionalsocialista y el sano sentimiento del pueblo, que podían imponerse en el caso concreto aun en contra de lo dispuesto en la legislación vigente, lo que permitía la aplicación discriminatoria de la ley en contra de los judíos, por ejemplo en materia de inquilinato. El método propuesto por la doctrina nacionalsocialista era dual. El Derecho que había entrado en vigencia antes de la llegada al poder del nacionalsocialismo podía ser desaplicado para el caso concreto con base en las cláusulas generales. Por su parte el Derecho promulgado durante el nacionalsocialismo no podía ser cuestionado por el juzgador, sino debía ser aplicado sin discusiones. Dentro del método jurídico del nacionalsocialismo es importante mencionar la variedad de fuentes jurídicas contrarias a los principios más elementales de un Estado de Derecho. Por ejemplo se reconocía que el programa del Partido Nacionalsocialista era fuente del Derecho. Dentro de las fuentes un rango superior tenía la voluntad del Führer, la que podía ser expresada incluso a través de discursos. El carácter arbitrario llegaba al extremo que órdenes de Hitler y la dirigencia nacionalsocialista dadas en forma privada se ejecutaban sin cuestionamientos aun en contra del derecho publicado, ejemplo de lo cual fue tanto la práctica de la eutanasia como el exterminio de los judíos, gitanos y otros grupos. No debe olvidarse que el sistema nacionalsocialista por un lado, se manifiesta como un Estado de normas cada vez más arbitrarias, pero, por otro lado, era un Estado policial de hecho, ante el cual no podía presentarse reclamo alguno. Cada vez esta faceta del Estado nacionalsocialista fue absorbiendo más a la del Estado de normas.» Cf. Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 86-87.

delictivos de su parte; representaba una grave lesión hacia los intereses de la comunidad. Tolerar una libertad caucionada para un sujeto que no se ajustaba a los patrones de acción privilegiados por el gobierno nazi, representaba exponer al entramado social a graves amenazas de disolución, a las perniciosas conductas de sus miembros hostiles. Los acerbos cuestionamientos contra los principios procesales penales clásicos, esbozados desde la doctrina alemana del periodo de entreguerras, solo pueden entenderse a partir de una visión de conjunto del carácter antiliberal de la nueva ideología. Esta no hizo más que reproducir y catalizar un conjunto de motivaciones, de frustraciones y de anhelos de múltiples ideólogos germanos, quienes ya desde las postrimerías del siglo XVIII y los albores del XIX, abogaron por una concepción jerarquizada y organicista de la sociedad, así como por la superioridad racial y política de la nación alemana. Se hacía creer a las masas que los intereses de la nación y del Estado no podían ser objeto de discusión, e inclusive se despreciaban explícitamente los postulados de libertad, de soberanía popular y de universalismo nacidos con la Ilustración, so pretexto de que los mismos estaban destinados a minar el inevitable tránsito de la nación alemana hacia el progreso. El autor Gilbert Badia se pronuncia al respecto, enfatizando los poco ortodoxos antecedentes del nacionalsocialismo:

*«El que el nazismo sea algo más que una reacción ante la derrota alemana de la Primera Guerra Mundial sólo resulta explicable por la persistencia de una poderosa tradición antiliberal -quizá la tradición alemana predominante- en el s. XIX y comienzos del XX: Hegel, Adam, Müller, Paul de Legarde, Julius Langbehn, Heinrich von Treitschke y Moeller van den Bruck no son sino algunas de las más importantes figuras en el desarrollo de una filosofía social que opusieron los conceptos de poder, autoritarismo, nacionalismo, racismo e imperialismo a las ideas de derecho natural, libertad, universalismo, igualdad y paz. **Los románticos alemanes, en su Teoría del Estado, propusieron una concepción organicista basada en la sangre y la comunidad, en la cual el individuo ocupaba un papel relativamente secundario y rechazaron la teoría liberal occidental del Estado basada en el contrato social,** en la cual los derechos naturales del individuo tenían preeminencia sobre el Estado. El pensamiento conservador*

alemán no se limitaba a disentir de la tradición occidental en algún punto concreto, sino que la rechazaba, en cuanto humanista y racional, en su conjunto.»⁵⁶

El proceso penal alemán, del mismo modo, era concebido también como una forma de que el “compatriota”, de que el miembro de la comunidad sobre el que recaía alguna sospecha, pudiese limpiar el honor propio⁵⁷. No aplicaba entonces el principio de presunción de inocencia en todos sus extremos y hasta sus últimas consecuencias, pues se concebía que si el Magistrado determinaba la apertura del proceso o del juicio contra el ciudadano, existía al menos un grado de sospecha razonable como para colocar en entredicho su inocencia y solo si el imputado resultaba absuelto, lograba limpiar su honor y reivindicarse frente a la comunidad. Asimismo, la doctrina del nacionalsocialismo acogió la diferenciación que se realizara por obra de Carl Schmitt, uno de sus más grandes ideólogos: debía distinguirse a los encartados que se ubicaban dentro del rango de “compatriotas”, “amigos” y “miembros de la comunidad jurídica”; frente a aquellos que externaban una condición de “enemigos del orden jurídico” y de “extraños”, aplicando regulaciones normativas completamente distintas para estos dos grandes grupos. Ahora bien, aunque estas regulaciones no deberían traslucir al ámbito del Derecho Procesal Penal en razón de la vaguedad e indeterminación de estos conceptos, así como debido a la dificultad de plasmarlos en una regulación legal; Schmitt reconocía que la Policía sí podía utilizar estas clasificaciones de manera irrestricta para controlar y contener a los elementos subversivos, a los enemigos del orden jurídico⁵⁸.

Aunque se mantuvo la vigencia formal de la regla de la presunción de inocencia en las codificaciones de la Alemania nazi, la generalización y la extensión de las prerrogativas policiales -que se concibieron como correctivo al ejercicio clásico de la función jurisdiccional- representó la completa desnaturalización de este principio, como lo afirma de forma magistral el profesor Llobet: «*Con ellas* [las atribuciones policiales] *se autorizaba*

⁵⁶ Badía, Gilbert. (1971). *Introducción a la ideología nacionalsocialista*. Madrid, España: Espasa Calve, p. 72. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

⁵⁷ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 92.

⁵⁸ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *Op. Cit.*, p. 92.

la detención, sin orden de juez y sin posibilidad de reclamo judicial, de contrarios políticos, delincuentes con antecedentes penales, peligrosos para la comunidad y los llamados asociales (custodia protectora: Schutzhaft), lo que significaba en efectos la exclusión de la Administración de Justicia.»⁵⁹

c) El franquismo español

En términos muy similares procedió la dictadura del general Francisco Franco en España (1939-1975 d.C.), que introdujo una serie de disposiciones penales y procesales penales de corte autoritario, emparentadas con aquellas que se aplicaron en la Alemania Nazi y la Italia fascista. Aunque se mantuvo formalmente la vigencia del Código Penal republicano de 1932 durante las primeras etapas de la dictadura, así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882; el **franquismo español** se dio a la tarea de visualizar enemigos y elementos hostiles por doquier, a quienes se criminalizaba, se les acusaba de querer subvertir el orden del estado, y finalmente se los penalizaba de una manera intransigente. Para estos efectos, resultaba indeclinable el recurso al aparato represivo del estado y en el logro de este objetivo, devino de una inusitada importancia un pertinaz paquete de nuevas leyes y otras medidas administrativas; así, por ejemplo, se promulgaron la Ley de Represión contra la Masonería y el Comunismo, del 01 de marzo de 1940; la Ley de Responsabilidades Políticas, del 09 de febrero de 1939; las normas depuradoras de funcionarios y trabajadores “subversivos” en las administraciones públicas, entre otras. La única diferencia, en relación con los regímenes totalitarios que se instauraron en la Alemania y la Italia del periodo de entreguerras, resultó que en España los aliados admitieron una “concesión especial” al sistema, por la cual permitieron la pervivencia de la figura del Generalísimo y su gobierno de tintes autárquicos, nacionalistas e implacables⁶⁰.

⁵⁹ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *Op. Cit.*, pp. 94-95.

⁶⁰ Así lo expresa con longanimidad el autor Muñoz Conde en una ponencia dictada en Alemania: «*La transformación jurídica de la Dictadura en un Estado de Derecho comenzó en España con la muerte del Dictador Francisco Franco Bahamonde el 20 de noviembre de 1975, y no como en otros países europeos que tuvieron dictaduras de cuño político e ideológico parecido, como Alemania e Italia, tras la terminación de la Segunda Guerra Mundial, la derrota de sus respectivos regímenes en 1945 y la muerte violenta de sus principales dirigentes, Adolph Hitler y Benito Mussolini. Pero treinta años más tarde, tras una transformación política y jurídica, más o menos lenta, España es ahora, igual que Alemania e Italia, e igual que los países de*

Las pretensiones inconfesadas en este proceder del franquismo no eran otras que las de perpetuar la construcción de una realidad social autoritaria, a través de todo un meticuloso y organizado conjunto de universos simbólicos diseñados expresamente para este fin⁶¹.

El franquismo también se adhirió en buena medida al proceso de desformalización del Derecho que tuvo su punto culminante en el ordenamiento jurídico de la Alemania nazi, prueba de ello es que, en la España de Franco, el papel de la jurisdicción ordinaria fue avocado y sustituido por los tribunales castrenses en un grado superlativo, al menos en lo que respecta al juzgamiento de los delitos y otras faltas criminales. Esta militarización del aparato de administración de justicia significó un duro golpe para el régimen de libertades públicas, ya que en ocasiones se aplicaban penas con base en simples bandos o proclamas de batallón y sin ninguna sujeción al texto de la ley. Las ejecuciones extrajudiciales e incluso la aplicación de la tortura estuvieron a la orden del día. Para el historiador Juan Antonio Alejandre, el proceso de desmantelamiento del estado de derecho se articuló en los siguientes flancos:

«Hasta tal extremo recibió impulso la jurisdicción castrense, que ha podido hablarse con propiedad de la casi total absorción de la jurisdicción ordinaria por los tribunales militares, proceso que se llevó a cabo sin necesidad de recurrir a grandes innovaciones legislativas, ya que, aparte de la suspensión —no supresión— del jurado, bastó con utilizar con el más amplio arbitrio el recurso que ya anteriormente tenía la autoridad militar, de poder tipificar delitos a través de simples bandos, así como la atracción de competencias (...) Procedimentalmente, la reorganización de la justicia penal nacionalista se centró en la abreviación de plazos, lo que acentuó el carácter sumarísimo consustancial a la jurisdicción

*la Europa del Este dominados por dictaduras comunistas hasta comienzos de los años 90 del pasado siglo, un Estado social y democrático de Derecho, tal como se define en el art. 1 de la Constitución de 1978.» Cf. Muñoz-Conde, Francisco (2008). *La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho*, en *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*. Sevilla, España. Ponencia dictada en el marco del Congreso Internacional Humboldt Kolleg, Universidad Pablo de Olavide, p. 1.*

⁶¹ Sobre los universos simbólicos como mecanismos constructores y estabilizadores de una realidad social determinada, cf. la obra de Berger, Peter; Luckman, Thomas (1972). *La construcción social de la realidad*. 2° ed. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu Editores, p. 76.

militar. Institucionalmente, las transformaciones afectaron a la creación de los consejos de guerra permanentes y del Alto Tribunal de Justicia Militar.»⁶²

Como no podía ser de otra forma, las reglas que definían cuándo, cómo y por cuánto tiempo aplicar el presidio preventivo, fueron desechadas o desoídas deliberadamente, pues la llamada “causa nacional” y la lucha contra el comunismo y la anarquía constituían imperativos categóricos durante esta época. Patrocinar o coadyuvar de cualquier forma con la causa republicana era considerado un delito grave, se penalizaba también la deslealtad o la crítica contra la Iglesia Católica, así como la organización de movimientos sociales o políticos contrarios a la ideología oficial. En este contexto, el régimen franquista consideraba que el acatamiento de las garantías fundamentales del procesado no era más que una futilidad y un escollo insalvable y, en consecuencia, con asiduidad la presunción de inocencia no era más que un principio olvidado por todos, desdeñado abiertamente y vigente solo en la letra muerta de la ley⁶³. Además, como la organización jurisdiccional encomendaba el juzgamiento de los “delitos graves” a los tribunales militares; era prácticamente nula la posibilidad de asegurar el pulcro respeto, por parte de los órganos públicos, hacia la ley y las otras normas emanadas por la autoridad del estado⁶⁴. La prisión

⁶² Alejandre, Juan Antonio (1986). *La justicia penal durante la Guerra Civil*, en *Revista de Historia*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid, N° 16, 1986. Extraído de la siguiente dirección electrónica: <http://www.almendron.com/artehistoria/historia-de-espana/edad-contemporanea/la-justicia-penal-durante-la-guerra-civil/>. Consultado el día 24 de abril de 2013.

⁶³ Solo a manera de muestra ínfima de los abultados datos de los crímenes y los vejámenes a los DD.HH. durante el franquismo -especialmente en materia de prisión preventiva-, repárese en el siguiente extracto de un historiador español, para la región de Murcia: «*Señalar por último que no todos los encarcelados eran procesados. Muchos de ellos permanecían meses e incluso años en las cárceles o campos de concentración sin acusación formal, o su expediente era sobreyendo después de estar varios años en la cárcel. El caso de José Benedicto Molina de Alhama, es un ejemplo manifiesto de este fenómeno. José Benedicto permaneció casi tres años, en la prisión de Totana, no siendo nunca acusado de ningún tipo de delito. Simplemente pertenecía a la UGT y a las JSU y fue movilizado para prestar servicio en el Ejército Republicano. Como dice textualmente el documento: “(...) en el procedimiento sumarísimo de urgencia n° 4937, se dictó resolución por el Imo. Sr. Auditor, sobreyendo provisionalmente dicho sumario respecto a José Benedicto Molina, quedando en libertad definitiva (...)”*». Cf. Martínez Ovejero, Antonio (2012). *La represión franquista en la Región de Murcia (1936-1948)*. Tres Cantos, Madrid, España. Primer Congreso de víctimas del franquismo, p. 7.

⁶⁴ Autoridad del estado que se concentraba, de modo dictatorial, omnímodo y cuasi-monárquico, en la figura de quien se hizo llamar “El Excelentísimo Señor Don Francisco Franco Bahamonde, Jefe del Estado, Generalísimo de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, y caudillo de España por la gracia de Dios”.

preventiva se convirtió en la regla y no en la excepción, sin que ninguna instancia gubernamental pudiera controlar estas tropelías.

B.1.2. Críticas a la prisión preventiva

Ante la aparente contradicción que se aprecia entre la garantía de la presunción de inocencia y la facultad para aplicar la prisión provisional, otras tesis y otros autores - principalmente teóricos y tratadistas de la segunda mitad del siglo XX- se decantan por señalar la radical inadmisibilidad de esta última medida. Se llega a sostener que el encerramiento del imputado durante el proceso atenta frontalmente contra el imperio de la libertad, regla *sine qua non* de un estado, que se llame democrático, y también contra el principio iusfilosófico de que solo puede imponerse pena o sanción de cualquier especie, previa realización de un juicio donde se defina solemnemente la culpabilidad de un acusado.

En este orden de ideas, es ilustrativo el parecer que nos viene expuesto por el argentino Gustavo Vitale, para quien la prisión (entiéndase como medida preventiva dentro del proceso o como sanción autónoma) es siempre y en todo caso una pena, erigiéndose en nuestros tiempos como la medida más gravosa que pueda ser dictaminada contra una persona por las instancias del poder público. Vitale formula que:

«Si bien la pena de cárcel sólo importa, en teoría, la pérdida de la libertad ambulatoria -de ir de un lugar a otro de la ciudad, del país o del mundo- y no la pérdida de otros derechos - como el de trabajar, estudiar o formar parte de un grupo familiar, entre muchos otros-, en la práctica resulta sumamente peligrosa para la salud, la integridad física y psíquica, y hasta para la vida del recluso. Los presos, en general, salen de la cárcel bastante peor de lo que ingresaron. Han perdido su trabajo y la posibilidad de mantenerse a sí mismos y a sus familias; han sido estigmatizados y señalados como —delincuentes— por una buena parte de la comunidad en la que viven; han roto sus vínculos familiares y, sobre todo, con sus parejas e hijos; han perdido las relaciones sociales con amigos o allegados; han internalizado normas propias de la vida carcelaria, las que en nada se parecen a las de la vida libre; han soportado inimaginables humillaciones, tanto por parte de los guardias de la prisión como

de sus propios compañeros de celda; han sido víctimas, en general, de violencia psíquica y física cotidiana; han debido ingerir comida muchas veces apestosa; en diversas ocasiones han debido tolerar sufrimientos enormes hasta obtener asistencia médica o directamente por no recibirla; es común que se vean envueltos en motines carcelarios en relación con los cuales poco podían hacer para mantenerse al margen, involucrándose, a veces, en nuevas causas penales en su contra que prolongan el tiempo de la prisión; han tenido que solidarizarse con reclamos de sus compañeros de pabellón, aunque más no sea para no recibir represalias por parte de ellos, perdiendo por esa razón —cauducta” y —ccepto” y, de ese modo, lo que muchos llaman —bneficios” carcelarios -que son, en verdad, derechos de todo recluso- (...) Si han fracasado los intentos de elaboración de las denominadas —teorías de la pena” -al menos en lo relativo a la pretensión de legitimar la pena de prisión-, debido a la dificultad de racionalizar una respuesta estatal tan irracional como la cárcel, más claramente destinadas al fracaso están todas las pretensiones teóricas de justificar su utilización para las personas que no han sido condenadas en un juicio penal. Es que el encierro en una institución carcelaria obtenido por la fuerza, como se dijo al comienzo, tiene siempre naturaleza de pena.»⁶⁵

La consecuencia de todo el prolijo análisis que efectúa el profesor Vitale, viene a desembocar en el cuestionamiento total a la prisión preventiva, sobre la que se dice que no tiene base constitucional, que no persigue ningún fin digno de tutela en el estado de derecho y que no puede ser dictada, bajo ningún supuesto por el carácter abiertamente restrictivo de sus consecuencias. Incluso, este autor llega a comparar la relativamente incipiente lucha contra la prisión preventiva, con los esfuerzos que otrora se dieron contra la esclavitud y las penas corporales, las cuales en su momento fueron aceptadas por la generalidad del colectivo social, como un mandato inmutable justificado por una especie de Derecho Natural.

En un marco de apreciaciones bastante similar, el maestro italiano Luigi Ferrajoli sostuvo que no solo el abuso, sino ya el mismo uso del encarcelamiento provisional es contrario a la regla de la presunción de inocencia y atenta sin ningún derecho contra todas las garantías penales y procedimentales; pues por su conducto, se estaría tratando al imputado como un “presunto culpable”. Ferrajoli emprende una auténtica cruzada ideológica, en su magistral

⁶⁵ Vitale, Gustavo L. (2007). *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Hammurabi, pp. 57-59. Lo subrayado no pertenece al original.

obra Derecho y Razón, no solo contra las causales de prisión preventiva propias del derecho sustantivo (apaciguamiento de la alarma social, prevención del delito, evitación de la reincidencia, defensa de la sociedad); sino que también ataca las propias causales de fuga y de obstaculización, que representan cautelas de orden procesal, arguyendo, por ejemplo, que la propia prisión preventiva es uno de los factores que amenazan con más intensidad la probable huida del acusado. Para conjurar estos peligros, se aduce que la escapatoria del imputado nunca será definitiva, menos en una sociedad tan informatizada y comunicada como la nuestra. Sobre esto, se llega a predicar la aplicación de la prisión preventiva, como un acto injusto y sumamente perjudicial para la consecución de los propios fines estatales: *«La prisión durante el proceso —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 el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso.»*⁶⁶

B.1.3. Posiciones conciliatorias

Frente a las críticas que se formulan, ora contra el principio de la presunción de inocencia, ora en sí contra el instituto de la prisión preventiva, se erige una tercera vía, un *tertium genus* que configura la doctrina de quienes quieren hallar una compatibilidad entre la naturaleza y los efectos de ambas concepciones. Por esta vía, se llega a sostener que la prisión preventiva no es más que un instituto meramente procesal, lo cual no tiene un fin en sí mismo, sino que su propósito es simplemente asegurar la realización de la figura sustantiva, sea la de la pena. Se reconoce en este sentido, la idea de que el cumplimiento de los fines estatales debe garantizarse a través de todos los medios permitidos por el ordenamiento jurídico y por el respeto a los DD.HH.; en consecuencia, si llega a sospecharse razonablemente que en cierto momento una persona pueda eludir las consecuencias de su juzgamiento o de su declaratoria de culpabilidad, o bien influir

⁶⁶ Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta, pp. 100-101.

inadmisiblemente en el ánimo de los testigos y así interferir de forma negativa en la averiguación de la verdad, será entonces lícito el recurso a un encarcelamiento provisional solo en el tanto y en el cuanto ello sea indispensable para la realización de la pena y con ello del Derecho de fondo.

Se pierde así, de plano, toda validez que pueda predicarse con respecto a la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada:

«(...) si se parte de la base que toda persona es inocente hasta que exista una sentencia firme que lo declare culpable, toda restricción a su libertad ambulatoria, solamente se puede basar a título de medida de seguridad o de cautela, —cundo sea indispensable para asegurar el imperio del derecho, es decir la aplicación, efectiva y actual de la ley.»⁶⁷

Precisamente en razón de esta naturaleza estrictamente cautelar con que se caracteriza la privación provisional de libertad, deben tratarse con sumo cuidado las implicaciones del fenómeno. Así, la concepción eminentemente precautoria de la prisión preventiva debe interconectarse con el conjunto de principios que guían a la figura en cuestión, tal como se hará notar *ut infra*. De esta manera, devendría por completo inadmisibile una medida cautelar de este tipo que se aplicase de manera mecánica, sin que se prevea en la legislación su inmediata cesación cuando se desvanezcan las condiciones que motivaron su aplicación; por ello en doctrina se exige la provisionalidad de su interposición y aplicación. En el mismo orden de ideas y, en virtud del principio de excepcionalidad, no resultaría acorde al carácter precautorio del instituto, una prisión preventiva que se llegara a dictar de manera automática con la sola imputación a un sujeto de una determinada delincuencia, como las clásicas prohibiciones de excarcelación para ciertos delitos, que todavía se estilan en múltiples códigos procesales latinoamericanos⁶⁸. Como se verá en los apartados subsiguientes, no hay base legítima para la prisión provisional, si se echa de menos el

⁶⁷ Calvo Suárez, Diego Germán (s.f.). *Presunción de inocencia*, en *Revista Electrónica "Espacios Jurídicos"*. Buenos Aires, Argentina. Extraído de la siguiente dirección electrónica: http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/presuncioninocencia.htm#_ftnref16. Consultado el día 23 de junio de 2012.

⁶⁸ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 98ss.

examen *en concreto* de los presupuestos procesales o causales de prisión preventiva *stricto sensu*: debe comprobarse «*la necesidad, efectiva y actual, de evitar el peligro de un daño jurídico; ya sea por la presumible realización de actos capaces de entorpecer la investigación y recolección de pruebas; o por eludir el accionar de la justicia*»⁶⁹.

El autor argentino Daniel Pastor sintetiza de manera adecuada esta tercera vía, pues para él resulta inconcebible la postura que pretende la abrogación del instituto de la prisión sin condena, si no se renuncia de antemano incluso a la pena de cárcel propia del Derecho punitivo de fondo. Es decir, lo que Pastor aduce es que deviene del todo imposible sostener un sistema penal en el que deliberadamente se deje de lado a la prisión preventiva, configurando la misma un recurso indeclinable para realizar las potestades de persecución que están atribuidas a la organización estatal y, sin la cual, perdería todo sentido el carácter coercitivo del sistema jurídico. En esta línea se manifiesta el referido autor, desdiciéndose de una tesis suya anterior en la que abogaba por la eliminación de esta figura:

*«Mi idea de entonces se fundaba en que solo sin prisión preventiva es posible evitar su uso abusivo. Lo que no advertí entonces era que ello equivalía a dejar para siempre sin electricidad -y todas sus ventajas- a un pueblo en el que se sabe que la policía atormenta a los detenidos con corriente eléctrica. Pero, además de equivocada, mi opinión, como bien lo señaló la crítica de Llobet, era inconsistente, pues si uno postula la abolición de la prisión preventiva sin abrogación de la pena no puede evitar caer, por necesidad, en postular alguna forma de detención del imputado que, frente a su rebeldía extrema, asegure de todos modos la realización del proceso y la eventual ejecución de la pena. Y eso, aunque no se lo llame así, es siempre una prisión sin condena, limitada, sí, pero prisión preventiva al fin, de modo que mi posición no era realmente abolicionista, como tal vez no lo sea ninguna de estas opiniones en tanto que no sostengan la abrogación de la pena de prisión.»*⁷⁰

⁶⁹ D'Albora, Francisco J. (2002). *Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Lexis Nexis, p. 28.

⁷⁰ Pastor, Daniel R. (2006). *Las funciones de la prisión preventiva*, en *Revista de Derecho Procesal Penal: La injerencia en los derechos fundamentales del imputado-I*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2006-I. En doctrina, se ha llegado a un amplio consenso en la tesis según la cual no puede hablarse de una divergencia o incompatibilidad eidética entre presunción de inocencia y prisión preventiva; esta relativa uniformidad doctrinaria es bien señalada por don Javier Llobet: «*Debido a la problemática que implica que se pueda privar de libertad a una persona que se presume inocente, algunos autores han combatido el reconocimiento de la presunción de inocencia por considerarla incompatible con la prisión preventiva. Otros, por el contrario, han criticado la posibilidad de que se dicte la prisión preventiva, por estimarla un quebranto a la presunción*

Detrás del citado texto de Pastor se ubica, como se comprenderá claramente, la apreciación de que la prisión preventiva es simplemente una cautela o un mecanismo para asegurar el proceso; dicha figura permite la realización efectiva de los intereses de la justicia. En este nivel del análisis, el encarcelamiento preventivo solo se diferenciaría de la cárcel como pena autónoma, en razón de sus fines y no en orden a su contenido; aunque, como hemos visto, otro importante sector de la doctrina⁷¹ esboza argumentos de peso, según los cuales, no hay mayor distinción entre la sanción privativa de libertad y la prisión preventiva, revistiendo ambas el carácter de penas, una posterior y otra anterior al juicio previo de condena.

B.2. PRINCIPIOS DEL INSTITUTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Pasamos ahora a explorar el conjunto de principios que hacen a la caracterización de la prisión preventiva como medida cautelar privativa de libertad en el marco del proceso penal, como introducción a la regulación legislativa de la misma y, a la par de la discusión doctrinaria, que se ha dado en torno a esta figura. Resulta importante destacar, en este orden de ideas, que toda enumeración de las reglas y principios, encontradas a la base de un determinado fenómeno o instituto jurídico, obedecen a una particular concepción del mundo y del derecho en una sociedad determinada. Así, no podríamos indicar con acierto que los principios, de seguido enunciados, han contenido y definido la aplicación de la

de inocencia. Sin embargo, ambas posiciones son minoritarias, sosteniéndose por la doctrina mayoritaria que la presunción de inocencia no implica que no pueda disponerse la prisión preventiva. Así, cuando los autores latinoamericanos y alemanes se ocupan de la relación de la presunción de inocencia con la prisión preventiva, sostienen que la presunción de inocencia no podría significar que el imputado debiera estar libre de toda medida coercitiva durante el proceso, ya que ello haría que ningún proceso penal pudiera ser realizado. Sin embargo, se reconoce a su vez que la presunción de inocencia influye la regulación de la prisión preventiva.» Cf. Llobet Rodríguez, Javier (2009). *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos internacionales de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano*, en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Penales de Puebla A.C. Puebla, México: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. N° 24, 2009, pp. 124-125. Lo resaltado no pertenece al original.

⁷¹ Cf., *inter alia*, Vitale, Gustavo L. (2007). *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Hammurabi; García, Gerardo N. (2006). *Hacia la abolición de la prisión preventiva*, en Revista Pensamiento Penal del Sur. Buenos Aires, Argentina: Di Plácido, N° 2, 2006; Rusconi, Maximiliano (1997). *Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento*. Córdoba, Argentina: LL, 1997-E-1363.

prisión preventiva en todas las épocas históricas, tal como se analizara en el capítulo anterior; no obstante, gracias a las revoluciones liberales y a la herencia del constitucionalismo moderno, puede afirmarse, inequívocamente y con propiedad, que los siguientes postulados hacen parte del conjunto de principios a los que debe someterse el dictado de la prisión preventiva, al menos en las democracias occidentales, deviniendo entonces reglas de *ius cogens*.

B.2.1. Principio de excepcionalidad

Debe resaltarse la excepcionalidad como el primero de los principios que ha de guiar a la prisión preventiva, justamente porque la ciencia jurídica ha reconocido la existencia de una confrontación entre los intereses que inspiran la persecución estatal y aquellos que abogan por la ampliación del régimen de libertades y el respeto a la dignidad humana. Se trata esta de una disyuntiva, de una dicotomía, que se ha hecho presente con matices diversos a lo largo de toda la evolución histórica de los sistemas jurídicos. En este punto, adscribimos en un todo a las palabras del profesor Antillón Montealegre, quien nos ilustra metafóricamente en qué ha consistido el proceso del que hablamos:

«No me cansaré de advertirlo: el panorama que estamos presenciando cada día, el acoso contra las garantías del actual proceso penal corresponde, a fin de cuentas, a un nuevo episodio de la sempiterna batalla entre autoritarismo y democracia, que ya hace más de dos mil años jaloneaba el desarrollo de los modelos procesales penales de Atenas y Roma (v. Ugo Enrico Paoli: El proceso ateniense, en Novissimo Digesto Italiano; Utet, Turin, 1968, Tomo XIII).

Esa situación tiene un origen obvio que, sin embargo, es cuidadosamente invisibilizado bajo una imponente hojarasca retórica: es el conflicto entre los que creen ser mejores que los demás, y tratan de ponerlos a su servicio, y los que creen en la esencial igualdad de todos, y tratan de garantizarles pareja dignidad; y éste es un conflicto de muy vieja data.»⁷²

⁷² Antillón Montealegre, Walter (2012). *El discurso de la seguridad ciudadana en las recientes reformas procesales*, en Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica (Análisis de los recientes cambios normativos). 1° ed. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., p. 19.

La arremetida que se ha emprendido contra los derechos ciudadanos por parte del populismo punitivo, busca amainarse a través de un conjunto de principios como aquellos de los que se hace mención en este acápite. Especialmente relevante es el principio de excepcionalidad, puesto que a la base del mismo se encuentra la idea de que en un estado de derecho debe prevalecer el régimen de la irrestricta libertad, siendo admisibles las medidas de coerción personal solo por la vía de la excepción. Es decir, solo son democráticos los estados que confieran a sus habitantes una paz social fundada en el respeto al derecho y a la libertad en su sentido más amplio; lo cual solo se logra mediante abstenciones de cara a los derechos y garantías civiles de la primera generación, y mediante prestaciones positivas en tratándose de derechos fundamentales de segunda y tercera generación.

Aunado a lo expuesto, debe reconocerse que la utilización excepcional de la facultad de encarcelar preventivamente, conduce a afianzar los índices del respeto a los derechos fundamentales. Esta idea ya ha sido desarrollada convincentemente por el profesor Llobet Rodríguez, quien logra demostrar que *«efectivamente los regímenes autoritarios se caracterizan por una extensión desmedida de la posibilidad del dictado de la prisión preventiva, dándose énfasis a la necesidad de ello en defensa del ‐Pueblo‐ o del Estado»*⁷³. Ejemplos concretos de esta tesis son abundantes: la Historia nos demuestra una relación proporcional entre la llegada al poder de sistemas totalitarios y autocráticos, y la generalización de la prisión preventiva; así se ha dado, entre otros casos, en los regímenes nazi y fascista en Alemania e Italia, en la España franquista, en los primeros años de la Cuba revolucionaria, y en las inveteradas dictaduras militares de Pinochet en Chile, Videla en Argentina⁷⁴, Bordaberry en Uruguay, Stroessner en Paraguay y Castelo Branco en el Brasil.

⁷³ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 36.

⁷⁴ A pesar de que en la mayoría de las dictaduras latinoamericanas citadas en el texto -todas inspiradas en la Doctrina de la Seguridad Nacional y en la lucha contra el comunismo promovida desde los Estados Unidos- se produjeron fenómenos y reformas similares; es importante destacar, solo a manera de ejemplo, que en Argentina resultaron de muy poca efectividad las acciones de amparo y los recursos de *habeas corpus*, con lo cual pocas posibilidades de tutela de sus derechos tenían los imputados ante prisiones preventivas y

Por lo expuesto, es que se afirma que el régimen de libertad solo puede consagrarse y vigorizarse en el marco de sistemas políticos auténticamente democráticos, en donde no se apele al Derecho Penal como la panacea para la solución de todos los problemas sociales; sino donde más bien se contenga al *ius puniendi* estatal en ámbitos muy reducidos, de

detenciones arbitrarias. Se perdía así la perspectiva del Derecho Procesal Penal como “sismógrafo de la Constitución”, como nos recordaba el alemán Heinz Zipf; dado que la judicatura respondía primordialmente a los intereses y a las proclamas de las dictaduras y los gobernantes de turno. Como bien lo evalúa el maestro Néstor Pedro Sagüés: «*En la historia argentina, los protagonistas de los principales golpes militares a los gobiernos constitucionalmente electos fueron José Félix Uriburu (1930), Arturo Rawson y Pedro Pablo Ramírez (1943), Eduardo Lonardi (1955), Arturo Frondizi (1962), Juan Carlos Onganía (1966) y Eduardo Massera, Jorge Rafael Videla y Orlando Ramón Agosti (1976). Formalmente, durante el lapso en que permaneció vigente el dominio político de estos gobiernos militares; el orden constitucional debía tenerse por roto, de acuerdo a los principios generales del Derecho Constitucional. En tal sentido, se imponía la consideración de que cada golpe militar de Estado importaba el decaimiento, de hecho, de la facultad contralora de constitucionalidad encomendada al Poder Judicial. No obstante, en la Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ladeó por una postura sui generis sobre el valor jurídico e imperativo de los actos de los gobiernos de facto y sobre su legitimación constitucional; ya desde el golpe militar perpetrado en 1930, esta doctrina de la Corte Argentina ha configurando el sustento “jurídico” más importante para afirmar la validez del título habilitante de los gobernantes no elegidos democráticamente, lo cual no deja de ser problemático y ha sido criticado por una nada despreciable cantidad de juristas. Así, pues, en la acordada pronunciada por este foro el 10 de setiembre de 1930, se manifestó lo siguiente: “(...) 5. Que el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es pues, un gobierno de facto, cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y seguridad social; 6. Que ello no obstante, si normalizada la situación, en el desenvolvimiento de la acción del gobierno de facto, los funcionarios que lo integran desconocieran las garantías individuales o las de la propiedad y otras de las aseguradas por la constitución, la administración de justicia encargada de hacer cumplir ésta las restablecería en las mismas condiciones y en el mismo alcance que lo habría hecho con el ejecutivo de derecho. Y ésta última conclusión, impuesta por la propia organización del poder judicial; se halla confirmada en el caso por las declaraciones del gobierno provisional, que al asumir el cargo se ha apresurado a prestar el juramento de cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes fundamentales de la nación.” Esta última consideración de la Corte no pasó de ser una bienintencionada enunciación de propósitos, una mera quimera. En realidad, durante el lapso en que los diversos gobiernos autocrático-militares se mantuvieron en el poder en la Argentina; prácticamente la Corte dejó de lado sus funciones contraloras de la legalidad y de la constitucionalidad de los entes públicos. Las violaciones a los Derechos Humanos de los argentinos estuvieron, para estas épocas, a la orden del día; **sin que los juicios de amparo ni las acciones declarativas de la inconstitucionalidad de las normas tuvieran suficiente fuerza ejecutiva para impedir tan deplorables conductas de los órganos estatales.** Además, cada vez que se instalaba una nueva dictadura militar; por lo general los titulares de las máximas instancias judiciales eran destituidos y, en su lugar, eran nombrados otros personajes “adscritos a la causa de la Revolución”. Constatando lo indicado, devenía prácticamente imposible que la labor de defensa de la Constitución y de las garantías que de ella emanaban, que debía realizar la Corte, tuviera algún resultado promisorio; puesto que la independencia del Poder Judicial era nula y el principio de separación de poderes ya no regía desde ningún punto de vista jurídico, al configurarse un Ejecutivo al cual se reconocían, en la realidad, facultades plenipotenciarias e incontroladas.» Cf. Sagüés, Néstor Pedro (1989). *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*. [Volumen I]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 45. Lo resaltado no pertenece al original.*

manera que el mismo solo pase a operar ante violaciones graves a los bienes jurídicos más importantes para la convivencia humana. Así las cosas, las instituciones y los mecanismos de restricción a las libertades públicas, como lo es por ejemplo la prisión preventiva, solo deberían usarse cuando sea inevitable el no hacerlo; es decir, cuando no haya del todo ningún otro medio eficaz de cumplir los intereses estatales de la persecución penal. Es esta una idea en la que insiste el autor nacional Navas Aparicio:

«Realmente, dentro del proceso penal la libertad de la persona imputada es la regla y las medidas cautelares son la excepción -principio de excepcionalidad de las medidas cautelares- (postulado de primer nivel), y dentro de esta singularidad, la regla es la medida precautoria en libertad, y la prisión es excepcional (postulado de segundo nivel), de forma que se invierte el orden secuencial, para que la prisión sustituya la medida en libertad y no al contrario, cuando se comprueba la necesidad de restringir el derecho de tránsito del imputado con miras a los fines del proceso. Entonces, una vez que se ha incursionado en el campo (excepcional) de las medidas cautelares en general, la libertad bajo restricciones será preponderante (regla) frente a la detención preventiva (excepción).

(...)

Así, el esquema secuencial sobre la situación jurídica del imputado en un proceso debe ser: libertad → libertad bajo restricciones → prisión preventiva; en lugar de: libertad → prisión preventiva → medidas cautelares no privativas de libertad. Esta especial sucesión de medidas y la propuesta por un cambio terminológico, han sido sustentadas, por ejemplo, por Cáliz Ponce, a partir del principio de presunción de inocencia y de las verdaderas finalidades de las medidas precautorias del proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho.»⁷⁵

Las consideraciones esbozadas por Navas Aparicio no dejan de tener importancia, puesto que su concepción de la prisión provisional como la *ultima ratio* en materia de medidas cautelares, se bosqueja a propósito de la deficiente redacción del artículo 244 CPP costarricense. En efecto, como muy bien lo hace notar el articulista citado, este numeral da pie a la consideración del encarcelamiento preventivo como la regla en materia de

⁷⁵ Navas Aparicio, Alfonso (2010). *Reenmarcar el fundamento y aplicación de la prisión preventiva, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en Revista de Ciencias Penales. San José, Costa Rica. Año 22, N° 27, julio de 2010, p. 99. Lo resaltado no pertenece al original.

restricciones precautorias a la libertad durante el proceso; lo cual se advierte ya de la misma literalidad de la norma en cuestión: «*Artículo 244.- Otras medidas cautelares. Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes: (...)*»⁷⁶. Es decir, nos ubicamos frente a un panorama en el cual la prisión preventiva se estima como la regla⁷⁷; siendo aplicables las medidas no privativas de libertad como una segunda opción, es decir, en un sentido excepcional. A esta idea se le suma un argumento meramente terminológico, pues es un fenómeno generalizado en la praxis forense y abogadil el denominar a las medidas no privativas de libertad como “medidas sustitutivas”; fortaleciéndose concomitantemente la idea que concibe a la prisión preventiva como la regla, pues esta solo habrá de ceder cuando existan sustitutos a la misma.

Naturalmente, con disposiciones legales tan latebrosas y ambiguas, que abre una vía ancha a interpretaciones jurisdiccionales antojadizas, se está violentando en su médula, una garantía como la de la excepcionalidad de la prisión preventiva, que incluso ha sido definida solemnemente en instrumentos internacionales. Solo como ejemplo, valga recordar que el artículo 9.3 PIDCP señala expresamente que el encarcelamiento preventivo no debe ser la regla general, al estatuir que «(...) **[l]a 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**»⁷⁸. El

⁷⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7594. *Código Procesal Penal*, del 10 de abril de 1996. Artículo 244. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

⁷⁷ A esta idea también debe allegarse, considerando la prelación del instituto de la prisión preventiva dentro de la sistemática y la ordenación numérica de nuestro Código Procesal Penal; pues ciertamente en esta norma codificada, primero se trata prolijamente el tema del encarcelamiento preventivo, mientras que las medidas no privativas de libertad solo parecen evaluarse de una forma secundaria, marginal y tangencial, por la vía de la excepción.

⁷⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2200A (XXI), *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966. Artículo 9.3. Lo subrayado y lo resaltado no pertenecen al original.

artículo 7.5 CADH se expresa en términos similares, aunque sin aludir expresamente al principio de excepcionalidad aquí comentado.

B.2.2. Principio de proporcionalidad

El respeto a la proporcionalidad de las medidas y determinaciones estatales debe -asimismo- cumplir el papel de un correctivo y consagrarse como un principio inspirador del instituto de la prisión preventiva, de manera tal que en ciertos casos en los cuales pareciera admisible el decreto de esta medida cautelar, según los presupuestos materiales de la misma, la proporcionalidad debe llevar al aplicador del derecho a pronunciarse por la vía contraria. Algunos importantes autores defienden la idea de que la proporcionalidad debería considerarse inclusive como un requisito material más de la prisión preventiva⁷⁹; al lado de la sospecha suficiente y probable de responsabilidad penal y de la causal de prisión preventiva *stricto sensu*. Esta posición de la doctrina incluso ha sido avalada por nuestra Sala Constitucional, quien en muchas de sus sentencias ha reconocido *expressis verbis* a la proporcionalidad como requisito material del encarcelamiento preventivo; como vemos solo a manera de ejemplo:

*«De lo expuesto se desprende la necesidad procesal de la medida cautelar impuesta al amparado, con fundamentos que resultan legítimos y que se encuentran dentro de los supuestos que permiten la limitación de la libertad (ver en este sentido sentencia número 05396-95, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco). La resolución que ordena la prisión preventiva contra el tutelado, cumple los tres requisitos materiales de la prisión preventiva: **la sospecha suficiente de culpabilidad, la existencia de una causal de prisión preventiva (peligro de***

⁷⁹ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 153ss, 246ss. Así, señala este distinguido profesor: «Tres son los requisitos materiales para que pueda ser procedente el dictado de la prisión preventiva: a) la existencia de elementos suficientes de convicción para estimar que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; b) la existencia de una causal de prisión preventiva y c) el respeto al principio de proporcionalidad. De estos tres requisitos debe indicarse que no está contemplado expresamente como tal el principio de proporcionalidad en el artículo 239 ni en el artículo 239 bis del Código Procesal Penal, que hacen mención solamente a que el delito que se atribuya este reprimido con pena privativa de libertad, lo que es expresión de la exigencia de proporcionalidad.» Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *Op. Cit.*, p. 155.

reiteración delictiva), y el respeto al principio de proporcionalidad: todo lo anterior indicando las razones por las cuales se estima que los presupuestos que motivan la medida concurren en el caso. En la misma resolución la juez rechaza la solicitud del Defensor Público, en cuanto a la celebración de vista previo a imponer la medida cautelar, porque existen suficientes elementos para ordenar la prisión preventiva del amparado.»⁸⁰

Ahora bien, con el mayor de los respetos a las líneas apuntadas, consideramos que la exigencia de la proporcionalidad no debe ser entendida como un requisito material más para el dictado de la cautela provisoria en cuestión, sino que debe ser concebida más bien como un principio que debe guiar todo el proceso jurisdiccional de aplicación de esta medida. A raíz de la relativa indeterminación del contenido del respeto al principio de proporcionalidad, no parece muy conveniente analogarlo ni a la sospecha de culpabilidad ni a la causal de prisión preventiva, que sí aluden a circunstancias muy concretas (el mérito sustantivo y el fin procesal de la medida, en su orden respectivo), y por ello, parece más acertado ubicarlo como un principio que debe estar presente y ser aplicado en todo momento por el juez encargado del examen de una solicitud de prisión preventiva. Los efectos prácticos de esta forma de proceder son básicamente los mismos: sea considerándolo como un requisito material, sea estimándolo como un principio fundante e indisoluble del instituto procesal en comentario, no podría dictarse nunca una prisión preventiva que sobrepasara los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, como veremos de seguido. Porque en última instancia debemos reconocer, con la argentina Natalia Sergi, que *«el principio de proporcionalidad es quizá el límite más aceptado en relación con el encarcelamiento preventivo del imputado»*⁸¹.

Desarrollando los postulados y las implicancias de la proporcionalidad, Binder ha señalado que *«la violencia que se ejerce como medida de coerción [encarcelamiento preventivo] nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la*

⁸⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 10329-2002, de las catorce horas con cuarenta y dos minutos del veintinueve de octubre del dos mil dos. Lo subrayado y lo resaltado no pertenecen al original.

⁸¹ Sergi, Natalia. *Límites temporales a la prisión preventiva*, en Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, T. 2001/A, p. 121.

*aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión»⁸². Siguiendo las mismas líneas planteadas, en el sentido de que deviene inaceptable que una disposición meramente cautelar pueda superar o igualar la reacción punitiva del estado ante el fenómeno del delito, Maier también ha considerado que «*resulta racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena*»⁸³.*

Es necesario acotar, no obstante, que el principio de proporcionalidad es un constructo jurídico surgido de la jurisprudencia y de la doctrina alemanas, como correctivo para explicar hasta qué punto es admisible la afectación a los contenidos marginales de los derechos fundamentales, sustentada en la necesidad de garantizar los fines públicos. Dicho principio es una trilogía de tres subprincipios y los tres deben estar presentes para poder afirmar que se está ante una norma o una limitación de derechos razonable. El primero de ellos es que la norma o actuación estatal debe ser **necesaria**, es decir, que exista una causa social que haga precisa e indispensable su adopción, no existiendo un medio menos lesivo de consagrar o alcanzar la finalidad procurada. Una disposición o decisión como la prisión preventiva no debe ser adoptada por mero antojo del aplicador del derecho, sino por una necesidad comprobada, de manera que la eventual evasión del proceso no pueda evitarse con una medida no privativa de libertad. El segundo subprincipio es que la norma o el acto en cuestión sea **idóneo**, es decir, que en términos cualitativos satisfaga el motivo que lo originó y, finalmente, que la disposición consabida sea **proporcional** -proporcionalidad en sentido estricto-, sea, que desde una perspectiva cuantitativa logre saciar las expectativas y no las sobrepase, es decir, que lo pretendido con la norma de afectación o coerción no quiebre excesivamente la balanza respecto al interés o al principio constitucional correlativo que pasa a colocarse en entredicho.

⁸² Binder, Alberto M. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ad-Hoc, p. 200.

⁸³ Maier, Julio B.J. (2002). *Derecho Procesal Penal. [Tomo I: Fundamentos]*. Buenos Aires, Argentina; Editores del Puerto, p. 526.

Resulta importante destacar que la aludida garantía de proporcionalidad de las actuaciones del poder público, concebida en cuanto límite del contenido accesorio de los Derechos Fundamentales, debe descansar entonces en el más estricto respeto a esta concepción tripartita: un acto limitativo de derechos solo se sostiene si es al mismo tiempo, razonable, idóneo y proporcional. La Sala Constitucional ha mantenido y defendido el mencionado criterio desde sus primeras resoluciones, tomando como base los presupuestos teóricos esbozados por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, como vemos de seguido:

*«**Sobre el principio constitucional de razonabilidad.** El principio de razonabilidad, surge del llamado —*due process* substantive”, es decir, que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca. Cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad.*

Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La **necesidad** de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La **idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la **proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría

decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.»⁸⁴

El CPP costarricense de 1996 dispone una serie de reglas y de previsiones concretas referentes al principio de proporcionalidad, en sus tres distintas vertientes: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Ello lo vemos expresamente, por ejemplo, en su numeral 10, donde se contiene 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**»⁸⁵*. Lo anterior debe interconectarse necesariamente con la regulación visible en el segundo párrafo del artículo 238 del mismo corpus normativo, que refiere que *«(...) La privación de libertad durante el procedimiento **deberá ser proporcionada** a la pena que pueda imponerse en el caso»*, lo cual viene ya a indicarnos la manifiesta inadmisibilidad de los encarcelamientos preventivos de larga duración y la necesidad de la limitación temporal de esta medida, sobre todo cuando la pena amenazada en abstracto no resulta especialmente dilatada o significativa. Encontramos igualmente una manifestación del principio de proporcionalidad en la regla del número 239 inciso c) CPP, que determina como uno de los requisitos de la prisión preventiva, el que el delito atribuido esté incriminado con pena privativa de libertad; lo cual es lógico, ya que sería un abierto despropósito y una manifiesta injusticia el que se disponga el encerramiento preventivo de una persona cuando la eventual sentencia de fondo nunca podría implicar una privación de libertad (por ejemplo, devendría irrazonable el someter a prisión preventiva al encartado cuando lo que se está juzgando es una contravención⁸⁶ o un delito contra el honor, los cuales solo son

⁸⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 8858-98, de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. Lo subrayado y resaltado no pertenecen al original.

⁸⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7594. *Código Procesal Penal*, del 10 de abril de 1996. Artículo 10. Lo subrayado y lo resaltado no pertenecen al original.

⁸⁶ Debe resaltarse, sin embargo, que en el artículo 406 de nuestro Código Procesal Penal todavía se observa un resabio inquisitivo, ya que se habilita la posibilidad de dictar la prisión preventiva en el procedimiento de contravenciones, a efectos de garantizar la presencia del imputado en el debate (dada la imposibilidad en nuestro sistema del juzgamiento en ausencia). No obstante, ello no deja de ser problemático, pues así se trataría al imputado de una peor forma que al condenado, ya que el culpable de una contravención no podría ser reducido a prisión por el hecho que motivara su procesamiento.

castigados por la ley penal con días-multa). Recuérdese en este punto que uno de los postulados básicos del principio de proporcionalidad, es garantizar que el imputado sea tratado siempre de una manera más benigna que el declarado culpable de un hecho delictivo; y a ello se dirige precisamente la previsión del inciso c) del artículo 239 CPP.

Es conforme también a la proporcionalidad, el que la prisión preventiva deba cesar «*cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, considerando, incluso, la aplicación de las reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o la libertad anticipada.*» (cf. Art. 257 inc. b) CPP). Sostener lo contrario, sería como permitir que una persona sufra una pena de veinte años de prisión por un delito de robo agravado, cuando lo cierto es que el máximo de la sanción para esta delincuencia es de quince años de prisión.

En este mismo orden de apreciaciones, se evidencia la sujeción de la ley a las reglas de la proporcionalidad en sentido estricto, en el texto del artículo 260 CPP, el cual regula una situación especial para tres grupos de personas: los mayores de setenta años o valetudinarios, los sometidos a una enfermedad grave y terminal, y las mujeres en estado avanzado de embarazo o con un hijo menor de tres meses de edad. Así, se dice que no cabe bajo ninguna circunstancia una prisión preventiva contra los valetudinarios y los mayores de setenta años, si el tribunal estimase *prima facie* que a estos sujetos no se les impondría una pena mayor a los cinco años de cárcel.

Respecto a quienes padecen una afección grave y terminal en su salud, no aplica el criterio de los cinco años, de manera que contra ellos no podría decretarse prisión preventiva; y si es absolutamente necesaria su contención, ha de disponerse el arresto domiciliario o la internación en un centro médico o geriátrico⁸⁷. No obstante, el mal de que sufran deberá ser tanto grave como terminal, entendiéndose como terminal, “aquello que pone término a una cosa”, es decir, la enfermedad de la cual puede preverse una muerte inminente. Sobre este punto, resulta útil transcribir parte de un pronunciamiento del extinto Tribunal de Casación

⁸⁷ Cf. CPP, art. 260 párrs. 1° y 2°.

Penal del Segundo Circuito Judicial de San José; en el cual se dice que para la dilucidación de la expresión “enfermedad grave y terminal” hay que tener en cuenta muchos aspectos, como por ejemplo, la posibilidad del acaecimiento de una muerte súbita, la naturaleza del tratamiento médico requerido por el imputado, las condiciones y los eventuales inconvenientes que podría tener el mismo en su centro de detención, entre otros puntos por el estilo:

*«IV.- En primer lugar, no observa este Tribunal, ni tampoco lo demuestra fehacientemente la defensa, que la presente causa haya sufrido algún atraso grave e injustificado. La fiscalía ha expuesto en su solicitud las dificultades que ha tenido para concluir la investigación, señalando, sobre todo, que los operativos policiales arrojaron gran cantidad de indicios que requerían un examen cuidadoso, como por ejemplo las fotografías y los archivos informáticos. Por lo tanto, ese no es un motivo que impida conceder la prórroga solicitada. En segundo lugar, aunque con el peritaje rendido por el Doctor Víctor Saltykóv y los documentos de folios 412 a 419 del legajo de medidas cautelares se puede tener por cierto que el imputado padece SIDA, ello no impide, sin embargo, conceder la prórroga de la prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público. **Hay que admitir, en efecto, que [T.S.C.] padece una enfermedad grave; pero su situación no es la de un paciente en fase terminal.** Por el contrario, el propio médico que declaró como perito en la audiencia hizo ver que, con un tratamiento adecuado, esta persona puede vivir muchos años (folio 426). Ciertamente también puntualizó que el tratamiento que está recibiendo no es el mejor que existe en estos momentos en el mercado, que el imputado presenta cierto grado de intolerancia a ese tratamiento y que su salud ha desmejorado, pero puntualizó que las medicinas que recibe el justiciable son las mismas que la Caja Costarricense de Seguro Social suministra a todos los pacientes enfermos de SIDA, independientemente de si gozan de libertad o están privados de ésta. Además, quedó acreditado que [T.S.C.] se encuentra recluido en el llamado —Puesto Siete”, módulo que, de acuerdo con la explicación vertida por el perito, le garantiza atención médica y aislamiento de personas problemáticas que están en otros ámbitos. Por ende, no estamos ante un caso en que sea de aplicación lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 260 del Código Procesal Penal. Con fundamento en la situación expuesta, es decir, de acuerdo con el estado de salud del justiciable y la atención médica que está recibiendo, no resulta desproporcionado mantenerlo en prisión preventiva. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio de las medidas que puedan llegar a tomarse, incluyendo la posible ubicación del acusado en un centro médico,*

en el hipotético caso de que se acredite un debilitamiento terminante de su salud. Por ende, no resulta atendible la oposición de la defensa.»⁸⁸

Por último, se determina en nuestra legislación⁸⁹ que el encarcelamiento preventivo debe reemplazarse por la medida sustitutiva del arresto domiciliario, cuando la eventual ejecución de la medida cautelar ponga en peligro la vida o la integridad física de una mujer en estado de gestación o de la madre de un niño menor a los tres meses de edad; o bien, cuando lo que peligrara, con la aplicación de la prisión, fuese la vida o la integridad del feto mismo o del niño.

B.2.3. Principio de provisionalidad

La provisionalidad es también una de las características básicas de la prisión preventiva, ya que este instituto jurídico, al incardinarse y conceptuarse como una medida cautelar, supone necesariamente su limitación en el tiempo y su sometimiento necesario a un proceso principal. La prisión preventiva es provisoria porque su extensión se supedita a la duración del proceso, es decir, cesado el proceso (sea por absolutoria, por sobreseimiento, por desestimación o por condenatoria), el encarcelamiento previo debe terminar. En esto radica precisamente, también, el carácter accesorio de la medida.

Además, la provisionalidad de la prisión preventiva impone la regla de su necesaria limitación temporal; es decir, después de un determinado tiempo señalado por la ley en que se ha estado cumpliendo esta medida cautelar, deberá declararse por la autoridad competente su inmediata cesación (con total independencia de la circunstancia de que aún puedan subsistir los requisitos materiales y formales que la habilitarían). Sobre el particular, ha expresado el autor colombiano Londoño Jiménez:

⁸⁸ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 18-2004, de las once horas con veinte minutos del diecinueve de enero de dos mil cuatro. Lo subrayado y lo resaltado no pertenecen al original.

⁸⁹ Cf. CPP, art. 260 párr. 3°.

«Fundamental derecho del procesado es que su detención no se pueda prolongar indefinidamente. Para salvaguardar este principio, la ley debe prever en sus normas los límites precisos, porque de otra manera sería abrirle camino al imperio de la arbitrariedad y el abuso. Y una tendencia indiscutible de las corrientes procesales modernas, es la de que dicha detención preventiva debe durar el menor tiempo posible y solo hasta cuando las necesidades y urgencias del procedimiento lo exijan.

*De la lentitud en la instrucción de los procesos penales, bien por negligencia, recargo de trabajo o escasez de funcionarios, no pueden derivarse consecuencias desfavorables para el detenido. Pero, infortunadamente, estas siguen siendo las causas que impiden la prontitud en las decisiones jurisdiccionales sobre detención y libertad de los inculcados (...)*⁹⁰

En la doctrina nacional también se han explorado de alguna manera las implicaciones de la regla de la provisionalidad de la prisión preventiva y, en este entender, Rosaura Chinchilla y Rosaura García consideran que la regla en un estado democrático de derecho como el costarricense es la libertad; resulta marginal, excepcional y provisoria toda medida de limitación a este derecho, y solo cuando esto último sea necesario para los intereses de la Administración de Justicia y del aseguramiento del imperio de la ley. Así, ellas argumentan que: *«Las restricciones a ese derecho, aparte de ser las mínimas y estrictamente indispensables, deben corresponder a las necesidades fijadas por el ordenamiento jurídico para su implementación y guardar la proporcionalidad entre el interés que se tutela y la afectación producida.»*⁹¹

Así las cosas y, según se regula en el número 257 CPP, se contienen tres supuestos concretos ante los cuales debe fenecer una prisión preventiva en curso: a) cuando dejan de concurrir en la especie los requisitos formales y materiales que permitieron su dictado, b) cuando su duración supere o equivalga la pena por imponer, y c) cuando la duración de la misma supere los doce meses. Interesa sobre todo este último inciso, puesto que señala un plazo irrefragable a partir del cual el encarcelamiento preventivo se torna ilegítimo,

⁹⁰ Londoño Jiménez, Hernando (1983). *De la captura a la excarcelación*. 2° ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., pp. 231-232.

⁹¹ Chinchilla Calderón, Rosaura; García Aguilar, Rosaura (2003). *Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., p. 66.

independientemente de si se mantienen las demás circunstancias de fondo y forma que posibilitarían su continuación. Aunque como veremos *ut infra*⁹², estos plazos han sido excesivamente relativizados por otros articulados del Código⁹³ y por las nuevas legislaciones; de manera que el plazo de doce meses ha pasado a convertirse en una mera caricatura.

B.2.4. Principio de legalidad (control judicial)

A la legalidad en sentido amplio está sujeto todo el accionar del aparato estatal y, por supuesto también, la función desarrollada por la judicatura. Además, los principios y las reglas formales y sustantivas con arreglo a los cuales las autoridades del Poder Judicial llevan a cabo sus actos, deberán estar definidos taxativamente por la ley, como imponen los numerales 9, 153 y 166 de la Constitución. Y con mayor razón, ha de ser solo la ley formal la única que pueda definir el régimen aplicable a las medidas cautelares (y a la prisión preventiva como la más restrictiva de ellas); en primer lugar, por mandato explícito del artículo 10 CPP y también, al constituir esta una “materia odiosa”, una restricción a los derechos fundamentales que no puede quedar librada al arbitrio del operador del Derecho.

El principio de legalidad en la prisión preventiva, de la misma manera, permite una labor de síntesis de todos los demás principios y condiciones que se han venido señalando respecto a este instituto. Así, por ejemplo, por el principio de legalidad el juzgador está obligado, aun de oficio, a revisar si en una prisión preventiva en curso se mantienen todos y cada uno de los requisitos que permitieron su aplicación original; de la misma manera, el juez está impelido a constatar que el plazo de la medida no exceda de una proporcionalidad y provisionalidad razonables. Así lo han manifestado con acierto Bovino y Bigliani, para quienes la exigencia de la legalidad de la medida determina la necesidad de afirmar un control judicial permanente de la ejecución de la prisión cautelar:

⁹² Cf. *Infra*, Sección D.2.

⁹³ Cf. CPP, Art. 258.

«093. Como consecuencia del carácter provisional de toda medida de coerción, el control de la subsistencia de todos y cada uno de sus fundamentos se impone como única manera de garantizar que la medida cautelar continúa ajustándose a derecho.»⁹⁴

B.2.5. Respeto a la dignidad humana (principio *pro homine*)

Como colofón de la enunciación de principios aquí realizada y también como una especie de epítome de las ideas que se han desarrollado en este capítulo, no debe dejar de considerarse que la prisión preventiva está en todo caso subordinada al respeto debido a la dignidad humana de cada persona. La persona humana ciertamente constituye el primero de los objetivos del ordenamiento jurídico, de forma tal que hacia ella y hacia el respeto pulcro e incondicional de sus derechos fundamentales, debe estar encaminado todo esfuerzo estatal. En consecuencia, siempre ha de mostrarse una gran cautela frente a toda medida restrictiva de la libertad y la dignidad humanas, que pretendan justificarse en nociones tan abstractas y etéreas como el “orden público”, la “paz social”, la “tranquilidad pública”, o en nuestro caso, la “Administración de Justicia” o “los intereses persecutorios del estado”.

La doctrina nacional ya ha repasado estas temáticas, y así las autoras Chinchilla y García han argumentado que las instituciones jurídico-penales de un régimen democrático siempre potenciarán el imperio de la libertad y respetarán la dignidad humana de todos los ciudadanos: *«En la medida en que el proceso penal se aproxime más a un sistema democrático de juzgamiento, será mayor la posibilidad de que a las partes les sean respetados sus derechos fundamentales y el imputado contará con amplios recursos normativos y procesales para la protección de su libertad. No se puede olvidar que en el ámbito penal el sujeto sometido al proceso está más propenso a experimentar la intromisión del poder público en áreas fundamentales de su vida, por lo que requiere de*

⁹⁴ Bigliani, Paola; Bovino, Alberto (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, p. 48.

*instrumentos que le permitan salvaguardar siempre su dignidad humana.»*⁹⁵ Y sobre el paradigmático principio del *“favor libertatis”*, ya nos advertía Leone que este consistía en el *«principio en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad personal al imputado que esté privado de ella (...)»*⁹⁶.

Es por ello, que resulta intolerable en el marco de un sistema procesal penal garantista, que se dé cabida a causales de prisión preventiva fundadas solo en la peligrosidad, en la alarma social y en la necesidades de prevención y de represión de la criminalidad; pues todo ello equivale a mostrar más interés por los valores y los intereses del cuerpo social como conjunto y como organicidad autónoma, que por los valores y derechos de la persona humana concreta. Es decir, el dar cabida a todos estos criterios significaría echar por tierra, de plano, los principios *pro homine* y *pro libertatis* de nuestro sistema jurídico.

⁹⁵ Chinchilla Calderón, Rosaura; García Aguilar, Rosaura (2003). *Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., pp. 64-65.

⁹⁶ Leone, Giovanni (1961). *Tratado de Derecho Procesal Penal. [Tomo I]*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ejea, p. 188.

CAPÍTULO TERCERO

Los graves males de nuestros tiempos -el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado, entre otros tantos-, deben ser combatidos dentro del Derecho, pues simplemente no se puede enfrentarlos con sus propias armas: dichos males sólo pueden ser vencidos dentro del Derecho.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

C. LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de formular algunas apreciaciones críticas sobre fenómenos o comportamientos humanos que puedan socavar el debido respeto a los DD.HH. en los países sometidos a su jurisdicción, ello sobre todo en el curso de las últimas décadas, en donde se ha entendido que el bienestar de la persona humana y su dignidad constituyen ciertamente los primeros y más decisivos intereses públicos a satisfacer. Especial relevancia ha significado en nuestro medio jurídico, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el cual desde su consolidación como orden jurisdiccional con la aprobación de la CADH, en el año 1969, ha cumplido un papel de primer orden para la dilucidación y la prevención, en la medida de lo posible, de los focos de autoritarismo y de las tendencias antidemocráticas que tuvieron lugar en muchos gobiernos latinoamericanos. Así, destaca la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos en tópicos como el derecho a la libertad personal y la necesaria limitación en la aplicación de la prisión preventiva, tal como se observará de seguido.

En línea con lo indicado, y a modo de propedéutica, conviene reparar al menos en el numeral 7 de la CADH, texto que le otorga su particular competencia a la Corte IDH, y ello

a efectos de establecer un criterio rector y objetivo que permita una útil selección de los casos a analizar en este apartado. Dicha discriminación deviene indispensable a nuestros efectos, ya que como veremos, la Corte IDH ha desarrollado el tema de las privaciones ilegales de libertad de manera sostenida y recurrente; siendo así que todo un amplio espectro de sus pronunciamientos se refieren, de manera directa o marginal, a temáticas de alguna forma relacionadas con este punto. Referir absolutamente todos los casos en los cuales este foro internacional haya tratado en cualesquier sentido el derecho a la libertad personal, constituye una faena que excede los objetivos de este trabajo. Es por ello que aquí debe transcribirse el artículo 7 de la CADH, con el propósito de revisar cuales de las previsiones de este numeral son aplicables o están relacionadas directamente con la prisión preventiva, y por ello, serán objetivo del análisis definitivo que se efectuará en el contexto de este acápite:

«Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas

leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.»⁹⁷

Como puede apreciarse, el artículo de comentario legisla expresamente sobre el derecho a la libertad personal, y contiene algunas cuantas precisiones y estipulaciones concretas. Y es que, ciertamente, la libertad y la seguridad personales pueden ser quebrantadas de múltiples maneras y no solo por conducto de la prisión preventiva: aquí podemos citar a la prisión entendida como pena autónoma, las detenciones ilegales o arbitrarias, los juicios sumarísimos, la falta de previsión de mecanismos jurídicos de *habeas corpus* o exhibición personal, o bien los diferentes supuestos en que cabe el apremio corporal. De esta forma, y aunque en el aludido numeral sétimo de la CADH no se contiene referencia expresa a la figura de la prisión preventiva, el inciso que desarrolla algunos puntos del tema es el quinto, en el cual se consagra el derecho de toda persona al control judicial de su detención; con el fin de que la causa de su privación de libertad pueda ser conocida de forma expedita y el sujeto juzgado en un plazo razonable, sin perjuicio de que el proceso judicial continúe asegurándose previamente la puesta en libertad del imputado. Esta disposición normativa, entonces, hace alusión de forma velada al instituto de la prisión preventiva, al establecerse que la privación de libertad solo podrá ser admisible en el tanto y en el cuanto el proceso sea llevado a cabo de forma célere, de manera que se logre evitar toda analogía entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad entendida como sanción.

Los primeros tres incisos del citado artículo 7 de la CADH postulan el régimen general de libertad personal, estableciéndose la radical prohibición de las detenciones arbitrarias; luego, el inciso cuarto hace mención al derecho a la intimación e imputación previas al juzgamiento; el inciso sexto del consabido artículo 7 dispone una regla que se ha llegado a

⁹⁷ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 22 de noviembre de 1969. Artículo 7.

identificar con la necesidad de establecer mecanismos de tutela expeditiva de la libertad - por ejemplo, las distintas acciones judiciales o administrativas de *habeas corpus*-, en los términos de un “recurso sencillo” que permita examinar la legalidad o ilicitud de una detención; y finalmente, el inciso sétimo alude a la ilegitimidad del apremio corporal como forma de coerción frente al impago de deudas civiles. Es por ello, que en esta cretomatía de fallos se procederá al examen de una selección y no de la totalidad de los casos de la jurisprudencia de la Corte IDH; estableciéndose como criterio rector y diferenciador, el de aquellos pronunciamientos en los cuales este órgano haya dictaminado un quebranto, en específico, del artículo 7.5 CADH. No obstante, se introduce la salvedad de que no serán tomados en cuenta en esta sección, los casos en que -a pesar de haberse decretado la violación al artículo 7.5 CADH- la Corte IDH solo hace referencia al tópico de las detenciones ilegales y no propiamente al análisis de la prisión preventiva como instituto jurídico.

C.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

C.1.1. Caso *Loayza Tamayo vs. República del Perú*. Sentencia de Fondo, del 17 de setiembre de 1997

a) Los hechos

En este caso, la Comisión Interamericana plantea demanda contra el estado de Perú, el día 12 de enero de 1995, por la privación ilegal de la libertad, tratos crueles, inhumanos y degradantes, torturas y violación de las garantías judiciales de la señora María Elena Loayza Tamayo. Ello, en razón de que la señora Loayza Tamayo, quien era una ciudadana peruana profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada junto con un familiar suyo, el señor Ladislao Alberto Huamán Loayza, por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía Nacional del Perú, cuando ella se ubicaba en un inmueble situado en Calle Mitobamba, Manzana D, Lote 18, Urbanización

Los Naranjos, Distrito Los Olivos, Lima, Perú. El estado peruano arrestó a la señora Loayza Tamayo, sin orden expedida por la autoridad judicial competente, como presunta colaboradora del grupo Sendero Luminoso.

La señora Loayza Tamayo estuvo detenida por la DINCOTE desde el 06 hasta el 26 de febrero de 1993 (por espacio de veinte días), sin haber sido puesta a disposición del Juzgado Especial de la Marina y, mientras estuvo detenida por la DINCOTE, fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes y de apremios ilegales, por ejemplo, amenazas de ahogo a orillas del mar durante horas de la noche y la violación sexual de que fue víctima por miembros de la Policía, todo con la finalidad de que se acusara de pertenecer al Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso.

Durante los diez días que se prolongó su incomunicación, no se le permitió a la señora Loayza Tamayo establecer contacto con su familia, ni con su abogado y sus deudos, al enterarse anónimamente de su detención el 08 de febrero de 1993, no pudieron radicar ninguna garantía judicial en su favor porque el Decreto-Ley N° 25.659 prohibía gestionar el *habeas corpus* por hechos relacionados con el delito de terrorismo. El Juzgado Especial de Marina, integrado por jueces sin rostro, absolvió a la imputada por sentencia del 05 de marzo de 1993; no obstante, el Consejo de Guerra Especial de Marina, fallando en alzada, la condenó por un delito de “traición a la patria” el 02 de abril de 1993. El Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar, por sentencia del 11 de agosto de 1993, absolvió a la imputada en la jurisdicción militar y ordenó remitir las actuaciones ante los tribunales comunes para el estudio de la comisión de un posible delito de terrorismo.

A pesar de su situación procesal de “detenida absuelta no procesada ni condenada”, la señora Loayza Tamayo continuó en prisión preventiva durante el periodo transcurrido entre la sentencia del Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar (11 de agosto de 1993) y el decreto de detención pronunciado por el fuero ordinario (08 de octubre de 1993). Este mismo día 08 de octubre, el 43° Juzgado Penal de Lima dictó auto de apertura de la instrucción contra la señora Loayza Tamayo, y fue condenada la misma a 20 años de prisión por el delito de terrorismo, el día 10 de octubre de 1994, en sentencia pronunciada

por el Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común. La agraviada interpuso un recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia del Perú, que fue declarado sin lugar el 06 de octubre de 1995; permaneciendo encarcelada doña María Elena durante todo el *iter* procedimental, tanto en la jurisdicción militar como en la ordinaria.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

Si bien en este caso la Corte Interamericana no definió una postura clara con respecto a la temática de la prisión provisional, los presupuestos que la habilitan, así como las finalidades y motivos de la misma institución; es lo cierto que al abrigo de los procedimientos llevados a cabo en el presente expediente de doña María Elena Loayza Tamayo contra el Perú, sí se abordó la temática de la detención ilegal de que había sido víctima la amparada (aunque este tema se afrontó solo marginalmente), no obstante, nos parece útil e indispensable citarlo en este acápite, en tanto es el primer caso que examina la Corte, en el cual se hacen algunos pronunciamientos de relevancia sobre el tema. Además, el que nos ocupa se convierte en un caso relevante; toda vez que en el mismo la intensidad de la afeción sufrida por la señora Loayza Tamayo en su derecho a la libertad personal, fue sensible y considerable.

En el supuesto fáctico bajo análisis, puede verse que ya la Corte IDH bosqueja los primeros considerandos de la tesis según la cual en un estado de derecho respetuoso de la garantía de la libertad personal, las acciones judiciales para reclamar la ilegalidad de una detención, o lo que es lo mismo, los recursos de *habeas corpus* o de exhibición personal, devienen imprescindibles e insustituibles. Es decir, todos aquellos estados en donde no existan en el ordenamiento o no se respeten de modo cabal estos mecanismos procesales, caen inexorablemente en la arbitrariedad y por ende son violatorios de los numerales 7 y 25 de la Convención Americana. Al respecto, considérese *motu proprio* la forma en la que la Corte regional evalúa la ilegitimidad de la detención de la señora Loayza Tamayo:

«52. La Corte considera que, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto-Ley N° 25.659 (delito de traición a la patria), la señora María Elena Loayza Tamayo no tenía derecho a interponer acción de garantía alguna para salvaguardar su libertad personal o cuestionar la legalidad

de su detención (supra, párr. 46. c), independientemente de la existencia o no del estado de suspensión de garantías.

53. Durante el término de la incomunicación a que fue sometida la señora María Elena Loayza Tamayo y el proceso posterior en su contra, ésta no pudo ejercitar las acciones de garantía que, de acuerdo con el criterio de esta misma Corte, no pueden ser suspendidas.

54. Con mayor razón, considera esta Corte que fue ilegal la detención de la señora María Elena Loayza Tamayo con posterioridad a la sentencia final en el proceso militar de fecha 24 de septiembre de 1993 y hasta que se dictó el auto apertorio de instrucción en el fuero ordinario el día 8 de octubre del mismo año. De lo actuado en el proceso está probado que en dicho lapso se aplicó también la disposición del artículo 6 del Decreto-Ley N° 25.659 (delito de traición a la patria).»⁹⁸

Es interesante el punto de esta sentencia, en el cual se considera que fue ilegal la reclusión en prisión de la ofendida María Elena Loayza Tamayo, dispuesta con posterioridad a la sentencia final del fuero militar el 24 de setiembre de 1993. Esto es sumamente razonable desde el momento en que la recurrente fue absuelta en el procedimiento militar que se le siguió, entonces, dada su absolutoria, caía por tierra y se difuminaba el mérito sustantivo o la probabilidad razonable de comisión de delito, requisito indispensable para someter a encarcelamiento provisional a una persona.

C.1.2. Caso Suárez Rosero vs. República del Ecuador. Sentencia de Fondo, del 12 de noviembre de 1997

a) Los hechos

Los acontecimientos que dan origen a la reclamación del señor Suárez Rosero ante la jurisdicción internacional, están enfocados en la privación ilegítima de su libertad de que fuera objeto, por parte de autoridades civiles, policiales y judiciales del Ecuador. Porque, en efecto, Rafael Iván Suárez Rosero fue arrestado a las dos y treinta horas del 23 de junio de

⁹⁸ Cf. Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia de 17 de setiembre de 1997 (Fondo), pars. 52-54.

1992 por agentes de la Policía Nacional de este país, como parte de la operación policiaca “Ciclón”, el propósito de la cual radicaba en *—desarticular a una de las más grandes organizaciones del narcotráfico internacional—*. A la víctima se la detuvo, con base en una pretendida denuncia realizada por los pobladores del sector de Zámboza, en la ciudad de Quito, quienes afirmaron a la policía que los ocupantes de un vehículo “Trooper” se encontraban quemando algunas sustancias que parecían droga.

A partir de esta detención inicial, se inicia todo un auténtico e ignominioso calvario para el señor Suárez Rosero, sufriendo el mismo toda una amplia estela de vejámenes y de violaciones a sus derechos a la libertad física y a la integridad personal. En primer lugar, tenemos que la víctima fue detenida sin la previa emisión de una orden escrita dictada por autoridad competente, y sin haber sido sorprendido *in fraganti*. A pesar de que la declaración presumarial que rindió Iván Suárez el día de su detención lo fue sin la presencia de su abogado, se ordenó su incomunicación por el lapso de un mes (del 23 de junio al 23 de julio de 1992), periodo durante el cual Suárez Rosero fue recluido en el Regimiento de Policía “Quito número dos”, ubicado en la calle Montúfar y Manabí de la ciudad de Quito, en una celda húmeda y poco ventilada de cinco por tres metros y en la cual había otras dieciséis personas.

Durante el lapso de su incomunicación, sea del 23 de junio al 23 de julio de 1992, Suárez Rosero no pudo recibir ninguna clase de visitas de sus familiares o tener comunicación con un profesional en Derecho, la única forma en la que tenía contacto con su familia era a través de intercambios de ropa y de lacónicas notas manuscritas que eran revisadas por el personal de seguridad de la comisaría. No es sino hasta el día 28 de julio de 1992 que se permite, al ofendido, que reciba visitas de su familia y de su abogado, mismas que se dan aproximadamente unas dos veces por semana.

Pasada la incomunicación del recurrente ante la jurisdicción interamericana, propiamente el día 22 de julio de 1992, el Intendente General de Policía de Pichincha ordena al Director del Centro de Rehabilitación Social para Varones de Quito, que mantuviera detenido al señor Suárez Rosero hasta que un juez emitiera una orden en contrario y ello sin que la

víctima a ese momento conociera los hechos concretos por los que se le acusaba y sin haber comparecido aún ante autoridad judicial. Fue hasta el 12 de agosto de 1992, que el Juez Tercero de lo Penal de Pichincha determina la emisión de un auto de prisión preventiva contra Rafael Iván Suárez.

Mediante sendos libelos presentados a estrados judiciales ecuatorianos los días 14 de setiembre de 1992 y 21 de enero de 1993, el señor Suárez Rosero solicitó que se revocara la orden que autorizó su detención preventiva; no fue sino hasta el 27 de noviembre de 1992, que el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito ordenó el inicio de la fase de instrucción del procedimiento en su contra, en el cual se lo acusó de transportar drogas con el fin de destruirlas y de ocultar la evidencia. Estas dos gestiones se rechazan por la Corte Superior de Justicia de Quito el día 26 de enero de 1994. Ante la creciente incertidumbre de su situación jurídica, el 29 de marzo de 1993 Rafael Iván Suárez Rosero planteó un recurso de *habeas corpus* ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, denegándose esta petición el 10 de junio de 1994 porque el amparado “no aportó información sobre la clase o naturaleza del juicio por el que ha sido privado de su libertad”.

El 10 de julio de 1995, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito declaró abierto el plenario del proceso contra el señor Suárez Rosero, con la acusación de encubrimiento de tráfico de drogas. Además, dictaminó que en el *sub exanime* no se habilitaban los requisitos para proceder a la prisión preventiva, por lo que se ordenó su libertad. Al tiempo, el 13 de julio de 1995, el Ministerio Fiscal de Pichincha solicitó que no se ejecutara la orden de libertad de ninguna persona mientras los autos no fueran consultados ante el Superior; y el 24 de julio de 1995, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito avaló la requisición ministerial, amparándose en el artículo 121 de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, el cual disponía que, en materia de delitos por narcotráfico, no se concedería la libertad hasta tanto las resoluciones respectivas no se consultasen ante el Superior. En consecuencia, los autos del proceso fueron elevados a revisión ante la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, el 31 de julio de 1995; disponiendo este último órgano la inmediata libertad del señor Suárez Rosero el 16 de abril de 1996, resolución que fue cumplida hasta el 29 de abril del mismo año.

A pesar de lo indicado, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, fallando por el fondo el 09 de setiembre de 1996, resuelve que Rafael Iván Suárez Rosero es encubridor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, condenándolo a la pena de dos años de prisión, previo abono de la preventiva sufrida y, además, se le impuso la obligación de pagar una multa de dos mil salarios mínimos vitales generales. Toda esta situación había determinado que ya desde el 24 de febrero de 1994, el señor Suárez Rosero acudiera ante la CIDH, reclamando la reparación de sus derechos constitucionales y convencionales lesionados y este órgano formula la demanda respectiva ante la Corte IDH, contra el estado de Ecuador, el día 22 de diciembre de 1995.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

Gran parte de las cuestiones debatidas en el presente caso versan precisamente sobre el tópico de la prisión preventiva, constituyendo el objeto del proceso la ilegítima detención que las autoridades ecuatorianas practicaron sobre la persona del señor Suárez Rosero. En este punto, el órgano de la justicia interamericana considera que las restricciones o privaciones de libertad deben estar asentadas y justificadas no solo en las circunstancias previstas por la ley (aspecto material), sino que además deben cumplirse todos los trámites y requisitos que se señalan inexorablemente en la normativa (aspecto formal).

Ahora bien, y considerando que el señor Rafael Iván Suárez no fue detenido en flagrante delito, la Corte estima que la detención del ofendido, para haber sido legítima, debió producirse en virtud de indicios suficientes que permitieran presumir la autoría de un delito al implicado, y sobre todo, necesariamente ante orden emitida por autoridad judicial competente. Como en los autos del presente proceso consta que el señor Suárez Rosero fue detenido por la Policía Nacional del Ecuador el 23 de junio de 1992, mientras que la primera actuación judicial respecto de su privación de su libertad fue pronunciada el 12 de agosto de 1992, sea más de un mes después de su detención; la Corte concluye que el Ecuador violó los incisos 1 y 2 del artículo 7 de la CADH:

«45. La Corte considera innecesario pronunciarse sobre los indicios o sospechas que pudieron haber fundamentado un auto de detención. El hecho relevante es que dicho auto se produjo en este caso mucho tiempo después de la detención de la víctima. Eso lo reconoció expresamente el Estado en el curso de la audiencia pública al manifestar que “el señor Suárez permaneció arbitrariamente detenido”.»⁹⁹

Encontramos así, que independientemente de los méritos de orden sustantivo o procesal que confluyen en las presentes actuaciones, la Corte introduce un criterio de análisis por el cual si no se cumplen en un todo los supuestos formales para el encarcelamiento durante el proceso, la prisión se torna *per se* ilegítima hasta tanto se cumplan los requisitos omitidos.

Estrechamente relacionado con la temática de la prisión preventiva, en este fallo la jurisdicción interamericana formula también ciertas opiniones sobre la incomunicación, la cual según el canon 22.19.h de la Carta Política del Ecuador, no puede superar las 24 horas. Al respecto, se pone especial énfasis en la excepcionalidad de la medida de incomunicación, indicándose que su propósito es simplemente el evitar que se entorpezca la investigación de los hechos y procurándose en todo momento al imputado, su derecho a una defensa efectiva. Efectuando un detallado análisis de los procedimientos tramitados ante los órganos jurisdiccionales internos del Ecuador, la Corte pronuncia que como Suárez Rosero nunca procedió a comparecer ante autoridad judicial competente para ser intimado de cargos y poder ejercitar su defensa, el estado quebrantó en su perjuicio el numeral 7.5 de la CADH, por el cual:

«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.»¹⁰⁰

⁹⁹ Cf. Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), par. 45.

¹⁰⁰ Cf. CADH, Art. 7.5.

Se ahonda igualmente en la caracterización de los mecanismos de exhibición personal y los recursos de la jurisdicción constitucional, como mecanismos idóneos para la protección de los derechos constitucionales, especialmente la garantía de la libertad personal¹⁰¹. En esta sentencia, la Corte manifiesta que el *habeas corpus* debe garantizarse al detenido en todo momento, incluso cuando esté incomunicado, lo cual no se cumplió en el caso del señor Rafal Iván Suárez, porque en el mes por el que se extendió su incomunicación, ni siquiera tuvo libre acceso a un abogado. Además, también argumentó este foro interamericano que no basta con que el mecanismo de exhibición personal simplemente exista a nivel abstracto, pues el recurso respectivo debe ser resuelto de manera solícita y ser eficaz en la tutela de los derechos que dice consagrar: «*Dichos recursos deben ser eficaces, pues su propósito, según el mismo artículo 7.6, es obtener una decisión pronta “sobre la legalidad [del] arresto o [la] detención” y, en caso de que éstos fuesen ilegales, la obtención, también sin demora, de una orden de libertad.*»¹⁰²

Y como en la especie, el recurso de *habeas corpus* que interpusiera Suárez Rosero el 29 de marzo de 1993, fuera resuelto por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador hasta el 10 de junio de 1994, sea más de 14 meses después de su interposición; necesariamente ha de concluirse que el mecanismo procesal en cuestión no fue rápido, sencillo ni efectivo, sino todo lo contrario, y por su intermedio no se logró la protección de la libertad personal del ofendido.

¹⁰¹ Ya hemos hecho referencia con antelación, a la circunstancia de que una de las primeras acciones que emprenden las tiranías y los gobiernos despóticos, es precisamente la disolución del sistema de Administración de Justicia; o bien, la instalación de una judicatura infanda y acomodaticia a los intereses de turno. Los sistemas de justicia constitucional y los mecanismos procesales que los habilitan, son de los primeros y principales afectados por esta clase de regímenes. No por casualidad, la procedencia y efectividad de las acciones de *habeas corpus* en las dictaduras militares del Cono Sur en la segunda mitad del siglo XX, devinieron prácticamente nulas; y a este respecto es esclarecedor el examen que nos vierte Sagüés, al que ya aludiéramos (cf. *supra*, B.2.1; nota al pie N° 74). Idéntico fenómeno se dio en la Alemania nazi y en la Italia fascista, lo cual demuestra una vez más nuestra tesis de que entre más tendencialmente represivo sea un sistema de gobierno, más restricciones a la libertad personal y a otros derechos clásicos de la tradición ilustrada.

¹⁰² Cf. Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), par. 63.

Se innova en algunos aspectos de la materia como por ejemplo, la necesidad de que la prisión preventiva sea proporcional a la pena impuesta o que se llegare a imponer y, en este orden de ideas, la Corte manifiesta que aun cuando un tribunal ecuatoriano haya declarado culpable a Suárez Rosero por el delito de encubrimiento de tráfico de drogas, en ningún momento, ni bajo ninguna consideración se justificaría un encarcelamiento previo de tres años y diez meses, cuando la pena máxima prevista por la ley del Ecuador para este delito era la de dos años de prisión.

El Tribunal Interamericano también tuvo la oportunidad, en este fallo, de considerar que el señor Suárez Rosero había sufrido un quebranto hacia la garantía de la presunción de inocencia, contenido en el numeral 8.2 CADH. Ello en virtud de la extensión desmedida del lapso por que el que estuvo recluido preventivamente y debido a que una orden de libertad del 10 de julio de 1995 no pudo ejecutarse. También la Corte aprovecha para definir, en una de las primeras sentencias en que trata el tema orgánicamente, los propósitos y las finalidades de la prisión preventiva; sosteniendo la naturaleza cautelar y no punitiva de la misma:

«77. (...) De lo dispuesto en el 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 que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.»¹⁰³

¹⁰³ Cf. Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), par. 77. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

Ya desde esta sentencia encontramos delineadas, entonces, las dos únicas causales válidas de orden procesal para el dictado del encarcelamiento preventivo: el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de los procedimientos; el estado no debe restringir la libertad de una persona, si ello no va encaminado a asegurar el desarrollo eficiente de las investigaciones, o a evitar que se burle la acción de la justicia.

Por otra parte, también es de destacar que, en este pronunciamiento, la Corte ahonda en una temática muy importante y que será objeto de un mayor análisis en el capítulo cuarto de esta investigación: la obligación de los países suscriptores de un texto internacional, de adoptar las medidas de Derecho interno necesarias para hacer efectivas las garantías consagradas y la prohibición de emitir normativa o legislación contraria a los referidos textos internacionales, especialmente aquellos que tratan sobre Derechos Humanos. De hecho, este Tribunal Interamericano considera como una práctica ilegítima, la costumbre de muchos estados de guarecerse en su propio Derecho interno para eludir el necesario respecto a las garantías derivadas de la Convención Americana; tal como podemos observar claramente en algunas secciones del fallo: *«Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella.»*¹⁰⁴

Estas aseveraciones del órgano de justicia interamericano, son particularmente relevantes de cara al supuesto fáctico que se nos presenta; pues en este caso el Ecuador hizo introducir en su Código Penal un artículo 114 bis por el que, no obstante reconocer el derecho de todo sindicado por delito a ser excarcelado una vez cumplidos ciertos plazos máximos en la duración de su detención preventiva, inmediatamente dispone que esta regla no se aplicará a los acusados por delincuencias relacionadas con la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas:

«[l]as personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del

¹⁰⁴ Cf. Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), par. 97.

establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso.

De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso.

Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.»

De manera atinada, la Corte Interamericana pasa a considerar que son contrarias a la Convención, todas aquellas disposiciones que coarten más allá de lo estrictamente necesario el derecho a la libertad personal e igualmente estima como ilegítimos aquellos cánones por los que se infravalora, *a priori*, a ciertos conjuntos definidos de la población carcelaria, como ocurre en este caso, en que todos los sindicados por delitos de tráfico de drogas reciben un trato discriminatorio (a pesar de que en su contra, ninguna culpabilidad haya sido probada). Veamos:

*«98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculcados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.»*¹⁰⁵

¹⁰⁵ Cf. Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), par. 98.

C.1.3. Caso Tibi vs. República del Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 07 de setiembre de 2004.

a) Los hechos

El señor Daniel David Tibi es un ciudadano francés nacido el 23 de noviembre de 1958, y domiciliado en la ciudad de Quito, Ecuador, desde unos diez años antes del inicio de los hechos que dan pie a este proceso. Para la fecha de los hechos convivía con la también ciudadana francesa Beatrice Baruet, y habían procreado dos hijas: Sarah Vachon, nacida el 27 de agosto de 1983, y Jeanne Camila Vachon, quien nació el 01 de octubre de 1989; estando la señora Baruet con tres meses de embarazo a la sazón de estos acontecimientos. Fruto de esta gestación, nació la niña Lisianne Judith Tibi el 30 de marzo de 1996, para cuando su padre se encontraba encarcelado. Además, el señor Daniel Tibi era padre del señor Valerian Edouard Tibi, nacido el 10 de setiembre de 1982, hijo de una relación anterior y quien vivía en Francia.

En el Ecuador, el señor Tibi se dedicaba al comercio de piedras preciosas y arte ecuatoriano, siendo detenido por agentes policiales del estado, el 27 de setiembre de 1995, en razón de denuncias y de informaciones anónimas y cargadas de vaguedad, las cuales lo vinculaban con el pretendido delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. No fue sino hasta la fase del procedimiento llevado a cabo ante la Corte Interamericana, que se llegó a saber que el señor Tibi fue detenido en el marco de un procedimiento antinarcóticos de la policía ecuatoriana denominado “Operativo Camarón”, llevado a cabo el 18 de setiembre de 1995, en el cual las autoridades de la provincia del Guayas encontraron un congelador marca General Electric de 26 pies cúbicos, color blanco, en cuyo interior se encontraban 45 cajas de langostinos, y dentro de cada uno de estos crustáceos, se hallaba a su vez una cápsula de una sustancia, la cual, al ser reactivada, reaccionaba como *clorhidrato de cocaína*.

Por estos hallazgos se procesó al ciudadano ecuatoriano Eduardo Edison García León, quien el 23 de setiembre de 1995 manifestara en su declaración preprocesal ante el Fiscal

Sétimo de lo Penal del Guayas, que *—un sujeto francés de nombre Daniel, llegó a proveerle hasta cincuenta gramos de cocaína por dos o tres ocasiones (...)*”. A raíz de un requerimiento policial, el 27 de setiembre de 1995, al ser las dieciséis horas treinta minutos, el señor Daniel Tibi fue detenido en la ciudad de Quito, Ecuador, mientras conducía su automóvil entre las avenidas Amazonas y Carrión (Eloy Alfaro). La orden judicial del Juez Primero de lo Penal del Guayas, por la que se autorizaba la detención, no fue emitida sino un día después de que la misma se practicara, sea el 28 de setiembre de 1995. El acusado, en este caso, tampoco cometía ningún delito al momento de su detención y, durante el arresto, no fue intimado de cargos, informándosele que todo se trataba de un “control migratorio”.

El mismo día de su detención, se le comunicó a Daniel Tibi que debía ser trasladado a la ciudad de Guayaquil, a 600 kilómetros de distancia de Quito, lo cual se cumplió esa misma tarde mediante un vuelo en avión. El 28 de setiembre de 1995, Tibi rindió su declaración preprocesal como imputado ante el Fiscal Décimo de lo Penal del Guayas, sin presencia del juez, ni de su abogado defensor; en el curso de esta diligencia, el ofendido indicó que conocía al señor García León porque había mantenido tratativas para la exportación de chaquetas de cuero, negociación que nunca se concretó.

El día 04 de octubre de 1995, el Juez Primero de lo Penal del Guayas, Ángel Rubio Game, expidió mandato de prisión preventiva contra el señor Daniel Tibi y el resto de los coimputados en el “Operativo Camarón”, y dio inicio a la tramitación del expediente mediante la emisión del auto cabeza del proceso; pero la orden de encarcelamiento preventivo se tomó sin que el acusado compareciera personalmente ante el juez de la causa. El 05 de octubre de 1995, Daniel Tibi fue trasladado del Cuartel Modelo de Guayaquil al Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil (penal más conocido como “Penitenciaría del Litoral”), donde fue recluido inicialmente en el pabellón denominado como “la cuarentena”, en el que estuvo durante cuarenta y cinco días. En este lugar, Tibi tuvo que compartir celda con un total de entre 120 y 300 personas, en un espacio de 120 metros cuadrados y en donde permanecía las 24 horas del día, sin

ventilación y sin la luminosidad adecuadas. Con posterioridad, fue llevado al pabellón “atenuado bajo” del referido centro penal.

En ocasiones, el señor Daniel Tibi era objeto de diversos actos de violencia física y de maltratos, era amenazado por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de lograr su autoinculpación; por ejemplo, lo golpearon en diversas partes del cuerpo y en el rostro, le hicieron quemaduras con cigarrillos en sus piernas y, de las agresiones recibidas, derivó la fractura de algunas de sus costillas y la quebradura de ciertos dientes. Además, en una ocasión su cabeza fue sumergida en un tanque de agua, con el propósito de que confesara.

El 08 de diciembre de 1995, el señor Eduardo Edison García León se retractó de la declaración inicial en la que inculpó al señor Tibi, argumentando al efecto que *—bajo presión física y moral, fue obligado a firmar la declaración extraprocesal, bajo amenazas, sin ser responsable de lo que se indica en la misma—*¹⁰⁶. El día 03 o 05 de setiembre de 1997, el Juez Segundo de lo Penal del Guayas, Subrogante del Décimo Octavo de lo Penal del Guayas, con sede en Durán, emitió sentencia de sobreseimiento provisional a favor del señor Daniel Tibi. Conforme la regulación implementada con la Ley de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del Ecuador, la providencia de sobreseimiento fue elevada de oficio, en consulta, para ante la Corte Superior de Justicia de Guayaquil. Finalmente, el 14 de enero de 1998, la Corte Superior de Justicia de Guayaquil confirmó el sobreseimiento provisional del proceso, a favor de Daniel David Tibi; y como consecuencia, la libertad del señor Tibi fue ordenada el 20 de enero de 1998, y ejecutada el 21 de enero del mismo año. Ello traslada a la conclusión de que el señor Tibi permaneció bajo detención preventiva, en forma ininterrumpida, desde el 27 de setiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998, sea un total de veintisiete meses, tres semanas y tres días.

Durante el periodo por el cual se prolongó su encarcelamiento, Daniel Tibi hizo uso de algunos de los mecanismos que se preveían en la legislación y en el texto constitucional del Ecuador, a efectos de combatir una detención injusta o ilegítima; como por ejemplo, un

¹⁰⁶ Cf. Testimonio indagatorio rendido por el señor Eduardo Edison García León, ante el Juez Primero de lo Penal del Guayas, el 08 de diciembre de 1995; fs. 683 a 685 expediente Daniel Tibi v. Ecuador.

recurso de amparo judicial interpuesto el 01 de julio de 1996, un segundo recurso de amparo judicial planteado el 02 de octubre de 1997, un recurso de queja contra el Juez Primero de lo Penal del Guayas, de octubre de 1996; ninguno de los cuales fue eficaz para la recuperación de su libertad ambulatoria.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

Es de destacar que en este caso, la Corte Interamericana vuelve a insistir en la regla de que las restricciones a la libertad personal solo pueden ser adoptadas en la medida y en los límites dispuestos por el Derecho interno de cada estado; y ser ejecutadas con las debidas garantías y por autoridad competente, tal como hiciera en el caso Suárez Rosero. No obstante, en el presente caso se innova toda vez que para que se desprendiese esta conclusión, se echa mano a instrumentos internacionales como el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, texto aprobado por la ONU y en cuyo Principio 4 se dispone, en lo conducente:

«Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.»¹⁰⁷

Luego de una serie de consideraciones teóricas y de un análisis tanto de la legislación internacional como de la ecuatoriana, la Corte pasa a considerar que en el caso objeto de su pronunciamiento, se quebrantó la garantía del artículo 7.2 CADH al señor Daniel Tibi; ello porque se dispuso la detención en su contra sin la emisión de orden escrita emitida por autoridad competente (la cual fue dictada hasta un día después de su aprehensión), y sin que se lo haya sorprendido en la comisión de flagrante delito. En efecto, la víctima ante la justicia interamericana conducía su automóvil cuando fue detenida en la ciudad de Quito, sin que existiera orden de arresto en su contra, y lo peor, sin que existiera más prueba para

¹⁰⁷ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Resolución N° 43/173, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, del 09 de diciembre 1988. Principio 4.

incriminarlo por delito que la declaración de un coacusado (prohibida como medio probatorio según la normativa procesal penal del Ecuador).

La Corte Interamericana entra a argumentar, de igual forma, que la emisión de un mandato de prisión preventiva debe sustentarse en el más estricto acatamiento de la normativa legal del Estado; dado su carácter altamente lesivo a los derechos fundamentales, en especial al derecho a la libertad personal:

«106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.»¹⁰⁸

Enfatizando así la apreciación de la excepcionalidad con que debe operar la cautela de la prisión preventiva, el Tribunal Interamericano concluye que el encarcelamiento provisional ordenado contra Daniel David Tibi se dispuso, sin que existieran los indicios probatorios suficientes para implicarlo como autor o cómplice de algún delito y, sin que se garantizara la necesidad de la medida cautelar adoptada.

Además, y dada la profunda vinculación de esta reclamación judicial con la que se ventiló también contra el Ecuador en el caso Suárez Rosero, el órgano judicial de la OEA vuelve a insistir en la necesidad de asegurar un pulcro respeto al control judicial de la privación de libertad, como *«medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia»¹⁰⁹*. Estas precisiones las hace derivar la Corte

¹⁰⁸ Cf. Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 106. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

¹⁰⁹ Cf. Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 114.

IDH del artículo 7.5 de la CADH; y con sustento en estas consideraciones, declara que al señor Tibi se le quebrantaron las aludidas garantías. Ello porque la víctima de la justicia interamericana, nunca fue llevada *personalmente* ante el juez competente para la dilucidación de su situación jurídica, sino que únicamente rindió declaraciones ante el agente fiscal y ante un escribano público el 21 de marzo de 1996, casi seis meses después de su detención. Y se sostiene que el que el juez tenga un conocimiento indirecto de la declaración del imputado, o emita sus resoluciones con base en informes policiales y sin la garantía de la inmediación, constituye una violación a las disposiciones pertinentes de la Convención Americana.

Por su parte, se destaca también que los diversos recursos de amparo legal establecidos por el señor Daniel Tibi ante la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (plantados los días 01 de julio de 1996 y 02 de octubre de 1997), no cumplieron en absoluto su cometido de configurar un recurso sencillo y eficaz, que permitiese definir la legalidad de un arresto o decisión sin demoras injustificadas. Ello pues se consideró que el plazo de veintidós días de su resolución, fue a todas luces excesivo y, también, debido a que en el fondo de estas resoluciones, no se tomó en cuenta que los indicios inculpatorios de Daniel Tibi con el delito acusado, eran exiguos y nada concluyentes.

En el punto XI de su fallo en el caso en comentario, la Corte también relaciona de manera armónica la necesidad de la limitación de la prisión preventiva, con la garantía que impone el respeto a la presunción de inocencia. Este órgano vuelve a insistir en la doctrina de que el encarcelamiento durante el proceso solo puede estar fundado en motivaciones de aseguramiento procesal, sea asegurar la prueba o garantizar la propia comparecencia del acusado en el juicio. Para ello, se reproduce un extracto del que este Tribunal ya había hecho uso en el caso Suárez Rosero:

«180. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es

una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.»¹¹⁰

Y tomando este marco teórico de apreciaciones, la Corte propugna que, durante el proceso penal tramitado en su contra, se acudió a presumirlo como culpable y no como inocente, conculcando así el Ecuador el número 8.2 de la Convención Americana. Esta presunción de culpabilidad se sustenta en ciertos datos objetivos: la detención del señor Tibi fue arbitraria e ilegal, se lo mantuvo en prisión por casi veintiocho meses sin la mayor prueba que lo incriminase y el único elemento probatorio recopilado en su contra fue la declaración de un coacusado que luego se retractó de su dicho y manifestó que había sido forzado a inculpar a la víctima¹¹¹.

c) Votos concurrentes y razonados

Formularon sus votos concurrentes y razonados a esta sentencia, los señores jueces de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, Antonio Cançado Trindade y Hernán Salgado Pesantes. Especialmente relevante es el pronunciamiento concurrente razonado de García Ramírez, pues el Presidente del Tribunal formula una vasta serie de consideraciones que, a pesar de ser complementarias a la sentencia de fondo, no dejan de llamar la atención acerca de los problemas de los estados miembros del Sistema Interamericano: irrespeto o

¹¹⁰ Cf. Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 180.

¹¹¹ Al respecto, es sumamente ejemplificativa la forma en la cual la Corte Interamericana llega a concluir que al señor Tibi se le quebrantó el derecho a la presunción de inocencia: «*Considerados en su conjunto, los datos correspondientes al procesamiento penal del inculcado no solo no acreditan que se le hubiera tratado como corresponde a un presunto inocente; sino muestran que en todo momento se actuó, con respecto a él, como si fuere un presunto culpable, o bien, una persona cuya responsabilidad penal hubiere quedado clara y suficientemente acreditada.*» Cf. Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 182.

desidia frente a las sentencias de la Corte, quebranto de las normas neurálgicas del sistema de justicia penal, garantías judiciales que solo permanecen en el papel y en el texto de constituciones y códigos, pero no en la realidad; presunciones de culpabilidad que campean por sus fueros, escaso control jurisdiccional de las actuaciones de los órganos del poder público, recursos legales ineficaces o inalcanzables para la mayoría de la población, plazos excesivos en la duración de los procesos, prisiones insalubres, peligrosas y denigrantes, entre muchos males por el estilo.

García Ramírez nos insiste acerca de la radical importancia de que el justiciable sea presentado al juzgador lo más pronto posible después de su detención, como garantía de que los derechos humanos de su persona no habrán de ser conculcados. Es indispensable entonces la comparecencia ante el juez *«y no [ante] otro agente de la autoridad, para que aquél verifique, con toda la autoridad jurídica y ética que le brinda su magisterio de la ley, si se han cumplido las condiciones que legitiman su detención, si ésta debe prolongarse, si se justifica dar los siguientes pasos en el duro camino del proceso»*¹¹². A estos mismos efectos, también se señala la inobjetable utilidad del amparo y de los recursos expeditivos para el aseguramiento de la libertad personal, generalmente encomendados a la jurisdicción constitucional o a otra sede jurisdiccional especializada.

En el voto concurrente que comentamos, también se efectúa un especial hincapié en el problemático fenómeno de la generalización y la cada vez más amplia utilización de la cautela de la prisión preventiva. Atinadamente se señala que la conjunción de estos factores ha producido un aumento exponencial en el número de presos sin condena en los países de América Latina, al punto que se acude a informes del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), según los cuales en nuestras cárceles es mayor el número de indiciados que de convictos. De la misma forma, se reconoce que es difícil encontrarle una justificación a esta medida: *«Beccaria la consideró como pena que se anticipa a la sentencia, expresión*

¹¹² Cf. Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Concurrente Razonado del juez Sergio García Ramírez, par. 44 párrafo primero.

que denuncia la extraña naturaleza de la preventiva y su discutible justificación. Si ésta se funda solamente en motivos prácticos (que arraigan en la impotencia de la justicia para encontrar un sucedáneo que al mismo tiempo asegure la marcha del proceso y la seguridad de los participantes en éste, y ponga de nuevo a flote la presunción de inocencia), es obvia la necesidad de contraerla y contenerla: que sea, de veras, excepción y no regla.»¹¹³

Con unas palabras un tanto más sugestivas, el juez *ad hoc* de este caso Tibi, Hernán Salgado Pesantes; nos llega a ilustrar cómo pueden concretarse sinnúmero de injusticias y de desmanes al abrigo de la adopción de medidas legales como la de la prisión preventiva:

«4. No es posible que muchos jueces penales ecuatorianos, como los que actuaron en el presente caso, transformen a la prisión preventiva en un entierro de por vida, donde se podría evocar la inscripción que Dante pusiera en las puertas del infierno. Si, como en el presente caso, el juez observa, objetivamente, que no existen pruebas que fundamenten la prisión preventiva ¿cómo se puede mantener ésta sin límite de tiempo? Tal parece que estos jueces pierden la conciencia del daño irreversible que causa en un ser humano aquellos meses e incluso años de —prisión preventiva—.»¹¹⁴

C.1.4. Caso Fermín Ramírez vs. República de Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 20 de junio de 2005.

a) Los hechos

El señor Fermín Ramírez es un ciudadano guatemalteco. El día 10 de mayo de 1997, fue detenido por un grupo de vecinos de la aldea Las Morenas, en el municipio de Puerto Iztapa del departamento de Escuintla, quienes lo entregaron a la Policía Nacional por haber

¹¹³ Cf. Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Concurrente Razonado del juez Sergio García Ramírez, par. 61.

¹¹⁴ Cf. Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Razonado del juez *ad hoc* Hernán Salgado Pesantes, par. 4.

cometido, supuestamente, un delito en contra de la persona menor de edad Grindi Jasmín Franco Torres. Por estos presuntos hechos, al acusado se le abrió un proceso penal ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Escuintla. El 15 de mayo de 1997, el referido juzgado impuso al señor Ramírez la medida cautelar de prisión preventiva por los delitos de asesinato y violación calificada contra Franco Torres, quien a la fecha de los hechos contaba con 12 años.

El 01 de agosto de 1997, el Ministerio Público guatemalteco planteó formal acusación en contra del señor Fermín Ramírez, achacando la comisión del delito de violación calificada del número 175 del Código Penal. El órgano fiscal acusó que el imputado aprovechó un exceso de confianza de parte de la menor, a quien subió a una bicicleta que estaba conduciendo, luego la bajó de la misma y abusó sexualmente de ella, empleando tanta violencia que le produjo la muerte por estrangulamiento. Los días 05 y 06 de marzo de 1998, se llevó cabo el respectivo debate oral y público de este caso, ante el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.

A pesar de que la imputación de la acusación inicial, se circunscribía al delito de violación calificada, el Ministerio Público en sus conclusiones del juicio oral pasó a sostener que Fermín Ramírez era responsable por la comisión del delito de asesinato, que el hecho se llevó a cabo con “ensañamiento” y “con impulso brutal”, y por ende solicitó el dictado de la pena de muerte. En la audiencia de conclusiones de la Defensa, la misma no se pronunció explícitamente sobre el cambio de calificación jurídica petitionado por la agencia fiscal; situación que resultó determinante para que en la sentencia del 06 de marzo de 1998 del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, se variara la tipificación jurídica de la acusación, del delito de violación calificada al delito de asesinato. En consecuencia y luego de fundamentar una pretendida peligrosidad social del imputado, el órgano juzgador se decanta por imponerle a Ramírez la mayor sanción concebida por el ordenamiento jurídico-penal guatemalteco, sea la pena de muerte.

Contra la sentencia de 06 de marzo de 1998 del Tribunal de Sentencia Penal, la Defensa del señor Fermín Ramírez interpuso formal recurso de apelación especial por motivos de

forma y fondo, y ante la Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones Penal de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente. Esta gestión impugnatoria es declarada improcedente, mediante sentencia de segundo grado de la referida Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones Penal de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, del 27 de mayo de 1998. Al conocer esta sentencia, la Defensa nuevamente impugna la decisión de segunda instancia al plantear un recurso de casación por el fondo ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 07 de julio de 1998, y en el que denunció una aplicación incorrecta de los numerales 430, 373 y 388 del Código Procesal Penal y 65 del Código Penal; no obstante, la Cámara Penal de la Corte rechazó el recurso al alegar que el mismo se interpuso erróneamente, pues supuestamente no se indicó el caso de procedencia del que derivaba la impugnación. A pesar de esta consideración, la Cámara revisó de oficio la sentencia de segundo grado, declarando improcedente el recurso porque se refería a normas de naturaleza adjetiva y no sustantiva y, por ende, lo que correspondía era una casación por la forma y no por el fondo. Es decir, la gestión de la Defensa es rechazada por una mera formalidad legal.

Finalmente, el 30 de setiembre de 1998, la Defensa de la víctima ante el sistema interamericano agota el último mecanismo legal de su país para hacer valer sus derechos, al interponer ante la Corte de Constitucionalidad un recurso de amparo contra la decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia antes citada, arguyendo que este pronunciamiento incidía negativamente contra su derecho a la vida, a la defensa en juicio, al debido proceso y a la presunción de inocencia. Este amparo es denegado por la Corte de Constitucionalidad, actuando como Tribunal Extraordinario de Amparo, por resolución del 18 de febrero de 1999.

Fracasadas todas las diligencias e instancias en el ámbito judicial, la Defensa de Fermín Ramírez presenta recurso de gracia ante el Ministerio de Gobernación de Guatemala el 27 de julio de 1999, solicitando la conmutación de la pena de muerte por la de presidio mayor. El 31 de mayo de 2000, el Presidente de la República emite el Acuerdo Gubernativo N° 235-2000, por el que se deniega el recurso de gracia interpuesto por la Defensa del imputado; ordenanza que se publica formalmente en el Diario de Centro América el 02 de

junio de 2000. No obstante este fallo del Ejecutivo, el señor Ramírez, por medio de sus abogados, siguió intentando por otras vías revertir los pronunciamientos que lo condenaban a muerte; así por ejemplo, planteó nuevamente varios recursos de amparo, intentó dos recursos de revisión, formuló un “incidente de falta de ejecutoriedad de la sentencia”, además de algunas solicitudes de aclaración y ampliación e incluso una acción de inconstitucionalidad parcial contra la norma punitiva que preveía la pena de muerte, pero todo ello fue infructífero. El único resultado palpable de todo ello, es que la detención del señor Fermín Ramírez se prolongó desde el 10 de mayo de 1997 hasta el 20 de junio de 2005.

La situación de zozobra experimentada por el señor Fermín Ramírez, a lo largo de todo su proceso judicial, así como la continua desesperación provocada por la inminencia de la ejecución de su condena, determinaron que el Instituto de la Defensa Pública Penal y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales presentaran una denuncia ante la CIDH a favor de la víctima, el 09 de junio de 2000. La CIDH decide someter el caso a la jurisdicción de la Corte IDH el 12 de setiembre de 2004.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

Aunque en el presente caso el Tribunal Interamericano se centró en su análisis de fondo al tratamiento de otros puntos, *exempli gratia*, el irrespeto por parte del estado guatemalteco a las garantías derivadas del debido proceso y en concreto, a la falta de coherencia o correlación entre acusación y sentencia en los fallos de los tribunales internos; sí tuvo oportunidad para alegar, someramente, que la detención sufrida por el señor Fermín Ramírez había sido arbitraria, en razón de que era totalmente ayuna de una fundamentación adecuada. Porque en efecto, la detención preventiva de que fue víctima el señor Ramírez, decretada el 15 de mayo de 1997, no encontró más justificante que la “gravedad del delito imputado” y la “peligrosidad del autor”, parámetros totalmente incompatibles con un Derecho Penal democrático y garantista, respetuoso de los postulados de la CADH.

En relación con esta temática de las detenciones ilegítimas y arbitrarias, es de destacar que la representación letrada del señor Fermín Ramírez en el procedimiento ante la Corte IDH, manifestó asimismo que el arresto de la víctima había sido ilegal, puesto que la misma fue detenida por un grupo de vecinos de la localidad de Puerto Iztapa, sin orden judicial alguna y sin que se pudiera hablar propiamente de un supuesto de flagrancia; pero, inexplicablemente, el Tribunal de Derechos Humanos omite todo análisis al respecto en su sentencia de 20 de junio de 2005.

C.1.5. Caso Acosta Calderón vs. República del Ecuador. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 24 de junio de 2005.

a) Los hechos

El señor Rigoberto Acosta Calderón, colombiano, nacido el 20 de agosto de 1962 y residente en la localidad de Putumayo, Colombia, al momento de los hechos; fue arrestado el día 15 de noviembre de 1989 cuando se dirigía al Ecuador, por la policía militar de aduana de ese país, bajo la sospecha de tráfico de drogas. El parte policial que se confeccionó ese día, refiere que en la maleta incautada a Acosta Calderón, se halló una sustancia que la policía presumió como “pasta de cocaína”.

Como consecuencia de los hechos descritos, el mismo 15 de noviembre de 1989, el Juez de lo Penal de Lago Agrio emitió el auto cabeza de proceso N° 192-89 en contra del señor Acosta Calderón; considerándose para ello que había sido detenido «*en posesión aproximadamente de 2 libras y media de pasta de cocaína*» y porque «*los hechos relatados constituían delitos punibles y pesquisables*, [por lo que se sindicó al señor] *Acosta Calderón, con orden de prisión preventiva por estar reunidos los presupuestos del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal*»¹¹⁵. En esta misma resolución, se ordenó recibir el testimonio indagatorio del imputado. Concomitantemente se confeccionaba una “boleta

¹¹⁵ Cf. Juzgado de lo Penal de Lago Agrio, República del Ecuador. Auto cabeza del proceso, 15 de noviembre de 1989.

constitucional de encarcelamiento” en contra de la víctima del presente caso, manifestándose que Acosta Calderón permanecería en prisión preventiva por el delito de “tráfico de droga”.

La presunta víctima ante la justicia interamericana, permaneció detenida en custodia de la policía militar aduanera en el IX Distrito “Amazonas”, localidad San Miguel, hasta el 21 de diciembre de 1989, fecha en que el Juez de lo Penal de Lago Agrio solicitó su traslado al Centro de Rehabilitación Social de Tena. Posteriormente, el imputado fue remitido al Centro de Rehabilitación de Ambato. Por escrito fechado el 27 de julio de 1990, Acosta Calderón solicitó que se revocara su orden de detención, pedimento que fue rechazado por el Juez de lo Penal de Lago Agrio el 13 de setiembre de 1990, argumentándose que la “situación jurídica” del peticionario no había cambiado.

Unos desórdenes suscitados a lo interno de las agencias administrativas del estado, hicieron que se perdiera el hilo de la cadena de custodia de la prueba y que no hubiera evidencia material alguna para sostener una imputación contra el señor Acosta Calderón. Por estos motivos, don Rigoberto Acosta solicitó nuevamente la revocación de la prisión preventiva que sufría, así como el archivo de la causa, por cuanto no existía cuerpo material de la supuesta infracción, lo cual tornaba su detención en ilegal. El indiciado no es indagado sino hasta el 18 de octubre de 1991, momento en que el mismo reitera su inocencia, manifiesta que se encuentra detenido desde el 15 de noviembre de 1989, y que hasta la fecha de su declaración no se había presentado ninguna prueba física en su contra.

En fecha 13 de agosto de 1993, el Juez de lo Penal de Lago Agrio ordenó el cierre de la etapa del sumario, por haberse cumplido todas las diligencias propias de dicha etapa procesal; sin embargo permanecía detenido el señor Acosta Calderón. El 16 de noviembre de 1993, la Fiscalía se inhibió de formular requisición acusatoria contra el imputado, ya que no aparecía la supuesta droga incautada y, por ende, no era evidente la responsabilidad penal del investigado. Con sustento en estas consideraciones, el 03 de diciembre de 1993, la judicatura decretó auto de sobreseimiento provisional de la causa, por no haberse comprobado la existencia de la infracción acusada. Empero, el 22 de julio de 1994 la

Primera Sala de la Corte Superior de Quito revocó la resolución antes señalada y emitió un auto de apertura del plenario en contra de Rigoberto Acosta Calderón, ordenándose que este continuara en detención preventiva. Este último tribunal consideró que se había demostrado la existencia del ilícito por medio del informe de la policía militar de aduanas, el supuesto pesaje de las drogas en el Hospital de Lago Agrio y un memorándum de la Dirección de Salud de la Provincia de Napo.

El 08 de diciembre de 1994, el Tribunal Penal de Napo, con asiento en Tena, condenó al señor Acosta Calderón por el delito de tráfico de drogas, imponiéndole una pena de nueve años de reclusión en el Centro de Rehabilitación Social de Quito, amén de una multa de 50.000 sucres. Finalmente, a la víctima ante el sistema interamericano se le concede la libertad el 29 de julio de 1996, atendiendo el lapso por el cual se prolongó su prisión preventiva (cinco años y un mes). Buscando la reparación para sus derechos fundamentales violados, el 08 de noviembre de 1994 la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos del Ecuador (CEDHU), presenta una petición a favor del señor Acosta Calderón, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y este último órgano formula la respectiva demanda ante la Corte Interamericana el 25 de junio de 2003.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

La Corte formula en este caso, al igual que en la mayoría de los supuestos precedentes en que se ha abordado el tema, una serie de consideraciones normativas relacionadas con la temática del encarcelamiento preventivo. Se repasa lo que al respecto postulan tanto la propia CADH como el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de las Naciones Unidas e incluso la propia legislación ecuatoriana. Sin embargo, el Tribunal Interamericano también llega a afirmar que la detención inicial del señor Acosta Calderón estuvo apegada a derecho, puesto que su arresto fue realizado en supuesto *flagrante delito*, pues la policía militar de aduana lo encontró en posesión de una sustancia que tenía la apariencia de ser una droga prohibida.

A pesar de ello, la Corte también pasó a estimar que en el *sub exanime* no se habilitaron las causas para afirmar la legalidad de la subsistencia de la detención sufrida por el señor Rigoberto Acosta Calderón; es decir, si bien el arresto inicial del imputado fue catalogado como legítimo, no así su continuación, puesto que se consideró que no había base sustantiva para encarcelar preventivamente al indiciado por más de cinco años, cuando ni siquiera apareció nunca la sustancia decomisada. La Corte IDH reparó, entre otras cosas, que el estado del Ecuador nunca había presentado ante estrados judiciales el informe de análisis químicos para comprobar que la muestra recolectada correspondía a pasta de cocaína, conforme exigía la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas entonces vigente y, en este entender, la detención del encartado por más de cinco años devenía contraria a la ley.

Se insiste nuevamente en la naturaleza de la prisión preventiva como cautela y no como punición, por lo que *«la prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida»*¹¹⁶. Se hace referencia a la circunstancia de que en el caso no se dio un pronto control judicial de la detención infligida a Acosta Calderón, pues no consta que el amparado haya sido presentado ante el juez para rendir su declaración, sino hasta transcurridos casi dos años de su aprehensión. Se toma nota de que el 08 de octubre de 1991, el Tribunal Penal de Lago Agrio manifestó que “dentro del proceso no constaba [el testimonio indagatorio de la presunta víctima], presumiéndose que el actuario de ese entonces no había incorporado en el expediente dicha diligencia”, por lo que la misma se practicó hasta el 18 de octubre de 1991. Como se puede apreciar, a pesar de que la víctima fue detenida el 15 de noviembre de 1989, el que no se lo sometiera a indagatoria sino hasta octubre de 1991 torna en ilegítima su detención, e impide el adecuado control judicial de la misma; en este orden de ideas se manifiesta que *«el simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía [la del control judicial de las detenciones], ya que el detenido debe comparecer*

¹¹⁶ Cf. Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 75.

personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente»¹¹⁷. Tampoco este tipo de arbitrariedades se subsanan con que la persona sea presentada ante un fiscal o ante un agente de policía, pues estos son funcionarios desprovistos de potestades jurisdiccionales.

Igualmente, y como corolario del principio de la presunción de inocencia estatuido en el art. 8.2 CADH, se llega a afirmar que la restricción de la libertad de un detenido no debe superar los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia. Y recordando lo ya definido en el caso Tibi, la Corte IDH postula que una prisión preventiva dilatada en el tiempo equivale a anticipar pena, lo cual socava los principios generales del derecho, universalmente reconocidos. Con este sustento teórico, se cataloga como injustificada la detención de don Rigoberto Acosta Calderón, la cual se extendió desde el 15 de noviembre de 1989 hasta el 08 de diciembre de 1994, máxime que no había ni una sola razón que la justificara. Se hace hincapié en que el estado nunca demostró, por medios técnicos o científicos, como su propia legislación lo exigía, que las sustancias cuya posesión se atribuyó al amparado, constituyeran estupefacientes.

De la misma forma, la Corte IDH también tuvo la oportunidad de valorar la adecuación del artículo 114 bis¹¹⁸ del Código Penal ecuatoriano a los criterios sostenidos en la Convención. El Tribunal Interamericano vuelve a apuntar la regla de la primacía del DIDH, considerando que los estados partes en la CADH no pueden emitir medidas ni reglas contrarias a los derechos y libertades consagrados en la misma. El referido artículo 114 bis del Código Penal del Ecuador fue declarado inconstitucional el 16 de diciembre de 1997; no obstante, sus reglas fueron aplicadas previamente al señor Acosta Calderón, pues la orden de sobreseimiento y la consecuente libertad que se estipularon en su favor, fueron suspendidas dado que la causa se elevó en consulta obligatoria ante el superior, como disponía la ley a la sazón.

¹¹⁷ Cf. Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 78.

¹¹⁸ Cf. *Supra*, C.1.2.

Sobre la inadmisibilidad de adoptar medidas discriminatorias contra los sindicatos por cierta clase de delitos, como por ejemplo los relativos al narcotráfico; el juez Cançado Trindade expresa en un Voto Razonado que los grandes males de la sociedad actual deben ser combatidos desde el derecho:

«8. Como la Corte ha sostenido en su Opinión Consultiva No. 18, de 2003, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos en ella consagrados; en virtud del carácter perentorio del principio básico de la igualdad y no discriminación, —lo Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias» (párr. 88). Los graves males de nuestros tiempos, - el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado, entre otros tantos, - deben ser combatidos dentro del Derecho, pues simplemente no se puede enfrentarlos con sus propias armas: dichos males sólo pueden ser vencidos dentro del Derecho.»¹¹⁹

C.1.6. Caso Palamara Iribarne vs. República de Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 22 de noviembre de 2005.

a) Los hechos

El cuadro fáctico que guía el presente caso, se reconduce a la situación vivida por el señor Humberto Antonio Palamara Iribarne en el año 1993. Palamara Iribarne, ciudadano chileno residente en la localidad de Punta Arenas, ejercía la profesión de ingeniero naval mecánico, ingresó a la Armada de Chile, en 1972 y su retiro se produjo a partir del 01 de enero de 1993. En enero de 1993, comenzó a laborar como asesor técnico para el Departamento de Inteligencia Naval de la Comandancia en Jefe de la Tercera Zona Naval, en la modalidad de “empleado civil a contrata”, extendiéndose su contratación desde el 01 de enero al 31 de diciembre de 1993.

¹¹⁹ Cf. Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 25 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, par. 8.

El señor Palamara Iribarne vivía en una casa ubicada en una pequeña colonia de la Armada chilena, junto a su esposa Anne Ellen Stewart Orlandini y sus tres hijos Humberto Antonio, Fernando Alejandro y Raimundo Jesús, todos Palamara Stewart. A fines del año 1992, el señor Humberto Palamara se decide a escribir un libro al que posteriormente intitula Ética y Servicios de Inteligencia, y en el cual desarrolla el tópico de cómo lograr mayores cotas de humanización y de sensibilidad social en el accionar de los servicios de inteligencia del estado. Entre enero y febrero de 1993, la víctima de este caso opta por encargar a la imprenta Ateli, la edición de 1000 ejemplares de su libro, los cuales son puestos a su disposición el mismo mes de febrero. A pesar de que Palamara Iribarne quiso entregar su libro a la publicidad, las autoridades militares de la Armada consideraron que para publicarlo era necesaria una autorización de sus superiores, la cual misma fue negada, invocándose al respecto una prohibición contenida en el artículo 98 de la Ordenanza de la Armada, N° 487 del 21 de abril de 1988. Se le ordenó al peticionario, que “no podía salir nada publicado sin previa autorización, ni siquiera los panfletos y que no se debía continuar con el armado de los libros”¹²⁰.

A pesar de la negativa a la solicitud de autorización de su libro, el señor Palamara Iribarne no quiso desistir de publicarlo. A raíz de ello, se abrió en su contra un proceso penal en el Juzgado Naval de Magallanes, por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares, mismo al que se asignó el número 464. El 01 de marzo de 1993, el Fiscal Naval suplente emitió una resolución por la que se ordenó la incautación de todo tipo de escritos, documentos o publicaciones relacionados con el libro en cuestión, que se verificaren en la referida imprenta. El mismo día, al caer las veintidós horas quince minutos, el Fiscal Naval suplente y el Secretario del Juzgado Naval de Magallanes se constituyeron en el domicilio de la víctima, en donde incautaron 874 ejemplares de la publicación motivo de la controversia, y obligaron a Palamara Iribarne a borrar del disco duro de su computador personal el texto íntegro del libro.

¹²⁰ Cf. Declaración del Comandante en Jefe de la III Zona Naval ante el Fiscal Naval Suplente de Magallanes, Armada de la República de Chile, del 10 de marzo de 1993; f. 813 de la causa N° 464 del Juzgado Naval de Magallanes.

Durante el mismo acto de la incautación de los libros, el 01 de marzo de 1993, se procedió a practicar la detención del señor Palamara Iribarne. No obstante, no se le indicaron las razones de la misma, no se procedió a informarle los cargos que se le imputaban, ni tampoco se le permitió el acceso a un abogado defensor en las primeras fases del procedimiento. Humberto Palamara rindió su declaración de inmediato ante el Fiscal Naval suplente de Magallanes y este emitió un auto en el que decidió que “no había mérito para decretar la detención del inculpado”, disponiendo su mantenimiento en libertad con las prevenciones legales.

El 15 de marzo de 1993, el Fiscal Naval suplente del Juzgado Naval de Magallanes emite auto de procesamiento contra la víctima del presente caso, estimando que de la prueba allanada puede derivarse la comisión de los delitos de incumplimiento de deberes militares y de desobediencia. En esta misma resolución, se ordena la prisión preventiva del encausado, denegándose la excarcelación puesto que existían “diligencias pendientes que cumplir en el proceso que hacen estrictamente necesaria su prisión”¹²¹, entre las que se citan: la declaración del jefe directo del imputado, el oficio dirigido al Jefe del Estado Mayor de la Armada, y la incorporación al expediente de sus antecedentes personales y la ficha de su filiación. En razón de esta providencia, Palamara Iribarne es detenido en su domicilio y recluso en la Guarnición IM “Orden y Seguridad”.

El día 16 de marzo de 1993, Humberto Antonio Palamara Iribarne solicitó a la agencia fiscal naval de Magallanes, que se le concediera la libertad condicional mediante la satisfacción de la garantía previa de una caución, *«toda vez que el delito que se encontraba investigando el Tribunal no es de aquellos que merezcan pena aflictiva, máxime aún cuando consideraba que no había cometido delito alguno; que su detención no era necesaria para la investigación que se realizaba; que debía proveer al cuidado de su familia; que no era un peligro para la sociedad; y que no eludiría la acción del fiscal*

¹²¹ Cf. Auto de procesamiento emitido por el Fiscal Naval suplente de Magallanes en contra de Humberto Antonio Palamara Iribarne, del 15 de marzo de 1993; fs. 823-824 expediente penal N° 464 del Juzgado Naval de Magallanes, República de Chile.

mediante fuga o el ocultamiento»¹²². Ese mismo día, el órgano fiscal desecha el pedimento del encartado, aludiendo genéricamente a los artículos 361 inciso 1) y 363 inciso 1) del Código de Procedimiento Penal de Chile, y sustentando que no se habían agregado al expediente el extracto de filiación y los antecedentes calificados en la causa. Esta resolución motiva a la víctima a presentar un recurso de apelación el mismo día 16 de marzo de 1993, impugnación que prospera ante la Corte Marcial, el día 23 de marzo de 1993, determinándose en alzada la “libertad bajo fianza” para el señor Palamara Iribarne. Esta orden se ejecutó el día 26 de marzo de 1993.

El 24 de setiembre de 1993, el Fiscal Naval de Magallanes ordenó el cierre del sumario en contra del señor Palamara Iribarne, requiriendo su condena por la alegada comisión de un delito de incumplimiento de deberes militares (art. 299.3 del Código de Justicia Militar), y de dos delitos de desobediencia (arts. 336.3 y 337.3 del Código de Justicia Militar). Además, el órgano fiscal solicitó que se decretara la pérdida de su estado militar y el comiso de las especies incautadas. Finalmente, el Juzgado Naval y el Auditor Naval de Magallanes pronuncian sentencia contra el imputado el 10 de junio de 1996, en la cual se le condena a un total de 662 días de reclusión militar menor por un delito de incumplimiento de deberes militares y dos de desobediencia; dicha pena es conmutada por el beneficio de reclusión nocturna durante un lapso de 649 días.

El 17 de julio de 1996, Palamara Iribarne formula, ante la Corte Marcial de la Armada, un recurso de apelación contra el referido pronunciamiento de fondo; mismo que es resuelto por sentencia del 02 de enero de 1997 de la Corte Marcial de la Armada, en la que, entre otras cosas, se confirman los delitos imputados, no obstante rebajarse los lapsos de condena, eximirse al imputado de la pena de pérdida del estado militar y concederse el beneficio de remisión condicional de la pena.

¹²² Cf. Solicitud de libertad provisional formulada por el señor Palamara Iribarne ante el Fiscal Naval suplente de Magallanes, del 16 de marzo de 1993; f. 828 expediente penal N° 464 del Juzgado Naval de Magallanes, República de Chile.

El 09 de enero de 1997, el abogado de Palamara Iribarne interpone un recurso de casación por el fondo contra la sentencia de segunda instancia pronunciada por la Corte Marcial de la Armada. Sin embargo, el 05 de agosto de 1997, la Corte Suprema de Justicia de Chile, contando en su integración al auditor general del ejército, rechazó la impugnación planteada por la representación letrada del encartado, arguyendo que “no se había vulnerado el artículo 6 del Código de Justicia Militar por haber sido correctamente aplicado”.

Toda la situación antes descrita motiva que el día 16 de enero de 1996, el CEJIL presente ante la CIDH una petición en nombre del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, en reclamación de los derechos constitucionales y convencionales que le fueron vulnerados por las autoridades chilenas. A esta denuncia se le brinda el trámite respectivo en la Comisión, y luego de la aprobación del Informe sobre fondo N° 20/03, el caso es presentado formalmente ante la Corte IDH el 13 de abril de 2004.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

Como lo hizo en la mayor parte de sus precedentes jurisprudenciales, en el caso Palamara Iribarne v. Chile la Corte IDH vuelve a expresarse sobre el carácter fundamentalmente excepcional que reviste el instituto de la prisión preventiva; encontrándose acotada por los principios de presunción de inocencia, legalidad, necesidad y oportunidad. Y como también consideró en otras sentencias, el tribunal de derechos humanos manifiesta aquí que la privación de libertad durante el proceso sólo puede darse cuando concurren las circunstancias y requisitos prefijados para ello, «*existan 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*»¹²³.

¹²³ Cf. Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 198.

De seguido, la Corte IDH pasa a explorar algunos puntos de la constitución política y de la legislación chilenas, con el propósito de desentrañar los principales fundamentos legales que guían la aplicación de la figura de la prisión provisional. En primer lugar, se destaca el número 136 del Código de Justicia Militar de Chile, que dicta que *«cuando haya motivo bastante para sospechar que una persona es autor, cómplice o encubridor de un delito, el Fiscal podrá decretar su prisión o limitarse a citarlo a prestar declaración indagatoria»*¹²⁴. Y considerando que para los efectos del juzgamiento ante el fuero militar, se aplicaban de manera supletoria los preceptos de la legislación común; en el caso pasaron a operar las reglas estatuidas en el entonces artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, según el cual *«por el procesamiento la detención se convierte en prisión preventiva»*.

Pasando propiamente al análisis de las circunstancias que se verificaron en el caso que conocemos, es de destacar que aquí la Corte IDH controvierte el que se haya emitido una orden de prisión preventiva contra el señor Humberto Antonio Palamara, el día 12 de julio de 1993, sin que en la resolución respectiva se indicara más fundamento jurídico que el numeral 274 del Código de Procedimiento Penal, el cual no se refiere a las condiciones que deben acreditarse para que se pueda dictar prisión preventiva, sino más bien a aquellas por las que opera el auto de procesamiento. Se nos indica que ello es definitivamente preocupante, porque en los pronunciamientos de los tribunales internos nunca se hace referencia concreta a los motivos que inspiran el encarcelamiento provisional, sino más bien a los motivos para emitir un procesamiento, los cuales son bien distintos a los primeros. Además, ya en su fallo del caso Palamara Iribarne, la Corte IDH empieza a delinear la idea por la cual la prisión preventiva debe asegurar una finalidad de corte procesal, dado que aquella *«(...) exige, además de un grado razonable de imputabilidad de la conducta delictiva al procesado, que la privación de la libertad sea necesaria para evitar un daño al proceso que pueda ser ocasionado por el acusado»*¹²⁵.

¹²⁴ Cf. Congreso Nacional y Presidencia de la República de Chile. Decreto N° 2226, del 19 de diciembre de 1944. *Código de Justicia Militar de Chile*, artículo 136.

¹²⁵ Cf. Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 206.

Además, el Tribunal Interamericano recuerda que en este mismo caso el señor Humberto Palamara ya había permanecido privado de su libertad del 16 de marzo de 1993 al 26 de marzo de 1993, habiéndose denegado en un inicio su excarcelación por la supuesta existencia de diligencias pendientes de cumplir en el proceso, mismas que hacían estrictamente necesaria la prisión acordada y, entre las cuales, se citaron la necesidad de recabar la declaración del jefe directo del imputado, la requisición al Estado Mayor General para que este informara si tramitó algún tipo de autorización previa a la publicación del libro Ética y Servicios de Inteligencia, y la incorporación al expediente del extracto de filiación del entonces encartado y de sus antecedentes. En una muy atinada crítica, la Corte señala que las informaciones que era necesario obtener, no merecían la imposición de una medida tan drástica como la adoptada en el caso concreto, máxime que en razón del carácter secreto de la etapa del sumario, Palamara Iribarne no estaba en condiciones de obstruir los procedimientos, aun en el hipotético caso de que lo quisiera. Sobre el particular, es importante rescatar la literalidad de algunas de estas alegaciones de la Corte:

«212. En la jurisdicción militar chilena, al parecer, la prisión preventiva procede como regla y no como excepción. De las normas del Código de Justicia Militar y del Código Procesal Penal aplicado al señor Palamara Iribarne que regulan la prisión preventiva se desprende que al momento de emitir el auto de procesamiento el juez puede conceder la excarcelación al procesado sin caución alguna cuando —el delito de que se trata está sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio menor en su grado mínimo—. Es decir, la libertad condicional es un —beneficio— que el juez puede otorgar al procesado cuando se reúnen ciertos requisitos exigidos por la ley, partiendo de la premisa de la privación de su libertad como regla.»¹²⁶

Como en casos anteriores, la Corte estima que es necesario garantizar el control judicial de las detenciones, y ello no solo como mecanismo para tutelar la libertad personal, sino también para asegurar la plena vigencia de derechos de otra índole, por ejemplo, la garantía

¹²⁶ Cf. Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 212.

del derecho a la vida y a la integridad personal. Además, se manifiesta con remarcado énfasis que «[e]l simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente»¹²⁷. En la especie fáctica que se somete a su conocimiento, la Corte IDH pasa a opinar que no se dio un efectivo control judicial de las medidas coercitivas aplicadas al recurrente ante la jurisdicción interamericana, pues el órgano que decidió su encarcelamiento fue la Fiscalía Naval de Magallanes, la cual no revestía los requisitos de independencia, competencia e imparcialidad que exige el artículo 8.1 CADH.

C.1.7. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. República del Perú. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 25 de noviembre de 2005.

a) Los hechos

El señor Wilson García Asto es un ciudadano peruano nacido el 22 de febrero de 1970, y contaba con 25 años al momento de acaecer los hechos que se describirán de seguido. Para 1995, cursaba el último año de estudios de Ingeniería en Sistemas en la Facultad de Ingeniería Industrial y de Sistemas de la Universidad Nacional del Callao. Para el 30 de junio de 1995, García Asto es detenido por personal de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), mientras se encontraba en una parada de autobús y sin previa orden judicial; también fueron detenidos los señores Nicéforo Bartolomé Melitón Cárdenas y María Beatriz Azcárate Vidalón.

Ese mismo día, las autoridades policiales confeccionaron un acta de registro personal del señor Wilson García Asto, donde consignaron que se le habían encontrado “tres volantes de carácter subversivo”, ello con la finalidad de implicarlo de alguna manera como autor del delito de terrorismo. El 30 de julio de 1995 se traslada a García Asto a las oficinas de la

¹²⁷ Cf. Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 221.

DINCOTE en Lima, donde permanece incomunicado y sin acceso a una defensa efectiva, hasta el día 12 de julio de 1995.

El 01 de julio de 1995 se practica una diligencia de registro en el domicilio de la presunta víctima, sin que a dicha actuación procesal se apersonara el representante del Ministerio Público (el cual llegó a la inspección hacia el final de la misma), y sin disponer de orden judicial previa. En este acto se incautó la computadora del entonces imputado, así como una serie de documentos, a título de “literatura, manuscritos, periódicos, panfletos, volantes y otros de carácter subversivo”. Tanto el señor García Asto como su familia fueron obligados a firmar el acta de registro domiciliario, bajo amenaza de que ante la negativa a proceder de esta manera, se detendría a la madre y a los hermanos de la víctima.

El 12 de julio de 1995, el señor Wilson García Asto tuvo oportunidad de rendir manifestación policial, en la cual indicó que la documentación listada en el acta de registro personal en realidad no fue incautada a su persona. Al día siguiente, la Policía Nacional de Perú dispuso la apertura del atestado policial N° 071-D3-DINCOTE, imputándole a la víctima de este caso el delito de terrorismo, por supuestamente haberse comprobado “su militancia en Sendero Luminoso¹²⁸ como Apoyo Organizado de la Zonal Norte del Comité

¹²⁸ Sendero Luminoso (oficialmente “Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso”) es un grupo irregular peruano de ideología marxista, leninista y maoísta; cuyo máximo periodo de actividad se verificó en la década 1981-1990 y a comienzos del decenio siguiente, en el marco del conflicto armado interno en el Perú y de la mano de la praxis y del ideario de su principal expositor, Abimael Guzmán Reynoso. Las principales reivindicaciones de Sendero Luminoso consisten en la lucha por un nuevo empoderamiento de las clases populares, especialmente los indígenas y los campesinos; a través de políticas de movilidad social como por ejemplo la reforma agraria, la educación universal y una economía de tintes autárquicos y colectivistas. Sus métodos de acción no difieren de los empleados por las organizaciones terroristas, lo cual ha valido para que las autoridades del estado peruano hayan dado pie al despliegue del aparato punitivo oficial y a la adopción de medidas draconianas en contra de los integrantes de este grupo. Tal como nos explica el estadounidense Simon Strong, los antecedentes de esta agrupación pueden hallarse ya en los albores del siglo XX; como parte de una táctica subversiva de un sector de la población en contra de las profundas desigualdades sociales y económicas que vertebraban a la sociedad peruana de entonces: «*La potencialmente explosiva combinación de la utopía socialista y la inca fue inicialmente extinguida por decenios de represión política intercalada de golpes militares y dictaduras. [José Carlos] Mariátegui murió en 1930, poco después de haber fundado lo que luego se volvió el Partido Comunista Peruano, que fue rápidamente proscrito y pasó a la clandestinidad. Este partido adoptó una línea prosoviética fosilizada indiferente a los matices locales. Pero el mito inca, latente como siempre en la mente andina, había adoptado un lugar más neurálgico en el escenario político. (...) el poder del mito también fue reconocido por Víctor Raúl Haya de la Torre, fundador del partido que desde los años 30 ha dominado la vida política peruana del siglo XX: la Alianza Popular Revolucionaria Americana, APRA. Obligado a la clandestinidad, Haya*

Regional Metropolitano de dicha organización”, todo ello según lo dispuesto en los artículos 2, 4 y 5 del Decreto Ley N° 25.475.

El 17 de julio de 1995, el Juez del Cuadragésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, con sustento en una denuncia promovida por el Ministerio Público y en el referido atestado policial, emite un acto de apertura de instrucción contra Wilson García Asto por el delito de terrorismo. Además, considerando “la naturaleza del delito instruido” y la “legislación especial sobre la materia (artículo 13 inciso a) del Decreto Ley N° 25.475)”, el aludido juzgador determina mandato de detención contra García Asto.

El 02 de febrero de 1996, un fiscal cuya identidad no trascendió para la víctima, formula requerimiento acusatorio en contra de García Asto, acusándolo como autor del delito de terrorismo tipificado en los artículos 2, 4 y 5 del Decreto Ley N° 25.475, y solicitó que se le impusiera pena privativa de libertad de veinte años. La diligencia del plenario contra el entonces indiciado, se practicó ante una Sala Penal Especial “sin rostro” designada por la Corte Superior de Justicia de Lima. El 18 de abril de 1996, esta instancia condenó a Wilson García Asto como autor del delito de terrorismo en agravio del estado, imponiéndole una pena privativa de libertad de veinte años y el pago de una reparación civil; considerándose que de la información encontrada en el domicilio del imputado, se acreditaba su “participación activa en el grupo sedicioso Sendero Luminoso”. La víctima ante la Corte IDH interpone recurso de nulidad, contra el fallo de instancia que lo condenó penalmente, declarándose sin lugar esta impugnación por la Corte Suprema de Justicia de Lima el 14 de julio de 1997.

No obstante, luego de la caída del gobierno de Albero Fujimori en el año 2000, se someten al Tribunal Constitucional del Perú diversas consultas, cuyo propósito es examinar la legitimidad de gran parte de la legislación antiterrorista, emanada en los primeros años de la década anterior; consultas constitucionales estas que, si bien no tienen por resultado la

*de la Torre adoptó el nombre de guerra Inca Pachacútec. También aceptó el manto de salvador mesiánico. Un poema dedicado a él decía: “Luz eres que iluminas el sendero/ antes oscuro de este país tan explotado...”. Ya tañían las campanas para un movimiento cuyo nombre abreviado sería Sendero Luminoso.» Cf. Strong, Simon (1993). *Sendero Luminoso*. Buenos Aires, Argentina: Emecé Editores, S.A., pp. 67-68.*

anulación de la legislación respectiva, sí permitieron realizar algunos matices interpretativos en relación con las normas impugnadas, gracias a lo cual se dispuso la anulación de numerosos juicios y actos procedimentales surgidos bajo la égida de la referida normativa. Es así que el día 20 de noviembre de 2002, la señora Celia Asto Urbano, madre del indiciado García Asto, presentó una acción de *habeas corpus* a favor de su hijo, la misma es acogida por sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima del 15 de enero de 2003, la cual dictaminó que el procedimiento a que fue sometida la presunta víctima violó principios fundamentales como el debido proceso, el del juez natural, el principio de inmediación y el de identidad física del juzgador. Consecuentemente, se declaró nulo el primer proceso penal seguido en su contra en el fuero común y se ordenó la reposición de los procedimientos.

El 10 de marzo de 2003, el Primer Juzgado Penal Especializado en Delito de Terrorismo, emitió un auto de apertura de instrucción en la vía ordinaria en contra del señor Wilson García Asto, por la presunta comisión del delito de terrorismo en modalidad de asociación, tipificado en el artículo 5 del Decreto Ley N° 25.475. Por medio de esta misma resolución, el Juzgado Penal dispuso la emisión de un mandato de detención contra García Asto, argumentándose que, a tenor del artículo 135 del Código Procesal Penal, se contaba con elementos probatorios suficientes acerca de la posible comisión del delito imputado, que la posible pena privativa de libertad a imponer era mayor a cuatro años y que el peligro procesal subvenía en las actuaciones del proceso, toda vez que *«de la gravedad del hecho imputado y las consecuencias jurídicas que acarrearía la probanza de los mismos, era de presumir que el imputado, de permanecer en libertad, trataría de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, en un acto de defensa natural»*¹²⁹.

Como parte de las diligencias probatorias del nuevo proceso, las autoridades policiales informaron al Primer Juzgado Especializado en Delito de Terrorismo, el 21 de octubre de 2003, que no fue posible ubicar el destino de la documentación que se dijo haber encontrado en el disco duro de la computadora de Wilson García Asto; con lo que se

¹²⁹ Cf. Primer Juzgado Especializado Penal en Delito de Terrorismo, auto de apertura de instrucción del 10 de marzo de 2003; expediente de anexos a la demanda ante la Corte IDH, Tomo I, anexo 27, f. 205.

desvanecía una parte importante y sustancial de la prueba incriminatoria del caso seguido en contra de su persona. A pesar de ello, el 21 de noviembre de 2003, la Sala Nacional de Terrorismo declaró improcedente la solicitud de libertad de la víctima ante la jurisdicción interamericana, por superarse los lapsos de detención; al considerarse que no se cumplían los requisitos establecidos en el número 137 CPP, para proceder a la libertad del imputado.

Finalmente, el 05 de agosto de 2004, la Sala Nacional de Terrorismo dictó sentencia absolutoria a favor del señor Wilson García Asto y concomitantemente, dispuso la libertad del mismo. Esta orden fue ejecutada el día 06 de agosto de 2004, en que se liberó a la víctima. La resolución absolutoria en cuestión fue impugnada a través de sendos recursos de nulidad planteados por la Procuraduría Pública y la Segunda Fiscalía Suprema de Lima; impugnaciones que fueron rechazadas mediante resolución de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, del 09 de febrero de 2005. Así las cosas, el señor García Asto permaneció privado de su libertad por espacio de casi diez años consecutivos, sea desde el 30 de junio de 1995 hasta el 06 de agosto de 2004; lapso durante el que estuvo sometido a multitud de vejámenes y a situaciones verdaderamente degradantes de su salud y de su integridad personal.

Es otra, aunque bastante similar a la anterior, la situación del señor Urcesino Ramírez Rojas. Se trata de un ciudadano peruano, nacido el 24 de julio de 1944 y con cuarenta y siete años de edad al momento de la ocurrencia de los hechos por los cuales reclama reparación ante la Corte IDH. Ramírez Rojas es economista y se había desempeñado laboralmente en el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú y luego como Asesor Parlamentario del Congreso de la República, simpatizando con el partido político Unidad Nacional de Izquierda Revolucionaria (UNIR). Se acogió a su derecho a la jubilación en 1991 y tenía planeado establecer una consultoría para asesorar a pequeñas y medianas empresas y a la vez dedicarse a la investigación.

El 27 de julio de 1991, Ramírez Rojas es detenido en su domicilio, estando enfermo, por personal de la policía peruana contra el terrorismo, junto con Isabel Cristina Moreno Tarrazona, excompañera del mismo. La detención se produjo sin orden habilitada al efecto

y sin la presencia del fiscal. Este mismo día se llevó a cabo el registro del domicilio de Urcesino Ramírez Rojas, refiriéndose en las actas correspondientes que se habían incautado manuscritos y literatura alusiva a una presunta organización de carácter subversivo, una computadora, una máquina de escribir y algunos audios que registraban conferencias sobre temas de la historia, la economía y la política del Perú.

Ya en las agencias de la policía, el señor Ramírez Rojas fue sometido a una incomunicación de tres días, no permitiéndosele contacto ni con su abogado, ni con sus familiares; rindiendo su manifestación policial entre el 02 y el 05 de agosto de 1991, en la cual rechazó su ligamen con grupos o actividades terroristas. Con estos antecedentes, el 08 de agosto de 1991 la DINCOTE formuló el Atestado Policial N° 153, en el cual sindicaba al señor Ramírez Rojas como autor del delito de terrorismo, “al haber quedado plenamente demostrada su vinculación con la organización Sendero Luminoso”; para lo cual se tomaron como supuestas pruebas incriminatorias, manuscritos, literatura y casetes relacionados con los partidos de izquierda del Perú. Esto último permitió al Fiscal Titular Provincial de la Fiscalía Especial de Terrorismo de Lima, el 09 de agosto de 1991, radicar denuncia contra Urcesino Ramírez Rojas y otros, por el delito de terrorismo en agravio del Estado.

El 09 de agosto de 1991, el Cuadragésimo Sexto Juzgado de Instrucción de Lima dictó auto apertorio de instrucción en el procedimiento ordinario, en contra de los señores Urcesino Ramírez Rojas, Isabel Cristina Moreno Tarrazona, Héctor Aponte Sinarahua y otras tres personas aún no detenidas, entre ellas el líder de Sendero Luminoso, Manuel Rubén Abimael Guzmán Reynoso, por la presunta comisión de los delitos de terrorismo y robo en agravio del Estado. Con esta misma resolución, se acordó un mandato de detención en contra de los procesados.

Tanto el 26 de diciembre de 1991 como el 15 de febrero de 1992, Ramírez Rojas requirió formalmente su libertad condicional, amparándose en el artículo 201 del Código de Procedimientos Penales vigente para la fecha y sosteniendo que no había ningún mérito de fondo en la acusación en su contra; dichas peticiones no recibieron respuesta. El 30 de

setiembre de 1994, luego de realizadas las audiencias plenarias respectivas, la Sala Penal Especializada en Terrorismo de la Corte Superior de Justicia de Lima, conformada por jueces “sin rostro”, dictaminó una condena de veinticinco años de pena privativa de libertad para Urcesino Ramírez Rojas por el delito de terrorismo en agravio del Estado, de acuerdo con la letra del numeral 320 del Código Penal vigente en 1991. Esta resolución condenatoria fue atacada por la Defensa del inculpado mediante recurso de nulidad, gestión que fue desechada por la Corte Suprema de Justicia del Perú por sentencia del 08 de agosto de 1995. Igual suerte corrió, el 24 de agosto de 1999, un recurso de revisión de su condena, que fuera intentando por Ramírez Rojas ante la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante haber cobrado firmeza el pronunciamiento de condena en su contra, el 19 de setiembre de 2002 el Séptimo Juzgado Penal de Lima acogió una acción de *habeas corpus* a favor de Urcesino Ramírez Rojas; considerándose que en su procesamiento, se le había quebrantado a la víctima su derecho a ser juzgada por un juez natural y, en consecuencia, su libertad individual. El Tribunal Constitucional confirmó parcialmente esta resolución el 27 de marzo de 2003, denegando no obstante la pretensión de excarcelación de la víctima, toda vez que “el auto de apertura de instrucción no había sido declarado nulo, por que el mandato de detención ahí ordenado se mantenía incólume”.

Mientras tanto, el señor Ramírez Rojas había presentado, el 13 de julio de 2004, una solicitud para variar su mandato de detención por el de comparecencia; pero este pedimento fue declarado “improcedente” por resolución del Primer Juzgado Penal Especializado para Delitos de Terrorismo, del 01 de setiembre de 2004, en razón de que no existían “nuevos actos” que cambiaran la situación jurídica del entonces imputado. Esta decisión jurisdiccional fue apelada por la Defensa del señor Urcesino Ramírez el 13 de setiembre de 2004, alegando la falta de justificación de la detención practicada; pero la resolución venida en alzada fue confirmada por la Sala Penal Nacional el 19 de noviembre de 2004, estimándose que «*no se habían dado elementos que pusieran en cuestionamiento la suficiencia de las pruebas que fueron consideradas por el a quo para decretar la medida de detención dictada al recurrente, resultando insuficientes para tal propósito las*

diligencias instructorias, lo que hace necesaria la aplicación excepcional del mandato de detención, como medida asegurativa personal, a efectos de permitir el desarrollo adecuado del proceso»¹³⁰. Una nueva solicitud de libertad provisional de Ramírez Rojas fue radicada ante la Sala Penal Nacional, el 02 de junio de 2005 y, nuevamente rechazada por esta instancia el 01 de setiembre del mismo año. Así las cosas, la Corte IDH encontró que el señor Urcesino Ramírez Rojas permaneció privado de su libertad desde el 27 de julio de 1991 y hasta la fecha de la emisión de su sentencia, el 25 de noviembre de 2005; para un total de más de 14 años en prisión preventiva, expuesto a múltiples enfermedades y peligros y en condiciones poco compatibles con su dignidad ,en cuanto persona humana.

Todos los hechos aquí descritos, tanto en relación con el señor Wilson García Asto como con el señor Urcesino Ramírez Rojas, determinan que la señora Celia Asto Urbano haga ingresar ante la CIDH una petición a favor del primero el 09 de noviembre de 1998; mientras que el señor Pedro Ramírez Rojas hace lo propio a favor del segundo, el 12 de noviembre de 1998. La CIDH dispone la acumulación de los casos de los señores García Asto y Ramírez Rojas el 14 de agosto de 2003, para tramitar ambos bajo el expediente N° 12.413; y finalmente eleva las actuaciones ante la Corte IDH el 22 de junio de 2004.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

Al momento de efectuar la subsunción de los hechos tenidos como acreditados en el presente caso, con las normas de fondo previstas en los instrumentos internacionales de DD.HH., la Corte IDH realiza una bifurcación en su análisis; pasó a considerar por separado la situación del señor Wilson García Asto y la del señor Urcesino Ramírez Rojas. No obstante, se formulan algunas apreciaciones de carácter general, por ejemplo, se afirma el indiscutible imperio de la libertad personal como elemento patognomónico de una sociedad democrática, se alude a la necesaria limitación del encarcelamiento preventivo y a su carácter fundamentalmente cautelar, y se estatuyen como limitaciones de este instituto

¹³⁰ Cf. Sala Nacional Penal del Perú. Resolución N° 216 del 19 de noviembre de 2004; expediente de *affidávits* y sus observaciones ante la Corte IDH, fs. 6015-6017.

procesal, las garantías de la presunción de inocencia y los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad.

Ahora bien, en relación con la detención de que fue objeto el señor García Asto, es sumamente interesante acotar que la misma se llevó a cabo sin ningún tipo de orden o pronunciamiento judicial previo que la habilitase; simplemente el imputado fue arrestado mientras se encontraba en un paradero de autobús, y las autoridades policiales manifestaron que se encontró en su poder documentación “de carácter subversivo”. No obstante, en la defensa que hizo de este punto ante la Corte IDH, el Perú se sustentó en la letra f) del inciso 24) del numeral segundo de su Carta Política de 1993, en la cual se aprecia de primera mano un régimen de Derecho criminal sumamente restrictivo de los derechos fundamentales, compatible casi totalmente con las tendencias del Derecho Penal del enemigo. Observemos este artículo de primera mano:

«Artículo 2º. Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...)

f) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.»¹³¹

Independientemente de lo afirmado en el texto constitucional peruano recién citado, la Corte IDH arguyó que en el caso del señor Wilson García, al mismo se le quebrantó su derecho a que un contralor judicial revisara la legalidad de su detención, «*como medio de*

¹³¹ Congreso Constituyente Democrático del Perú. Constitución Política del Perú, del 29 de diciembre de 1993. Artículo 2, inciso 24), letra f). Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

*control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales»*¹³². En este orden de ideas, se resalta como ilegítimo el que el señor García Asto no haya sido puesto a disposición de autoridad judicial sino hasta 17 días después de su detención, en contra del mandato del artículo 7.5 CADH. También se valora como contrario a la Convención, el que el Decreto Ley N° 25.659 estableciera la imposibilidad de presentar acciones de tutela sumarial o de garantía a favor de los sindicatos por delitos de terrorismo o análogos; a pesar de que luego dicha norma fue derogada por el Decreto Ley N° 26.248, que dejó abierta esa posibilidad.

El Tribunal Interamericano pasó a analizar, de la misma forma, la legalidad o ilegalidad del encarcelamiento preventivo sufrido por la víctima luego de la anulación del primer proceso seguido en su contra, en el fuero común y ante un órgano jurisdiccional “sin rostro”, lo que ocurrió el 15 de enero de 2003. A estos efectos, la Corte rememora que por auto del 10 de marzo de 2003 del Juzgado Especializado Penal en Delito de Terrorismo, se dictó apertura de la instrucción de su caso, sindicándolo como autor del delito de terrorismo en la modalidad de asociación e imponiéndosele mandato de detención, pues según el artículo 135 CPP vigente para la fecha de los hechos, “se contaba con elementos probatorios suficientes de la posible comisión del delito imputado”.

Se pasa a considerar por la Corte que para el momento de este nuevo juzgamiento, el reformado artículo 135 del CPP peruano establecía como requerimientos para autorizar al juzgador el dictado de un mandato de detención:

- a) prueba suficiente que vincule al imputado como autor o partícipe de un delito,
- b) el que la posible sanción a imponer sea superior a cuatro años de prisión, y
- c) que existan elementos probatorios suficientes para concluir que el imputado podría eludir la acción de la justicia o afectar la actividad probatoria.

Y con respecto a la duración de los procedimientos, el artículo 137 de la referida legislación procesal penal estatúa que el lapso máximo de la detención preventiva no será

¹³² Cf. Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 109.

mayor a nueve meses en el procedimiento ordinario y a dieciocho meses en el procedimiento especial; en tanto que para la tramitación de delitos de terrorismo, el límite temporal de la detención podía extenderse hasta un total de treinta y seis meses. La norma en cuestión estipulaba que al vencimiento de los plazos indicados, «*sin haberse decretado sentencia en primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado*». A pesar de ello, el ordinal cuarto del Decreto Legislativo N° 926, aprobado el 20 de febrero de 2003, consignaba que si por cualquier motivo era anulada una sentencia condenatoria y el indiciado estaba descontando prisión efectiva, no por ello debía acordarse la inmediata libertad de los imputados ni suspenderse las requisitorias fiscales existentes y, al mismo tiempo, en la primera disposición complementaria de dicho decreto se sostenía que los plazos máximos de detención del artículo 137 CPP vigente, debían iniciar a computarse desde la sentencia de anulación y no desde el comienzo de la detención propiamente dicha.

Efectuando un análisis cuidadoso de los plazos de las principales actuaciones procesales del expediente del señor García Asto, la Corte IDH concluyó que entre el 15 de enero y el 10 de marzo de 2003, la víctima permaneció privada de su libertad —*sin haber estado condenada ni procesada*—, lo cual constituye irremisiblemente una privación arbitraria de esta¹³³. Igualmente, el tribunal internacional critica el auto que impuso a García Asto mandato de detención, en cuanto el mismo justifica los peligros procesales «*por la gravedad del hecho imputado y las consecuencias jurídicas que acarrearía la probanza de los mismos*»; toda vez que según el propio canon 135 del CPP del Perú, no constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir la justicia, la pena prevista en la ley, *in abstracto*, para el delito que se imputa. Ello fue determinante para sostener la falta de fundamentación de la resolución del Primer Juzgado Especializado en Delito de Terrorismo, que mantuvo la prisión preventiva de la víctima.

Por otra parte, la Corte IDH se aboca también al análisis de la situación jurídica del señor Urcesino Ramírez Rojas durante el periodo por el cual estuvo detenido preventivamente. Se valora como ilegítimo por el tribunal, el que la víctima de este caso haya sido detenida

¹³³ Cf. Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 124-125.

en estado de enfermedad, en ausencia de supuestos de flagrancia y sin orden judicial previa emitida por autoridad competente. Se reprocha, igualmente, el que la víctima no haya sido puesta a disposición de autoridad judicial competente sino hasta 13 días después de su aprehensión.

Por paridad de argumentaciones con el caso del señor García Asto, la Corte IDH tuvo oportunidad de manifestar que en el proceso seguido luego de la anulación del primer juicio contra el señor Urcesino Ramírez Rojas, se presentaron algunas irregularidades y quebrantos normativos al texto de la CADH. En primer lugar, la Corte toma nota de que el 27 de marzo de 2003, el Tribunal Constitucional peruano declaró parcialmente fundada una acción de *habeas corpus* a favor de Ramírez Rojas, ordenando la anulación de su primera condena. Esta orden fue cumplida por la Sala Nacional de Terrorismo del Perú el 13 de mayo de 2005, cuando se anuló el primer pronunciamiento de condena; abocándose el Primer Juzgado Penal Especializado en Delito de Terrorismo al conocimiento del asunto hasta el 24 de junio de 2003. El tribunal internacional consideró como ayunas de motivación, las diversas alegaciones de los órganos jurisdiccionales peruanos para validar los efectos de un mandato de detención dictado hace más de 14 años; estimando así que su detención fue arbitraria y excesivamente prolongada en el tiempo.

No obstante, a pesar de haberse pronunciado la ilegitimidad y arbitrariedad de la detención provisional del señor Urcesino Ramírez Rojas y estimarse como desproporcionado el lapso de 14 años por el que esta se había prolongado, paradójicamente la Corte se abstuvo de ordenar la inmediata liberación de la víctima, como hubiese sido lo más lógico al constatar la entidad y la trascendencia de las violaciones a los derechos humanos cometidas en su perjuicio. Esta contradicción es hábilmente advertida en el Voto Disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, para la cual el Perú debió haber dispuesto la liberación del recurrente ante la jurisdicción interamericana, con independencia de lo que llegara a disponerse en el segundo proceso penal al que estaba siendo sometido.

C.1.8. Caso López Álvarez vs. República de Honduras. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 01 de febrero de 2006.

a) Los hechos

Alfredo López Álvarez es un ciudadano hondureño, nacido el 10 de abril de 1951 en el municipio El Progreso, Departamento de Yoro. Es miembro y dirigente de la etnia garífuna. El territorio de Honduras tiene una composición poblacional multiétnica y pluricultural, aquí se dan cita pueblos indígenas, mestizos y afrodescendientes. El pueblo garífuna, cuyos antecedentes datan del siglo XVIII, está conformado por individuos que son resultado del mestizaje entre indígenas y afrodescendientes y se encuentran ubicados hacia el sector norte de la costa caribeña del país. Este pueblo tiene tradiciones culturales propias muy particulares; es reconocido especialmente por su lenguaje, músicas y danzas diferenciados.

El pueblo indígena garífuna, en particular, ha mantenido sensibles controversias con autoridades del gobierno hondureño y con empresarios privados de la región, en relación con el tema de la titularidad, el dominio y la posesión de las tierras ancestrales de esta etnia, pues cada vez han sido más insistentes las presiones por cercenar el espacio vital de los garífunas y restringirlos hacia centros poblacionales muy reducidos.

El señor López Álvarez se ha desempeñado como dirigente comunal de la etnia garífuna en varios puestos y oficios; así, ocupó la dirigencia de la Organización Fraternal Negra de Honduras (OFRANEH) y de la Confederación de los Pueblos Autóctonos de Honduras (CONPAH) durante más de tres años y también ocupó puestos importantes en el Comité de Defensa de Tierras Triunfeñas (CODETT). Cuando fue detenido por la policía, el 27 de abril de 1997, era presidente del CODETT y vicepresidente de la OFRANEH.

A raíz de una llamada telefónica anónima recibida en la policía judicial hondureña el 31 de marzo de 1997, la Dirección de Lucha contra el Narcotráfico empezó a realizar ciertas pesquisas sobre las actividades del señor Sunny Loreto Cubas, a quien se implicaba como

traficante de cocaína. El 27 de abril de 1997, el señor Alfredo López Álvarez requirió los servicios del señor Luis Ángel Acosta, mecánico, con el fin de lograr la reparación del vehículo que López Álvarez utilizaba para el servicio de la comunidad garífuna, que se hallaba descompuesto. Como el automotor no funcionaba, la víctima ante la jurisdicción interamericana debió pedir un aventón al señor Acosta hacia las cercanías del Hotel Puerto Rico, en la ciudad de Tela, sitio donde vivía. Este mismo día, oficiales de la lucha contra el narcotráfico practicaron una requisa del vehículo en el que transitaban López Álvarez y Acosta y supuestamente encontraron en el mismo dos paquetes que contenían un polvo blanco. Los policías detuvieron a los ocupantes del vehículo en el estacionamiento del Hotel Puerto Rico y embalaron y decomisaron los paquetes, a los que se identificó preliminarmente como cocaína.

El señor López Álvarez fue trasladado a la oficina de la Dirección de Investigación Criminal (DIC) en la ciudad de Tela, sitio hasta el cual llegó a buscarlo su compañera, la señora Teresa Reyes Reyes. A ella no se le permitió conversar con su conviviente. El 29 de abril de 1997, el Juzgado de Letras Seccional de Tela dispuso la apertura del sumario contra don Alfredo López Álvarez, don Luis Ángel Acosta y don Sunny Loreto Cubas, recibió como elementos de convicción “dos kilos de cocaína, un carruco de marihuana y una piedra supuestamente de crack”, e instruyó la declaración indagatoria de los imputados, remitiéndolos al mismo tiempo al penal de Tela por el término de ley para inquirir. La indagatoria de la víctima de este caso, fue recibida en el aludido Juzgado de Letras Seccional de Tela el 29 de abril de 1997, sin la presencia de un defensor particular.

El 02 de mayo de 1997, el Juzgado de Letras Seccional de Tela emitió formal auto de prisión provisional en contra de los señores Luis Ángel Acosta Vargas, Sunny Loreto Cubas y Alfredo López Álvarez, por la presunta delincuencia de posesión y tráfico ilícito de estupefacientes, en perjuicio de la salud pública del estado de Honduras, tomando como supuestos elementos de prueba, las evidencias que dijo haber recolectado la DIC en su oficio de 28 de abril de 1997. No se le permitió a la víctima de este caso, rendir caución o alguna otra especie de garantía para obtener su libertad provisional.

El 14 de mayo de 1997, la agencia fiscal contestó un oficio de la autoridad judicial, en el cual manifestó que dos muestras aleatorias de la evidencia recolectada correspondían a sustancias cannabinoideas. No obstante, el día 28 de abril de 1998, fecha para la que se dispuso la destrucción de la evidencia de los dos kilos de cocaína y, cuando el personal competente se aprestaba a incinerar las sustancias indicadas, una nueva prueba de campo practicada por peritos del Laboratorio Criminalístico y de Ciencias Forenses del Ministerio Público determinó un resultado negativo para sustancias psicotrópicas.

El 04 de agosto de 1997, López Álvarez formuló una solicitud de revocación de su mandato de prisión preventiva, declarándose sin lugar esta gestión por el Juzgado de Letras Seccional de Tela al estimarse que lo resuelto el 02 de mayo del mismo año, “se ajustaba a derecho”¹³⁴.

Al final de un proceso sumamente inquisitivo, con escaso respeto a los principios de la inmediación y la concentración de las actuaciones procesales y carente de un juicio oral y público, el Juzgado de Letras Seccional de Tela emitió, el 07 de noviembre de 2000, sentencia condenatoria por el delito de posesión y tráfico de estupefacientes, imponiéndose penas privativas de libertad de quince años a los señores Alfredo López Álvarez y Luis Ángel Acosta Vargas y dictándose sobreseimiento definitivo a favor de Sunny Loreto Cubas, quien había fallecido el 25 de junio de 1999. Contra este pronunciamiento, el abogado de los condenados, Elvin Javier Varela Rapola, interpuso el 16 de noviembre de 2000 un recurso de reposición y un recurso de apelación subsidiario. El 20 de noviembre de 2000 el Juzgado de Letras Seccional de Tela declaró sin lugar el recurso de reposición y admitió el de apelación, el cual fue remitido a la Corte de Apelaciones de La Ceiba. Este último despacho judicial de alzada, se decantó por declarar, el 02 de mayo de 2001, la nulidad absoluta de las actuaciones comprendidas a partir del 08 de octubre de 1997, por la

¹³⁴ Cf. Juzgado de Letras Seccional de Tela, República de Honduras. Auto del 07 de agosto de 1997; expediente de anexos a la contestación de la demanda ante la Corte IDH, T. I, f. 248.

existencia de “irregularidades procesales que constituirían violación de normas de obligatorio cumplimiento”¹³⁵.

A pesar de sobrevenir la nulidad del pronunciamiento de condena, no se dispuso la libertad de los imputados. Ello motivó a que el 20 de julio de 2001, la señora Teresa Reyes Reyes planteara formal recurso de exhibición personal a favor de Alfredo López y Luis Ángel Acosta ante la Corte de Apelaciones de La Ceiba, considerando también la quejosa, que en la especie se había dado un retardo excesivo e injustificado en la tramitación de la causa penal contra los agraviados, por lo cual su orden detención se tornaba ilegítima. Esta gestión procesal es declarada sin lugar por la Corte de Apelaciones de La Ceiba por resolución del 23 de julio de 2001.

En similares términos a los indicados en el recurso de la señora Reyes Reyes, el señor José Luis Mejía Herrera, defensor público de los inculcados, formula el 16 de enero de 2002, solicitud de revocación del auto de prisión del 02 de mayo de 1997; pidiendo la excarcelación por cuanto «*no existen elementos de prueba legalmente válidos para considerar plenamente establecido el cuerpo del delito, (...) y siempre existirá la duda razonable en el sentido de que si la sustancia que supuestamente se les incautó es o no es cocaína*»¹³⁶. Esta solicitud es desechada por auto del 24 de enero de 2002 del Juzgado de Letras Seccional de Tela, con base en un mero formalismo, aduciéndose que el informe que indicó que lo decomisado no era cocaína, no tenía valor jurídico alguno. Este auto fue apelado por Mejía Herrera el 30 de enero de 2002 y la Corte de Apelaciones de La Ceiba rechazó la impugnación el 18 de junio del mismo año, ordenando la continuación del *iter* procedimental hasta la sentencia definitiva.

Por resolución del 13 de enero de 2003, el Juzgado de Letras Seccional de Tela emitió una nueva sentencia en el caso ante la jurisdicción interna, pero esta vez absolviendo a los

¹³⁵ Cf. Corte de Apelaciones de La Ceiba, República de Honduras. Sentencia de 02 de mayo de 2001; expediente de anexos a la contestación de la demanda, T. II, fs. 609-611.

¹³⁶ Cf. Solicitud de revocatoria al auto de prisión y excarcelación del 16 de enero de 2002, formulada por el abogado José Luis Mejía Herrera; expediente de anexos a la contestación de la demanda, T. II, fs. 655-657.

señores Alfredo López Álvarez y Luis Ángel Acosta Vargas, y sobreseyendo a Sunny Loreto Cubas por su óbito. El juzgador de primera instancia consideró, entre otras cosas, lo siguiente:

«(...) no se estableció la cadena de custodia con la evidencia decomisada, por lo que a la fecha no existe la certeza de si la muestra enviada al laboratorio toxicológico y que resultó positivo se sustrajo de los dos kilos de polvo blanco decomisados a los imputados, puesto que no constaba en autos quién realizó tal diligencia o si fue que la misma fue suplantada posteriormente y al practicarse nuevamente la prueba resultó que no era cocaína. Existiendo en consecuencia dos dictámenes toxicológicos con resultados distintos y tratándose aparentemente de la misma evidencia, no quedando en esta forma comprobado el cuerpo del delito.»¹³⁷

Dada la insuficiencia probatoria verificada en la causa, la sentencia final fue de absolución a los imputados. No obstante, el 20 de enero de 2003 el Ministerio Fiscal interpuso un recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, ante la Corte de Apelaciones de La Ceiba, pero el fallo de primera instancia es confirmado por el *ad quem* por resolución del 29 de mayo de 2003; se arguyó, en lo medular, que con base en las probanzas legítimamente incorporadas al juicio, no estaba demostrada la participación de los sindicados en hecho alguno constitutivo de delito.

Durante todo el tiempo que se prolongó su detención (desde el 27 de abril de 1997 al 26 de agosto de 2003), el señor López Álvarez estuvo detenido en la cárcel de Tela y en la Penitenciaría Nacional de Támara, penal este último que se encontraba sumamente lejos del lugar de su domicilio y, por ende, dificultaba las visitas de sus familiares y amigos. En total, la víctima ante el sistema interamericano, permaneció en detención preventiva por espacio de seis años y cuatro meses¹³⁸. Las condiciones de los reclusorios en que

¹³⁷ Cf. Juzgado de Letras Seccional de Tela, República de Honduras. Sentencia del 13 de enero de 2003; expediente de anexos a la contestación de la demanda ante la Corte IDH, T. II, fs. 827-829.

¹³⁸ El abultado porcentaje de reos sin condena en la Honduras de finales del siglo XX, motivado indudablemente por el carácter inquisitivo del sistema procesal vigente y por las dificultades en la concesión de la excarcelación; constituyó el factor desencadenante de la promulgación de la Ley de Reos sin Condena, aprobada por Decreto N° 127-96, del 13 de agosto de 1996, el cual pretendía mitigar dicha problemática.

permaneció la víctima eran insalubres, peligrosas y apremiantes; en muchas ocasiones, el señor López Álvarez debió compartir una reducida celda con una gran cantidad de personas y la alimentación y el agua potable eran deficientes.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

Siguiendo las reglas prefijadas en casos anteriores, la Corte IDH, a través del análisis de los numerales 84 de la Constitución Política de Honduras de 1982 y 11 del Código de Procedimientos Penales, Decreto N° 189 de 1984, establece que para operar la detención de una persona debe existir una orden judicial previa en este sentido, o presentarse un supuesto de delito *in fraganti*, y aun en este último caso debe darse un control judicial inmediato sobre tal procedimiento. Se afirma en las conclusiones del órgano forense, que la detención de López Álvarez no fue ilegal en sí misma, pues presuntamente se lo detuvo en circunstancias que hacían presumir su ligamen con ciertas sustancias que tenían la apariencia de una droga prohibida.

Además, en el fallo sobre el fondo, el Tribunal Interamericano insiste una vez más en la excepcionalidad de la prisión cautelar, sosteniendo que la regla de una democracia es la primacía del derecho a la libertad de sus habitantes:

*«67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y 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.»*¹³⁹

Se trata de un caso innovador, porque aquí la Corte IDH tuvo la oportunidad de desarrollar algunas reglas y consideraciones sobre la prisión preventiva, al confrontar este instituto

Con anterioridad a esta emisión normativa, la legislación común no establecía en ningún caso, plazos máximos para la duración de la prisión preventiva o para la tramitación del sumario.

¹³⁹ Cf. Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 67. Lo resaltado no pertenece al original.

procesal con el principio constitucional de proporcionalidad y prohibición del exceso. Es verdaderamente plausible y significativo el que los jueces interamericanos hayan tenido la ocasión propicia para expresar, con contundencia, que *«las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva»*¹⁴⁰; ya que de esta forma se controvierte una idea que ha arraigado profundamente en los últimos años, al abrigo de las corrientes del populismo punitivo, cual es la de que cierta clase de delincuencias o de personalidades son socialmente indeseables y merecen el mayor de los castigos, justificándose inclusive la relativización de las garantías jurídicas ilustradas en aras de la lucha contra la criminalidad. El que la Corte IDH manifestara en esta sentencia, que la aplicación de la prisión provisional no puede quedar subordinada ni depender de la clase de delito o de persona que está siendo acusada, configura un valioso precedente y un excelente insumo para el análisis de la compatibilidad de algunos postulados de la legislación costarricense con los DD.HH., lo cual será objeto de desarrollo *ut infra*¹⁴¹.

Desde esta misma perspectiva, la Corte IDH sostuvo la opinión de que la legitimidad de un encarcelamiento preventivo no puede ser valorada en abstracto y aisladamente, ni tampoco puede darse por sentada con el solo cumplimiento de los requerimientos materiales y formales estatuidos en la ley para su procedencia, sino que en todo caso deberá examinarse a la luz de la proporcionalidad y de las características singulares de un caso concreto. Véase lo manifestado por el aludido foro judicial:

*«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 aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.»*¹⁴²

¹⁴⁰ Cf. Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 69.

¹⁴¹ Cf. *Infra*, Sección D.1.3.g).

¹⁴² Cf. Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 68.

En el presente caso, también es interesante el análisis efectuado por el tribunal, al considerar que ante la disimilitud de los resultados de las pericias físicas practicadas sobre la supuesta droga decomisada, variaban radicalmente los supuestos que ameritaron la procedencia de la prisión preventiva en su tiempo. Es decir, la Corte IDH tomó en cuenta el surgimiento de un problema de índole probatorio el 04 de mayo de 1998, puesto que en esta fecha se produjo un dictamen que afirmaba que el material cuestionado no era cocaína, lo cual subvertía los resultados de otro informe toxicológico realizado con antelación sobre la muestra. Así las cosas, con un hábil criterio, el tribunal consideró que el estado hondureño no reparó en el hecho de que se habían diluido las condiciones que justificaron la prisión preventiva de López Álvarez y, por ello, declaró que al mismo se lo había mantenido detenido arbitrariamente.

Se afirma igualmente en este pronunciamiento, que el grado de convicción necesario para emitir mandato de prisión preventiva, es superior al exigido para la procedencia de la detención en flagrancia¹⁴³. La Corte IDH hace una crítica al hecho de que el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales hondureño no permitía la excarcelación en delitos con penas mayores a cinco años de prisión, por lo cual la víctima no pudo beneficiarse de este instituto procesal.

Igualmente, el tribunal nota con preocupación en su sentencia, que los recursos ordinarios e incluso el recurso de exhibición personal promovido por López Álvarez; resultaron infructuosos, de cara a la protección de sus garantías constitucionales, especialmente la de su libertad personal. La Corte IDH manifiesta que en la tramitación de estas gestiones judiciales de carácter sumario, es una obligación del tribunal respectivo la de examinar prolijamente las razones y los argumentos vertidos por la parte recurrente; so pena de convertir al “recurso sencillo”¹⁴⁴ en un formalismo inoperativo y carente de sentido. En el presente caso, se destaca como ilegítimo el hecho de que la Corte de Apelaciones de La Ceiba, al conocer un *habeas corpus* instaurado por la madre del imputado, ni siquiera se

¹⁴³ Cf. Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 78.

¹⁴⁴ Cf. CADH, Arts. 25.1 y 7.6.

refiriera al alegato de que lo excesivo del plazo de prisión preventiva de López Álvarez podría conculcar el principio de proporcionalidad y por ende, vulnerar los derechos reconocidos en la CADH.

C.1.9. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. República del Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 21 de noviembre de 2007

a) Los hechos

El caso versa sobre la situación jurídica de los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez, de nacionalidad chilena y Freddy Hernán Lapo Íñiguez, ecuatoriano. Aproximadamente para el año 1997, el señor Chaparro Álvarez fungía como dueño de la fábrica “Aislantes Plumavit Compañía Limitada”, la cual se dedicaba a la elaboración de hieleras para el transporte y la exportación de diversos productos; en tanto que el señor Lapo Íñiguez desempeñaba la posición de gerente en esta misma compañía.

La investigación penal contra las víctimas del presente caso inició el 14 de noviembre de 1997, con motivo de la llamada “Operación Antinarcótica Rivera”, por la cual se incautó, en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil, un cargamento de pescado perteneciente a la compañía “Mariscos Oreana Maror”, que iba a ser destinado a la ciudad de Miami, en los Estados Unidos de América. A raíz del decomiso de unas hieleras o cajas térmicas en dicho cargamento de pescado, en las que se encontró la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína, se sindicó a los señores Chaparro y Lapo como sospechosos de pertenecer a una “organización internacional delincencial” dedicada al tráfico internacional de sustancias estupefacientes, en razón de que la empresa para la que laboraban se dedicaba a la fabricación de hieleras similares a las que se incautaron. Por estos motivos, la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas ordenó el allanamiento de la factoría Plumavit, así como la detención con fines investigativos de los señores Juan Carlos Chaparro y Freddy Hernán Lapo. Los dos imputados aludidos fueron trasladados a

dependencias judiciales y no se los llevó ante el juez competente para exponer sus razones de desagravio, asimismo estuvieron incomunicados por espacio de cinco días.

Aunque en el decurso del procedimiento penal se realizaron distintos peritajes que definieron que las hieleras incautadas no se habían podido elaborar en la fábrica de los sospechosos, y a pesar de no existir ninguna otra clase de prueba incriminatoria; los señores Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez fueron mantenidos en régimen de encarcelamiento preventivo por más de un año, sin haber cometido el delito que se les endilgaba. Las víctimas ante la jurisdicción interamericana optaron también por acudir a la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios a su alcance, con el objeto de que se revisaran los fundamentos de su detención provisional; no obstante, estas gestiones no fructificaron.

En razón de las motivaciones fácticas expuestas, las víctimas optaron por incoar la protección del SIDH, y en este sentido, el señor Juan Carlos Chaparro Álvarez formuló una petición ante la CIDH el 08 de setiembre de 1998; mientras que el señor Freddy Hernán Lapo Íñiguez hacía lo propio el 14 de abril de 1999. En el informe N° 77/03 de la Comisión Interamericana, del 22 de octubre de 2003, se acumularon ambas peticiones; y finalmente la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH el 16 de junio de 2006, según los requisitos de ley establecidos.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

Como proemio, la Corte IDH efectúa un notable análisis hermenéutico sobre las finalidades y la razón de ser del artículo 7 CADH, afirmando que en sentido general se protege la libertad y la seguridad de la persona y arguyendo que por tales se sobreentiende la libertad física, cubriendo «*los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico*»¹⁴⁵. De esta manera, se estatuye en el referido numeral de la Convención, que solo en casos de

¹⁴⁵ Cf. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 53.

excepcionalidad justificada y demostrada, el estado está habilitado para incidir en la vida del sujeto de Derecho, restringiendo su libertad física.

La Corte IDH, en el contexto de la presente causa, también se dio a la tarea de examinar las exigencias que dimanaban del principio de control judicial de las detenciones. Así las cosas, se toma en cuenta que los imputados Chaparro y Lapo fueron aprehendidos el 15 de noviembre de 1997, llevados ante un fiscal a rendir declaración el 19 de noviembre de 1997 (cuatro días después) y, finalmente, fueron presentados ante juez competente el 11 de diciembre de 1997 (veintiséis días después de la detención). En consonancia con ello, y recepcionando el parecer exhibido en el caso Tibi contra el Ecuador, el órgano de protección interamericano pasa a sostener que el declarar ante el fiscal y no ante el juzgador, incumple los requerimientos estatuidos por el número 7.5 CADH. Se requiere que la Defensa que pueda ejercer el indiciado sea efectiva y no meramente nominal o simbólica:

«85. Por otro lado, la Corte no acepta el argumento estatal referente a que se cumplió con el artículo 7.5 puesto que la Jueza de la causa estuvo presente al momento de las detenciones y ejerció un control judicial directo, dando a entender que no había necesidad de llevar a las víctimas nuevamente ante ella. Aún cuando la presencia de la Jueza podría calificarse como una garantía adicional, no es suficiente por sí misma para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de «ser llevado» ante un juez. La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad. En el presente caso no existe evidencia de que esto haya ocurrido.»¹⁴⁶

En otro orden de ideas, la Corte Interamericana recuerda en este pronunciamiento la regla de que para acceder a la prisión preventiva, deviene indeclinable lograr una actividad probatoria mínima¹⁴⁷; la misma se traduce como la necesidad de indicios suficientes que

¹⁴⁶ Cf. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 85.

¹⁴⁷ El principio de la mínima actividad probatoria es un constructo teórico elaborado por el Tribunal Constitucional Español, con el objeto de controlar o garantizar una racionalidad básica a la hora de emitir cualquier clase de pronunciamiento que eventualmente pudiese afectar los derechos fundamentales de la persona; y cuya finalidad ulterior es la de exigir un mínimo de prueba fehaciente para condenar o sancionar. Este fue el parecer sostenido por dicho foro de garantías constitucionales en su STC 31/81: «(...) la necesidad

permitan suponer, con razonabilidad, la autoría criminal en manos de la persona investigada. A pesar de que este requerimiento figura a texto expreso en la gran mayoría de los códigos de procedimientos penales latinoamericanos, aquí la Corte IDH señala que su ausencia convierte al auto de detención preventiva en arbitrario, con prescindencia de lo que se disponga en la ley interna de cada estado. Para corroborar este aserto, se cita un precedente de la CEDH:

*«(...) la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias. La Corte está de acuerdo con la Comisión y con el Gobierno, acerca de que la existencia de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción. Lo que pueda ser considerado como —razonable— dependerá de las circunstancias de cada caso.»*¹⁴⁸

que exista una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse “de cargo” y de la que pueda deducirse, por tanto, la culpabilidad del procesado, para llegar a desvirtuarse la presunción de inocencia, además de que aquella actividad probatoria ha de practicarse en el juicio oral. (...) el atestado, lejos de desvirtuarse su valor, puede llegar a constituir una verdadera prueba, si bien que por exigencia del art. 741 LECRIM el Tribunal penal debe apreciar según su conciencia “las pruebas practicadas en el juicio” y, por consiguiente, con respeto de los principios de oralidad, inmediación y contradicción, que rigen todo proceso penal moderno.» Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional de España, N° 31/1981, del veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y uno (Ponente: doña Gloria Begué Cantón).

Considerando los principales correlatos que se desprenden del análisis de la referida sentencia del Tribunal Constitucional, Gómez Colomer comenta que: *«Sin embargo no debemos olvidar que no hay ninguna norma expresa donde se diga que deba resolverse en favor del reo cuando habiendo una actividad probatoria que, en principio, parece suficiente para apreciar su culpabilidad, deja en el ánimo del juzgador una duda razonable sobre si debe o no ser declarado culpable, razón por la que ha tenido que ser el T.S., ante la igualdad de soluciones y por razones humanitarias quien, a través de la jurisprudencia, incorpore en nuestro Derecho este principio general como solución más favorable al reo (in bonam partem). En definitiva, según el T.S. **la presunción de inocencia prevalece en tanto en cuanto no se desvirtúe con una actividad probatoria, aunque sea mínima**, mientras el principio del “in dubio pro reo” (principio hermenéutico que tiene hoy una aplicabilidad muy reducida) presupone que realizada aquella actividad probatoria y presentada ante el juzgador, éste, según su conciencia y apreciación, mantenga duda sobre la existencia de culpabilidad del acusado y, en aplicación de este principio, por humanidad y por justicia, deberá absolverle.»* Cf. Gómez Colomer, Juan-Luis; González Cussac, José Luis (1996). *La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*. Castelló de la Plana, Comunitat Valenciana, España: Publicacions de la Universitat Jaume I, pp. 560-563. Lo resaltado no pertenece al original.

¹⁴⁸ Cf. CEDH. Caso *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*. Pronunciamiento del 30 de agosto de 1990, par. 32.

La Corte pasa a calificar como arbitrario el auto que ordenó la prisión preventiva de los señores Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, considerando que el mismo estaba desprovisto de una adecuada relación circunstancial que indicara el tiempo, modo y lugar de comisión del supuesto delito. De la misma manera, se señaló que en el referido auto no se concitaron las razones de índole procesal para justificar el mandato de prisión, así como tampoco la acción u omisión constitutivas de la infracción penal, y mucho menos la tipificación penal en que pretendidamente incidieron las víctimas.

Se insiste en la necesaria fundamentación de las resoluciones judiciales, especialmente aquellas que afecten los derechos constitucionales del procesado, como la emisión de una orden de detención o de encarcelamiento. Como muestra de la carencia de fundamentación adecuada en los fallos que ordenaron la prisión preventiva, la Corte IDH estima que en estas piezas no se valoraron los resultados de los distintos dictámenes periciales que aseguraban que los tubos de PVC con droga en su interior, no pudieron ser ensamblados por las máquinas de la factoría Plumavit, en que laboraban los encartados: cuatro informes periciales fueron debidamente aportados al expediente de la causa, y todos ellos eran contestes, *grosso modo*, en la conclusión de que las hieleras decomisadas no pudieron ser fabricadas en la compañía investigada¹⁴⁹. Adhiriendo a las conclusiones de las pericias aportadas al expediente, la Defensa de los señores Lapo y Chaparro solicitó formalmente y en multitud de ocasiones, la liberación de sus patrocinados; pero, en la mayor parte de los casos, sus reclamaciones no fueron resueltas por el órgano deliberante estatal. Todo ello es controvertido por la Corte IDH en su sentencia de fondo, donde se consigna claramente que en los supuestos en que una persona se encuentre detenida, los jueces deben permanecer revisando constantemente la subsistencia o no de los motivos, causas y fines que dieron origen a la orden de prisión preventiva, así como la necesidad y la

¹⁴⁹ Cf., al respecto, los distintos oficios remitidos a la señora jueza de lo penal del Guayas en el marco del expediente judicial N° 370-97, constantes todos ellos a distintos folios del cuerpo 26 de este legajo; entre ellos, *vid.*: a) Oficio DEC-FIMCP-560-97, del 08 de diciembre de 1997, emitido por el Decano de la Facultad de Ingeniería en Mecánica y Ciencias de la Producción de la Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL); b) Oficio N° 3597-JPAG-97, del 24 de noviembre de 1997, rendido por el Jefe Provincial de la INTERPOL del Guayas; c) peritaje efectuado por el Ing. Riccardo Delfini Mechelli, del 09 de enero de 1998; d) peritaje efectuado por el Ing. Daniel Burgos, del 09 de enero de 1998; y e) peritaje rendido por el Ing. Rodrigo Cevallos Salvador, del 09 de enero de 1998.

proporcionalidad de tan grave medida para la consecución de las finalidades del procedimiento. Así las cosas, se respalda una apreciación doctrinal consolidada por la que «*en cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad*»¹⁵⁰.

Por otra parte, y con ocasión del examen del número 8.2 CADH, la Corte IDH recuerda su reiterada jurisprudencia referente a las únicas dos finalidades admisibles del instituto de la prisión preventiva: asegurar que el imputado no impedirá el curso normal de los procedimientos, ni eludirá la acción de la justicia sustrayéndose al enjuiciamiento en su contra.

C.1.10. Caso Yvon Neptune vs. República de Haití. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 06 de mayo de 2008

a) Los hechos

Los hechos de este caso toman lugar en el más amplio contexto de la crisis política surgida en Haití entre los años 2002 y 2004. El señor Neptune fue elegido como representante al Senado de Haití en las elecciones legislativas de 2000, y el 15 de marzo del 2002 fue elegido como Primer Ministro de Haití, por el entonces Presidente de la República, Jean-Bertrand Aristide. Desde el año 2000 empezó a gestarse un fenómeno de polaridad política, inseguridad pública y deficiencias institucionales, motivado entre otras cosas, por aparentes irregularidades electorales denunciadas, tanto por la oposición política, como por la comunidad internacional. La beligerancia y los conatos de violencia política, protestas y represiones se suscitaron con una mayor intensidad hacia finales del año 2003 y principios del 2004, registrándose en todo el país violentos enfrentamientos entre manifestantes opositores al gobierno -que pedían la dimisión del entonces Presidente Aristide- y la Policía Nacional de Haití.

¹⁵⁰ Cf. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 117.

Durante el mes de febrero de 2004, los focos de rebeldía y la insurgencia política se concentraron en las metrópolis de Gonaïves y de Saint-Marc, al norte del país. Se enfrentaban, *vis-à-vis*, un grupo armado antigubernamental llamado RAMICOS contra sectores de la policía haitiana y de civiles organizados en torno a una agrupación denominada “Bale Wouze”. El 09 de febrero de 2004, el señor Yvon Neptune realizó una visita en helicóptero al poblado de Saint-Marc, en donde azuzó a las fuerzas policiales y a la ciudadanía a defender la ciudad frente a las bandas que marchaban desde Gonaïves en dirección a la capital, Puerto Príncipe. Como resultado final de estas arengas y enfrentamientos entre los bandos antes citados, se produjo la muerte de varias personas en el barrio La Scierie de Saint-Marc, además de una generalización del caos colectivo que derivó en incendios de gran cantidad de viviendas y automóviles y en una multitud de personas heridas. Tales fueron las dimensiones de la crisis, que el presidente Jean-Bertrand Aristide abandonó el país el 29 de febrero de 2004, con destino a la República Centroafricana, el señor Yvon Neptune cesó en sus funciones de Primer Ministro el 12 de marzo de 2004, y finalmente se dio la intervención de fuerzas de estabilización y de un mandato *ad hoc* de las Naciones Unidas en el país.

El 25 de marzo de 2004, una Jueza de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Saint-Marc emitió una orden de arresto contra el señor Yvon Neptune, acusado de haber ordenado y participado en la masacre de la población de La Scierie y en el incendio de varias casas, hechos acaecidos durante el mes de febrero de 2004. El señor Neptune fue arrestado el 27 de junio de 2004, cuando se entregó a la policía; pero, en este momento no se le comunicaron las razones de su detención, ni se le hizo conocedor de sus derechos; tampoco se le ofreció la posibilidad de plantear recurso alguno ante la jurisdicción ordinaria, para discutir la legalidad de su detención.

El 01 de mayo de 2005, el gobierno provisional de Haití efectuó al señor Neptune un ofrecimiento en el sentido de facilitar su liberación y su envío a cualquier otro país de la región, pero el detenido declinó esta oferta, pues pretendía ser liberado sin condiciones y ostentar el derecho de entrar y de salir de Haití cuando quisiese, restaurando así su

reputación dañada. La víctima de este caso permaneció detenida hasta el 27 de julio de 2006, primero en la Penitenciaría Nacional de Puerto Príncipe y subsecuentemente en el Anexo a la Penitenciaría Nacional, cuando fue liberado por razones humanitarias según dispuso en su momento la Corte de Apelaciones de Gonaïves.

Por resolución del 13 de abril de 2007, la Corte de Apelaciones de Gonaïves declaró su incompetencia *rationae personae* para conocer en la causa en contra del señor Neptune y otros exfuncionarios del gobierno, pues dado que ocupaba el cargo de Primer Ministro a la fecha de los hechos, gozaba del fuero especial previsto en los artículos 185 a 190 de la Constitución Política de la República. Sin embargo, esta decisión del tribunal de alzada no se pronunció sobre las cuestiones de fondo que subyacían a los cargos contra Neptune, y tampoco se refería a la supuesta falta de prueba de las acusaciones. Al momento de la emisión de la sentencia de la Corte IDH, el fallo de la Corte de Apelaciones de Gonaïves todavía no había sido notificado a las partes y, por ende, no era oponible a las mismas ni a ninguna autoridad pública.

El elenco de hechos que se acaba de exponer, determinan que el 20 de abril 2005, los señores Brian Concannon Jr., Mario Joseph y el Hastings Human Rights Project for Haiti interpusieron una denuncia ante la Secretaría de la CIDH, en resguardo de los derechos convencionales del señor Yvon Neptune. A esta petición se le dio el debido trámite mediante la asignación del número 445/05, y finalmente la Comisión Interamericana somete el caso a conocimiento de la Corte IDH el 14 de diciembre de 2006.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

En consonancia con lo que ha sido jurisprudencia constante suya, en el caso Yvon Neptune v. Haití la Corte IDH considera que el derecho a la libertad personal, estipulado, de manera genérica, en el apartado 7.1 de la CADH, halla su concreción específica en los diversos incisos de este numeral. Se reconoce, asimismo, que el primigenio objeto de tutela de este artículo de la Convención está constituido por la garantía de la libertad de movimiento físico del sujeto, sin la cual el ejercicio de cualquier otro derecho sería poco más que

ilusorio. A continuación, puede colegirse de propia mano el razonamiento del foro interamericano:

«90. En cuanto a la libertad personal, el artículo 7 de la Convención protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. Ahora bien, pretender regular el ejercicio de este derecho sería una tarea inacabable, por las múltiples formas en las que la libertad física puede expresarse. Lo que se regula, por ende, son los límites o restricciones que el Estado puede legítimamente imponer. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagra en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales regulan las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. Por ende, la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Es así, por ello, que la libertad es siempre la regla y su limitación o restricción, la excepción.»¹⁵¹

Tomando mano de algunas nociones generales y de principios generales del Derecho ya examinados en otras oportunidades¹⁵², la Corte IDH concluye que la detención preventiva que sufrió el señor Yvon Neptune está viciada de un modo raigal; ya que tanto los

¹⁵¹ Corte IDH. Caso *Yvon Neptune v. Haití*. Sentencia del 06 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 90.

¹⁵² El órgano judicial del SIDH insiste una vez más en el carácter excepcional que debe revestir toda medida de afectación a la libertad personal, y en el impostergable respeto a los principios de legalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, que deben estar vigentes en esta clase de asuntos: «98. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté prevista en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación sean compatibles con la Convención, es decir, que respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.» Corte IDH. Caso *Yvon Neptune v. Haití*. Sentencia del 06 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 98.

procedimientos mismos a los que se sometió al peticionario como las actuaciones procesales emanadas en el curso de aquel, fueron llevados a cabo por una jurisdicción incompetente. Como el señor Neptune ocupaba el cargo de Primer Ministro de su país, los órganos judiciales debieron haberse supeditado a una determinación previa de responsabilidades en la vía constitucional de un antejuicio de naturaleza política, que debió haberse tramitado ante un órgano especializado, denominado Alta Corte de Justicia. Concomitantemente, es criterio de la Corte IDH el de que el señor Neptune estuvo privado de su libertad, de manera arbitraria, durante todo el lapso de dos años y un mes en que se le encarceló, ya que el proceso penal iniciado en su contra devendría inválido *ab initio*.

Luego, el Tribunal Interamericano reproduce su ya consagrada doctrina acerca del control judicial de las detenciones, como mecanismo propicio para evitar la ilegalidad y la arbitrariedad en el ejercicio de las funciones públicas y como garantía de los derechos del detenido¹⁵³. De acuerdo con esta tesis, el juzgador se convierte en custodio de la presunción de inocencia del inculpado. Se resalta, de la misma forma, el dinamismo que ha de caracterizar a la medida de detención provisional, debiendo el juzgador examinar de forma constante si subsisten o no los motivos que dan origen a la referida cautela, así como la proporcionalidad y necesidad de la medida¹⁵⁴; y asentada en estos considerandos, la Corte IDH define que el señor Neptune no fue trasladado sin demora ante juez competente que conociera sobre la legalidad o ilegalidad de su detención y que pudiera reparar su situación jurídica y, por ello, se concluye que en el caso en examen, Haití quebrantó los preceptos convencionales invocados por los demandantes.

¹⁵³ Cf. Corte IDH. Caso *Yvon Neptune v. Haití*. Sentencia del 06 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 107.

¹⁵⁴ «(...)La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente si las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional.» Cf. Corte IDH. Caso *Yvon Neptune v. Haití*. Sentencia del 06 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 108.

Aparte de este examen de cada uno de los derechos constitucionales y convencionales que fueron conculcados por el estado, es digna de mención la referencia que hace la Corte IDH a la dimensión política que subyace a los hechos de este caso concreto. En efecto, para el tribunal internacional no es descabellada la idea de que el juzgamiento del señor Yvon Neptune -que, como se examinó, colide frontalmente *per se* con las obligaciones del estado de proteger los DD.HH. de toda persona- obedece a inconfesados móviles de persecución política, lo cual vendría a constituir otro funesto precedente de una utilización indebida del sistema represivo, desnaturalizándose así las funciones constitucionales y filosóficas que se atribuyen al ordenamiento jurídico-penal. Es decir, estaríamos ante un ejemplo concreto del fenómeno de “politización de la justicia”, ya de por sí usual en América Latina, como bien lo reconoce la Corte:

«93. Antes de entrar a analizar aquellas disposiciones, es oportuno recordar que respecto del período que transcurre de abril a noviembre de 2004, período en que fue detenido el señor Neptune, el informe del Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre Haití enfatiza – dentro del marco general de las detenciones preventivas prolongadas – el posible carácter político de las detenciones de los individuos que ejercieron responsabilidades bajo el gobierno de Jean-Bertrand Aristide, pues al 20 de diciembre de 2004, —d los aproximadamente 60 casos presentados al experto por la Oficina de Abogados Internacionales, de tendencia aristidiana, la mayoría [...] no habían sido llevados ante un juez en el plazo legal, y otros habían sido objeto de una orden de encarcelamiento tardía o no habían sido escuchados en un plazo razonable por el juez encargado del caso[...]. El documento menciona las detenciones preventivas prolongadas de Yvon Neptune, Jocelerme Privert y del senador Yvon Feuillé. Dos de ellas - las de los señores Yvon Neptune y Jocelerme Privert - son también mencionadas en el informe del Secretario General de la MINUSTAH en febrero de 2006 enfatizando que estos individuos se encontraban detenidos desde hacía unos 17 meses sin que se hubiese definido una fecha para un proceso. En su reporte del año 2006, el Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre Haití mencionó que “la detención provisional debe respetar los plazos de procedimiento. Si los cargos quedan suficientemente establecidos en ese plazo, la prisión provisional puede estar justificada. Si, por el contrario, los cargos imputados no son suficientemente coherentes y la persona sigue detenida, se puede dudar de la legalidad de la detención. Cuando una situación de ese tipo perdura -además de constituir una grave ilegalidad para cualquier preso, ya sea de derecho común o no- tiende a conferir un carácter político a las detenciones provisionales prolongadas, más aún si se trata de personas que

han ejercido responsabilidades políticas o han apoyado a un gobierno anterior, fuera cual fuera. [...]»¹⁵⁵

Finalmente, la Corte IDH decide que la República de Haití conculcó al señor Yvon Neptune el derecho consignado en el número 5.4 CADH, que prohíbe recluir en un mismo sitio a personas condenadas y a los indiciados por delitos que están a la espera de su juzgamiento¹⁵⁶. Obrar por la vía contraria involucraría la subversión de la regla de la presunción de inocencia y del principio de proporcionalidad, pues se estarían imponiendo medidas que igualasen situaciones disímiles, es decir, se estaría equiparando el estatus de los condenados con el de los procesados.

C.1.11. Caso Bayarri vs. República Argentina. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 30 de octubre de 2008

a) Los hechos

El señor Juan Carlos Bayarri es ciudadano argentino. Al momento de los hechos, se desempeñaba como Suboficial de la Policía Federal Argentina. Se dictaminó la apertura de un proceso penal en su contra por la presunta comisión de delincuencias relacionadas con varios secuestros extorsivos y, por estos supuestos crímenes, fue detenido por la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina a eso de las diez horas del 18 de noviembre de 1991, sin previa orden judicial escrita y sin presentarse los elementos del delito en flagrancia. Los efectivos policiales de esta dependencia, que actuaban armados y

¹⁵⁵ Cf. Corte IDH. Caso *Yvon Neptune v. Haití*. Sentencia del 06 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 93. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

¹⁵⁶ Este principio también está contenido en el artículo 10.2.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Artículo 10. (...) 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; (...)», y en el octavo principio del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: «[l]as personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas.»

vestidos de civiles, lo interceptaron en la localidad de Villa Domínico, en el partido de Avellaneda de la provincia de Buenos Aires; acto seguido, lo introdujeron maniatado y con los ojos vendados en un vehículo y lo trasladaron a un centro de detención clandestino. A Bayarri se le seguía causa penal en el marco del sumario N° 4227, “Macri, Mauricio. Privación Ilegal de Libertad”; expediente tramitado por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción N° 25 de la Capital Federal de la República Argentina.

La orden de detención contra el señor Bayarri no es emitida formalmente por parte del Juez Nacional de Instrucción, Dr. Nerio Bonifati, sino hasta el 19 de noviembre de 1991¹⁵⁷, sea un día después de practicarse su aprehensión material. A pesar de que el mismo día 19 de noviembre, el acusado fue puesto a disposición del Juzgado de Instrucción N° 25 de la Capital Federal y de que el Secretario de dicho despacho ordenó el mantenimiento de la detención, no se garantizó que la víctima del SIDH compareciera personalmente ante el juzgador. Este comparendo no se efectuó sino hasta el día 24 de noviembre de 1991 (más de una semana después de la aprehensión), en que Juan Carlos Bayarri fue trasladado al Palacio de Justicia de la Capital Federal a efectos de rendir declaración indagatoria en el asiento del Juzgado de Instrucción N° 25.

Luego de su indagación procesal, el imputado fue mantenido en régimen de encarcelamiento, a pesar de que la orden formal de prisión no se dio sino hasta el 20 de febrero de 1992, esto último, mediante fallo de la Sala III de la Cámara en lo Criminal y Correccional¹⁵⁸. En el transcurso de su procesamiento, el encartado incoó tres pedidos distintos tendientes a lograr su excarcelación, amparándose al texto de la Ley N° 24.390, que se autocalifica como reglamentaria del artículo 7.5 de la CADH. Esta normativa legal determina un *quantum* máximo de dos años para la duración de la prisión provisional;

¹⁵⁷ Cf. Juzgado Federal N° 1 de La Plata, Secretaría Penal N° 3, República Argentina. Orden de allanamiento y detención contra Juan Carlos Bayarri, del 19 de noviembre de 1991; prueba para mejor resolver presentada por el estado argentino ante la Corte IDH, exp7176cuerpo2_92.pdf, p. 243.

¹⁵⁸ Cf. Sala III de la Cámara en lo Criminal y Correccional, República Argentina. Resolución del 20 de febrero de 1992; prueba para mejor resolver presentada por el estado argentino ante la Corte IDH, exp7176cuerpo10_92.pdf, pp. 93-100.

excepción hecha de aquellas causas criminales complejas o en donde se atribuya gran cantidad de delitos al procesado, en que el lapso de encarcelamiento puede ampliarse hasta por un año. A todos estos pedimentos de libertad de la defensa técnica y material del imputado, los órganos constitucionales de justicia penal argentinos redarguyeron con rotundas negativas; afirmándose que la Ley N° 24.390 no derogaba las normas procesales rituales que rigen el instituto de la excarcelación, y que tampoco consagraban un sistema de libertad automática.

Como consecuencia de estas decisiones de la justicia federal argentina, Juan Carlos Bayarri permaneció privado “preventivamente” de su derecho a la libertad personal, por espacio de más de trece años. Fue liberado el 01 de junio de 2004, momento en que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional decidió absolverlo totalmente de culpa y cargo alguno¹⁵⁹.

La Corte tuvo por demostrado que, en los días inmediatamente siguientes a su detención, el señor Bayarri fue sometido a diversos actos de tortura con el propósito de que se incriminara como autor de los hechos que se le achacaban. Entre otras cosas, Bayarri fue trasladado al centro penal conocido como “El Olimpo”, donde lo desnudaron, lo acostaron en un catre de tipo goma y le efectuaron algunas preguntas relacionadas con su supuesta participación en secuestros extorsivos. Como el recurrente negaba los cargos criminales, los agentes federales y penitenciarios procedieron a aplicarle un mecanismo de tormento denominado picana, mediante el cual lograron producir descargas eléctricas en los genitales, el pene, las tetillas, el ano y la planta del pie derecho. Luego aplicaron otro mecanismo de tortura denominado “submarino seco”, el cual consistía en colocarle una bolsa plástica sobre la cabeza, con el fin de impedirle la respiración; al tiempo que se lo golpeaba en el tórax, en la cara y en ambos oídos. Como resultado de estas agresiones, la víctima sufre una hemorragia y una perforación en el tímpano.

¹⁵⁹ Cf. Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, República Argentina. Sentencia de segunda instancia del 01 de junio de 2004; expediente de anexos a la demanda ante la Corte IDH, anexo 1.7, fs. 27-54.

Los tribunales de la jurisdicción interna de la República Argentina, luego de un dilatado proceso de investigación, se decantaron por negar credibilidad a los hechos denunciados en contra de Juan Carlos Bayarri. Así, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, actuando como tribunal *ad quem*, definió -por sentencia del 01 de junio de 2004- que la confesión autoincriminatoria del imputado fue obtenida mediante la aplicación de tormentos¹⁶⁰. Aunado a lo anterior, en su resolución del 25 de agosto de 2005, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal prescribió que «*el cúmulo de elementos reunidos (...) permite otorgar sustento a la versión de Bayarri, en cuanto al padecimiento de torturas*»¹⁶¹. En fin, la Corte concluye que el indiciado fue sometido a un maltrato físico que le produjo un intenso sufrimiento, tanto físico como moral, con el cometido de arrancarle una confesión acerca de los hechos delictivos acusados.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

En sus alegatos sobre el fondo del asunto, el Tribunal Interamericano definió que al señor Bayarri se le violentó su derecho a la libertad personal y a ser juzgado según la ley, al postular que en la especie resultó quebrantado el número 18 de la Constitución de la Nación Argentina de 1853, según el que «*Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*»¹⁶². Y en razón de que en el fuero interno se detuvo a don Juan Carlos Bayarri sin que se hubiera emitido todavía orden de detención (la misma se dictó hasta un día después de la ejecución material del arresto), amén de que no se estaba en un supuesto de delito flagrante; la Corte IDH estima que se irrespetó el artículo 7.2 de la CADH.

¹⁶⁰ Cf. Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, República Argentina. Sentencia de segunda instancia del 01 de junio de 2004; expediente de anexos a la demanda ante la Corte IDH, anexo 1.7, fs. 27-54.

¹⁶¹ Cf. Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, República Argentina. Sentencia de segunda instancia del 25 de agosto de 2005; expediente de anexos a la demanda ante la Corte IDH, anexo 4.7, f. 632.

¹⁶² Congreso Constituyente de Santa Fe. Constitución de la Nación Argentina, del 01 de mayo de 1853; reformada y concordada por la Convención Nacional *ad hoc* del 25 de setiembre de 1860. Artículo 18.

El tribunal de DD.HH. reproduce su jurisprudencia constante acerca de la importancia de un control judicial expedito de las detenciones, a efectos de garantizar los derechos del detenido, fiscalizar la adopción de medidas coercitivas y procurar que se trate al imputado de manera sufragánea con el principio de presunción de inocencia. La Corte afirma en su fallo que Juan Carlos Bayarri no fue llevado ante el juez en las primeras horas de su detención, sino que rindió su declaración en presencia de un funcionario secretarial del despacho judicial donde residía su causa. Esta situación fáctica es valorada como ilegítima. En este orden de ideas, se manifiesta en lo conducente: *«La Corte ha reiterado que el juez debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad. Lo contrario equivaldría a despojar de toda efectividad el control judicial dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención.»*¹⁶³

Recapitulando los principios constitucionales que impregnan a la figura de la prisión preventiva, la Corte IDH reseña que dicha cautela necesariamente ha de estar limitada en el tiempo, principalmente cuando se da el caso de que el investigado se encuentre privado de libertad. En el supuesto de que la duración del encarcelamiento efectivo de un sujeto sobrepase los linderos de la razonabilidad, se estatuye la posibilidad de las agencias estatales de restringir la libertad personal con otras medidas menos gravosas que aseguren la comparecencia del indiciado al debate y a la práctica de los distintos actos procesales (facultad esta que se halla en concordancia con el texto positivo de la CADH, en su artículo 7.5). Siguiendo estos planteos, la Corte IDH observa con preocupación que el señor Bayarri estuvo encarcelado preventivamente un total de trece años y que resultaron infrugíferas las múltiples gestiones efectuadas por su persona en busca de una excarcelación.

Por último, el tribunal internacional enfatiza una vez más el carácter patognomómicamente procesal del instituto de la prisión preventiva, afirmando que la misma solo es lícita si está

¹⁶³ Cf. Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 65.

enfocada a prevenir la obstaculización del procedimiento o la dilación en la actuación de la justicia; so pena en incurrir en un adelantamiento de pena, lo que violaría principios generales del derecho ampliamente reconocidos.

c) Voto concurrente

El voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH del 30 de noviembre de 2008, trae a la palestra de discusión el paradigmático tópico de la compatibilidad entre la presunción de inocencia y la aplicación de la prisión preventiva¹⁶⁴, señalando que esta última las más de las veces no es más que un encarcelamiento represivo, adelanto de pena, e instrumento propicio del control social que extralimita los meros fines del enjuiciamiento. Contra las opiniones de fondo de la Corte -que legitiman la aplicación de la cárcel sin condena subordinándola a ciertos condicionantes-, García Ramírez ampara un abordaje mucho menos benevolente hacia el instituto:

*«4. La prisión preventiva, que precede a la punitiva en la historia de la privación de la libertad vinculada a la sanción actual o futura de los delitos, tropieza con obstáculos éticos y lógicos de primera magnitud. **Basta recordar -evocando al clásico Beccaria- que constituye una pena anticipada a la proclamación oficial de la responsabilidad penal de quien la sufre.** Este dato pone en guardia frente a la —justicia— de una medida que suprime, restringe o limita la libertad (en rigor, varias libertades o manifestaciones de la libertad humana: la ambulatoria, sin duda, pero también otras, irremisiblemente arrastradas por aquélla) aun antes de que el Estado resuelva, por el conducto pertinente, que existe un fundamento cierto*

¹⁶⁴ Acerca de esta insoluble dicotomía entre prisión preventiva y principio de presunción de inocencia, el juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez se pronuncia en el siguiente tenor: «7. No sobra reiterar lo que tanto se ha dicho: existe una tensión casi insoluble entre el gran aporte del liberalismo penal, que rescata los derechos del individuo y acota los poderes de la autoridad: la presunción o principio de inocencia -raíz de múltiples derechos particulares y fundamento de numerosos deberes públicos-, por una parte, y la prisión preventiva, por la otra. La subsistencia de ésta -no se diga su proliferación y agravamiento- militan directamente contra aquel principio: ¿cómo justificar la privación de libertad de quien es presuntamente inocente y debe ser tratado en los términos, tan garantistas, de esa presunción que le favorece? ¿Cómo confinar al inocente, incomunicarlo, restringir el ejercicio de otros derechos inevitablemente afectados, exponerlo a la vista pública como un presunto -o seguro- culpable?» Cf. Corte IDH. Caso Bayarri v. Argentina. Sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez, par. 7. Retornaremos nuestros pasos sobre este mismo tema en *infra*, Sección E; donde se exponen la controversia y las desavenencias surgidas a propósito de ambos institutos.

*y firme para suprimir, restringir o limitar esa libertad. Hay, pues, un juicio adelantado y en este sentido inoportuno, pero no por ello menos efectivo, sobre la responsabilidad penal del inculpado.»*¹⁶⁵

Con una profunda sinceridad intelectual, García Ramírez sostiene que es injusta la prisión preventiva pues implica el castigar, con el fin de saber si se puede castigar¹⁶⁶; y en una

¹⁶⁵ Cf. Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez, par. 4. Lo resaltado no pertenece al original.

¹⁶⁶ El maestro Francesco Carnelutti sagazmente se percató de la profunda irracionalidad que se soterra bajo el ropaje de la justificación de la prisión preventiva, señalando que equivale a la aplicación de un castigo con la única finalidad de llevar adelante un proceso que permita definir si se puede castigar: «(...) de la misma manera que no se puede castigar sin juzgar, así también el juicio implica un castigo; la pendencia del proceso criminal, aunque no exista todavía la condena ni tampoco el inculpado esté detenido, es suficiente para procurarle un sufrimiento; y como este sufrimiento no tiene otra razón sino la de combatir el delito, no se le puede negar el carácter de pena. El hecho de que los hombres no puedan saber si uno de ellos debe ser penado sin penarlo, y cuyo terrible ejemplo fue el tormento del inculpado, ofreció a San Agustín el más fuerte de los argumentos para dar la medida de la miseria de la justicia humana frente a la justicia de Dios.» Cf. Carnelutti, Francesco (1994). *Cuestiones sobre el Proceso Penal* [Traducción de Sentís Melendo Santiago]. Buenos Aires, Argentina: Librería El Foro, p. 145. El pasaje anecdótico de la vida de San Agustín de Hipona que menciona el profesor Carnelutti, se refiere a un acontecimiento en el cual un esclavo estaba siendo sometido a una disciplina de treinta azotes. Cuando el Doctor Hiponense inquirió al ejecutor del tormento acerca de la razón de tal castigo, se le respondió que se intentaba extraer del inculpado una confesión sobre su delito; a lo cual San Agustín redarguye preguntado cuál sería el castigo previsto en caso de comprobarse la participación del esclavo en el delito. El ejecutor del tormento indica que el castigo consiste en la aplicación de la pena de treinta azotes.

El literato británico Charles Lutwidge Dodgson (1832-1898 d.C.) llega a las mismas conclusiones que el profesor Carnelutti. Para expresar la falta de lógica de toda pena anterior a la sentencia, afinca el siguiente pasaje literario en su obra magna *Alicia en el País de las Maravillas*:

«Cuando llegaron, el Rey y la Reina de Corazones estaban sentados en sus tronos, y había una gran multitud congregada a su alrededor: toda clase de pajarillos y animalitos, así como la baraja de cartas completa. El Valet estaba de pie ante ellos, encadenado, con un soldado a cada lado para vigilarlo. Y cerca del Rey estaba el Conejo Blanco, con una trompeta en una mano y un rollo de pergamino en la otra. Justo en el centro de la sala había una mesa y encima de ella una gran bandeja de tartas: tenían tan buen aspecto que a Alicia se le hizo agua la boca al verlas. “¡Ojalá el juicio termine pronto”, pensó, “y repartan la merienda!” Pero no parecía haber muchas posibilidades de que así fuera, y Alicia se puso a mirar lo que ocurría a su alrededor, para matar el tiempo.

(...)

Y ahora todos rieron.

— ¡Que el jurado considere su veredicto! —ordenó el Rey, por centésima vez aquel día.

— ¡No! ¡No! —protestó la Reina—. Primero la sentencia... El veredicto después.

— ¡Valiente idiotéz! —exclamó Alicia alzando la voz—. ¡Qué ocurrencia pedir la sentencia primero!

— ¡Cállate la boca! —gritó la Reina, poniéndose color púrpura.

especie de racionalización¹⁶⁷, postula que la medida privativa de la libertad ha de estar presidida por la necesidad de la misma, en conjunción con el respeto a los derechos ajenos, al interés general y la seguridad de todos. Se recomienda, asimismo, la más amplia utilización de los mecanismos alternativos y sustitutivos del encarcelamiento preventivo, reconociéndose que, aunque estas cautelas accesorias puedan representar una carga onerosa importante para los estados, su empleo está más que justificado en el respeto a la libertad y a la dignidad del ser humano.

C.1.12. Caso Barreto Leiva vs. República Bolivariana de Venezuela. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 17 de noviembre de 2009

a) Los hechos

En la época en que ocurrieron los hechos por los que se denuncia al estado, el señor Óscar Barreto Leiva -ciudadano venezolano- ejercía el cargo de Director General Sectorial de

— ¡No quiero! —dijo Alicia.

— ¡Que le corten la cabeza! —chilló la Reina a grito pelado.

Nadie se movió.

— ¿Quién le va a hacer caso? —dijo Alicia (al llegar a este momento ya había crecido hasta su estatura normal)—. ¡No sois todos más que una baraja de cartas!» Cf. Carroll, Lewis [1865]. *Alicia en el País de las Maravillas* (2003). Buenos Aires, Argentina: Ediciones del Sur, pp. 106 et 122.

Como se ve, Alicia presagia lo irracional de emitir cualquier clase de pena o de castigo antes de pronunciar la sentencia o el fallo que determine la responsabilidad penal del investigado. Con base en estas consideraciones, exige que el “veredicto” sea pronunciado de previo a la sanción, pues no se puede castigar sin antes saber verdad; y el *vere dictus* se dirige precisamente a ello, a decir y conocer la verdad de los hechos.

¹⁶⁷ Castilla del Pino nos explicita los linderos sobre los que transita el concepto lógico de “racionalización”, decantándose el autor citado por una acepción analítica: «el conjunto de pseudorraciocinios que sirve para la “explicación” autosatisfactoria de una determinada conducta social o individual.». Cf. Castilla del Pino, Carlos (1974). *Introducción a la hermenéutica del lenguaje*. Barcelona, España: Península, p. 181, N° 164. Mediante el mecanismo de la racionalización, el sujeto argumentativo busca otorgar una verisimilitud a su dicho por medios extraños a la ilación lógica racional; privilegiándose por el contrario, las motivaciones aparentes, las fundamentaciones falsas y engañosas, las razones introducidas *ex post facto* para justificar determinadas conductas cuyo verdadero significado y fijación de finalidades no pueden llegar enteramente a la consciencia.

Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República. En una reunión de Consejo de Ministros celebrada el 22 de febrero de 1989, fue aprobada por el entonces Presidente de la República de Venezuela, Carlos Andrés Pérez Rodríguez, una rectificación presupuestaria por la suma de doscientos cincuenta millones de bolívares; parte de cuyo monto fue destinado para cubrir ciertos gastos ajenos al destino original de la partida.

Con sustento en estos pretendidos hechos, al señor Barreto Leiva se lo atrajo al proceso incriminándolo como cómplice de los delitos señalados y sin garantizársele en un inicio sus plenos derechos constitucionales (derecho de defensa, de audiencia, de intimación, a la asesoría letrada de su elección, a la presunción de inocencia), en razón de que la primera fase del sumario fue secreta. La Corte Suprema de Justicia venezolana, por resolución del 18 de mayo de 1994 y con base en el numeral 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal entonces vigente, decretó la “detención judicial” de Barreto Leiva por la comisión del delito de complicidad en malversación genérica. A partir de este momento, dicha providencia fue ejecutada recluyendo provisionalmente en prisión al peticionario ante la jurisdicción interamericana, reclusión que se extendió hasta el día 13 de junio de 1996.

El 30 de mayo 1996, la Corte Suprema de Justicia de Venezuela consideró que los hechos llevados a cabo por el señor Presidente de la República y en que habían tenido participación algunos de sus ministros colaboradores, configuraban el delito de malversación genérica agravada de fondos públicos. Entre otros, a la presunta víctima del presente caso se la conminó al cumplimiento de una pena de un año y dos meses de prisión, calificándosela como cómplice.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

La Corte IDH expresa que para que proceda un mandato de detención preventiva contra una persona, debe asegurarse y cumplirse una dupla de condiciones previas: la existencia de indicios suficientes que permitan suponer la participación delictiva del investigado y la persecución de un fin válido con la medida coercitiva, sea la prevención de la

obstaculización de las indagaciones procesales o la evitación de la sustracción del imputado a su juzgamiento¹⁶⁸. Este tribunal internacional examina con preocupación el que en Venezuela, para la fecha de los hechos, la prisión preventiva constituía la regla y no la excepción, puesto que el ordenamiento procesal interno exigía la aplicación de esta medida cuando estuviera presente el mérito sustantivo o la probabilidad razonable de comisión del delito, sin hacer ninguna referencia al fin procesal que debía perseguir un acto procesal tan gravoso como el mandamiento de detención. Precisamente así ocurrió en la especie fáctica *sub lite*, en que al señor Óscar Barreto se lo encarceló durante el transcurso del proceso, sin ningún miramiento a la posibilidad concreta de que él se fugara o de que impidiera o estorbara las actuaciones de las autoridades¹⁶⁹.

Reconociendo la necesaria limitación de la duración de la prisión preventiva a que tienden los artículos 7.5 y 8.1 de la CADH, la Corte Interamericana apunta que ambas normas están ordenadas hacia un mismo designio: el de limitar en el mayor margen posible la afectación de los derechos de una persona¹⁷⁰. En el fallo en cuestión, se reitera, además, la doctrina ya consolidada de este foro, la cual indica que la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva; está acotada por el principio de presunción de inocencia y, cuando declina su plazo infranqueable, ha de acudir indefectiblemente a otras cautelas menos lesivas que

¹⁶⁸ Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 111.

¹⁶⁹ La propia Corte IDH explica estos quebrantos al texto de la CADH, con los siguientes razonamientos: «116. En consecuencia, el Tribunal declara que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva, violó su derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención. Del mismo modo, se afectó su derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, puesto que “cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona”. Finalmente, el Tribunal declara que el Estado incumplió su obligación consagrada en el artículo 2 de la Convención, puesto que su ley interna no establecía garantías suficientes al derecho a la libertad personal, ya que permitía el encarcelamiento de comprobarse únicamente “indicios de culpabilidad”, sin establecer que, además, es necesario que la medida busque un fin legítimo.» Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 116.

¹⁷⁰ Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 119.

aseguren la comparecencia del imputado al juicio. Se recoge por último, el principio de proporcionalidad para la imposición y ejecución del encarcelamiento preventivo, por el cual «[e]l Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena»¹⁷¹. Este raciocinio traslada finalmente a la Corte IDH a percibir una violación a los números 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, pues se califica como ilegítimo el que la detención preventiva de la víctima haya excedido en dieciséis días, el monto de la condena que finalmente fue impuesto a su persona.

C.1.13. Caso Usón Ramírez vs. República Bolivariana de Venezuela. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 20 de noviembre de 2009

a) Los hechos

Francisco Usón Ramírez es un General Retirado de la Fuerza Armada Nacional venezolana. Había ocupado diversas posiciones gubernamentales en su país, pero pasó a retiro luego de los sucesos del 11 de abril de 2002 por disidir del tono que habían asumido las autoridades del gobierno bolivariano.

Los días 16 de abril y 10 de mayo de 2004, el señor Usón Ramírez fue invitado a participar en el programa televisivo “La Entrevista”, en el cual se discutió la hipótesis sobre la supuesta utilización de un lanzallamas, como medio de castigo contra unos soldados en el Fuerte Mara, sitio donde ocurrió un incendio en una celda el 30 de marzo de 2004. En el programa, el señor Usón Ramírez explicó cómo funcionaba un lanzallamas y los procedimientos que se necesitan en la Fuerza Armada para utilizarlo, señalando además que el funcionamiento y la forma cómo este equipo se prepara para su uso, evidencia que existió una premeditación por parte de los agentes del Ejército, añadiendo posteriormente que tal situación sería muy grave si resultara ser cierta.

¹⁷¹ Corte IDH. *Idem*, par. 122.

A raíz de las declaraciones proferidas por Usón Ramírez en la televisión, la agencia fiscal del fuero castrense dictaminó la apertura de un proceso penal en su contra, sindicándolo preliminarmente por la presunta comisión del delito de “injuria contra la Fuerza Armada Nacional”, previsto en el numeral 505 del Código Orgánico de Justicia Militar, que en su tenor literal prescribía que “incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”¹⁷². Sincrónicamente, se emitió un mandamiento de prisión preventiva contra el investigado el día 21 de mayo de 2004, en el cual el Juzgado Militar Primero de Primera Instancia de La Guaira se limitó a afirmar la pretendida “existencia de un peligro de fuga”, sin motivarse adecuadamente los fundamentos que daban origen al mismo y sin acreditar los demás requerimientos que exige la ley interna para acceder a esta medida. El órgano judicial consideró que el establecer la presencia o ausencia de un peligro de fuga constituye una actuación discrecional del juzgador; por lo cual declaró improcedentes las gestiones de la Defensa por las que se controvertía la acreditación del peligro de fuga, en el caso concreto. Además, sendas peticiones de libertad condicional promovidas por Usón Ramírez, fueron también rechazadas mediante decisiones del 24 y 27 de mayo y 15 de junio de 2004.

Así, el elenco fáctico que dio origen a la condena contra el ciudadano Francisco Usón, fue deslindado de la siguiente manera por el Tribunal Militar Primero de Juicio de Caracas, según sentencia emitida el 08 de noviembre de 2004:

«(...) el día dieciséis de abril del dos mil cuatro, el ciudadano General de Brigada (EJ) en situación de retiro, Francisco Vicente Usón Ramírez asistió como invitado especial conjuntamente con la ciudadana Patricia Poleo, al programa televisivo titulado —E Entrevista— que se transmite a partir de las 05:50 horas de la mañana por el Canal 10 (Televen), moderado por la periodista Marta Colomina. Que en dicho programa los mencionados ciudadanos fueron entrevistados, abordándose el tema del —Enzallamas—, relacionado con los sucesos recién acaecidos en el Fuerte Mara (...), específicamente,

¹⁷² Congreso de la República de Venezuela. Código Orgánico de Justicia Militar, del 17 de setiembre de 1998. Gaceta Oficial N°5263, Extraordinario de 17 de setiembre de 1998. Artículo 505.

dentro de una celda en cuyo interior resultaron quemados algunos soldados. Que la ciudadana Patricia Poleo inició el tema dejando ver que los aludidos soldados habían sido quemados con un lanzallamas, a lo que el citado Oficial General asintió reafirmando lo expresado por dicha periodista y luego de ello, procedió a dar una explicación sobre la creación, componentes y utilización de este tipo de armamento, indicando además el procedimiento para sacarlo de los depósitos (...) a que corresponden, asintiendo además, por el tipo de quemaduras que presentarían los soldados, que en el hecho había existido premeditación.»¹⁷³

A través de la referida sentencia del 08 de noviembre de 2004, el Tribunal Militar Primero de Juicio de Caracas impuso a Francisco Vicente Usón Ramírez una pena privativa de libertad de cinco años y seis meses. De esta forma, la justicia militar venezolana decidió formalmente que al señor Usón Ramírez debía achacársele responsabilidad penal por el hecho de haber propalado especies idóneas para afectar la honorabilidad de las Fuerzas Armadas, en el entendido de que sus opiniones lesionaban los intereses de aquel gremio y divergían de la realidad de los acontecimientos. Se estimó igualmente, que los comentarios del señor Usón Ramírez atentaban de manera sensible contra la seguridad de la nación¹⁷⁴.

En sentencia de apelación de 27 de enero de 2005, el tribunal de alzada declaró sin lugar el recurso de apelación planteado por el señor Usón Ramírez y confirmó la sentencia condenatoria, señalando que el Tribunal Militar Primero de Juicio concluyó que los hechos ocurridos en Fuerte Mara eran contrarios a lo manifestado por el acusado; consecuentemente, lo expresado por el referido Oficial General constituye Injuria a la Fuerza Armada Nacional, por haber afirmado un hecho falso. La sentencia condenatoria emitida por la justicia militar adquirió grado de firmeza el 02 de junio de 2005, por auto de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que declaró manifiestamente infundado el recurso de casación incoado por los abogados defensores del inculcado.

¹⁷³ Tribunal Militar Primero de Juicio de Caracas, República Bolivariana de Venezuela. Sentencia del 08 de noviembre de 2004, f. 331.

¹⁷⁴ Tribunal Militar Primero de Juicio de Caracas, República Bolivariana de Venezuela. Sentencia del 08 de noviembre de 2004, f. 397.

Ante el agotamiento infructuoso de los recursos de la jurisdicción interna, el señor Usón Ramírez accede a la tutela del SIDH, presentando una petición ante la CIDH el día 23 de mayo de 2005, en la cual contó con la asesoría letrada del señor Héctor Faúndez Ledesma y del Impact Litigation Project de Washington College of Law (WCL) de American University. Luego de seguir el procedimiento común ante la Comisión, este último órgano demanda formalmente al estado venezolano ante la Corte IDH, el día 25 de julio de 2008.

b) Consideraciones de fondo de la Corte IDH sobre la prisión preventiva

La Corte IDH reitera su acendrada doctrina sobre los dos únicos fines legítimos y admisibles de la prisión preventiva: el impedir la obstrucción de las investigaciones penales y la evasión deliberada del sujeto procesado¹⁷⁵, finalidades de corte procesal que se fundamentan en el principio de presunción de inocencia, pues el encarcelamiento provisional es una medida cautelar y no punitiva.

Pero aunado a lo expuesto, esta sentencia del órgano de justicia interamericano introduce un atinado comentario respecto a la vigencia del principio de reserva de ley en cuanto a las restricciones al derecho a la libertad personal, reserva de ley que se hace desprender del inciso segundo del artículo 7 CADH. Las implicaciones de este numeral del texto convencional son las siguientes:

«145. El numeral 2 del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el

¹⁷⁵ «144. Asimismo, el Tribunal ha indicado que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.» Corte IDH. Caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, sentencia del 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 144.

derecho a la libertad personal. Al respecto, esta Corte ha establecido que la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y —d antemano—, las —casas— y —adiciones— de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.

(...)

148. En el capítulo precedente, esta Corte concluyó que el tribunal que juzgó al señor Usón Ramírez carecía de competencia e imparcialidad, presupuestos esenciales del debido proceso. Dicha situación proyecta sus efectos sobre todo el procedimiento, viciándolo desde su origen, así como a las consecuencias derivadas del mismo. En este sentido, toda actuación de un tribunal manifiestamente incompetente que derive en una restricción o privación a la libertad personal, como las ocurridas en el presente caso en perjuicio del señor Usón Ramírez, determina la consecuente violación al artículo 7.1 de la Convención Americana.

149. Como consecuencia de lo anterior, la Corte hace notar que en el presente caso, y a diferencia de lo realizado en otros casos sometidos a su conocimiento, considera innecesario hacer un análisis sobre los parámetros convencionales de legalidad, no arbitrariedad, fundamentación, posibilidad de impugnación, razonabilidad de plazos o en lo que respecta a la presunción de inocencia en relación a la privación preventiva de la libertad.»¹⁷⁶

Como observamos, en este caso la Corte IDH declara genéricamente que el estado de Venezuela incumplió su obligación de garantizar el ejercicio incólume del derecho a la libertad personal del señor Usón Ramírez y ello sobre la base del quebranto al principio del juez natural, ya que la víctima fue sometida a la jurisdicción penal militar a pesar de no ostentar el rango de militar en servicio activo. Se trata este de un criterio novedoso y ciertamente compatible con el espíritu de la CADH, en el tanto y en el cuanto un *iter* procedimental viciado desde su génesis, no puede desplegar acto procesal alguno que sea válido¹⁷⁷; por ello, deviene vacua y trivial toda discusión sobre la legitimidad de la medida

¹⁷⁶ Cf. Corte IDH. Caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, sentencia del 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 145, 148 et 149.

¹⁷⁷ El voto razonado del juez Sergio García Ramírez señala, de un modo ínsito, las más notables implicaciones de la idea del juez competente como presupuesto insustituible e indeclinable para la

en el caso concreto, sobre su concordancia o no con las reglas legales que imperan en el ordenamiento respectivo, en razón de que -en esta situación jurídica- el presupuesto mismo en que descansa la atribución del poder jurisdiccional cae por su propio peso.

C.2. LA PRISIÓN PREVENTIVA SEGÚN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

C.2.1. Caso N° 11.245, Jorge A. Giménez vs. República Argentina. Informe de Fondo N° 12/96, del 01 de marzo de 1996.

a) *Los hechos*

El señor Jorge A. Giménez, ciudadano argentino, fue materialmente aprehendido por agentes policiales el 29 de setiembre de 1989, decretándose formal auto de detención preventiva escaso tiempo después, por la supuesta comisión de un delito de robo agravado. A lo largo del decurso del procedimiento penal, el imputado ha solicitado la libertad provisional en varias oportunidades, la que ha sido denegada tanto por el juez de la instancia, como por la Cámara de Apelaciones. Por ejemplo, el 06 de octubre de 1989 le es rechazado un pedido de excarcelación por resolución de primera instancia, confirmada por el *ad quem* el 19 de diciembre de 1989; con sustento en el artículo 379 inciso 1) del Código de Procedimientos en Materia Penal, en razón de que registraba una condena anterior, con fecha 30 de setiembre de 1980, a la pena de tres años de prisión por los delitos de hurto de automotor en concurso real con hurto simple. En esta última pieza condenatoria (la del 30

legitimidad de todas las demás actuaciones procesales: «6. *En mi concepto, existe una diferencia relevante entre el derecho o garantía (para los efectos de esta consideración no es necesario deslindar entre ambas nociones) de juez natural que reconoce el párrafo 1 [de la CADH] y las diversas garantías mínimas que enuncia el párrafo 2 [de la CADH]. En efecto, la intervención de un juez competente, independiente e imparcial es un presupuesto del debido proceso. En ausencia de aquél, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal. Se trataría de un simple procedimiento que no satisface el derecho esencial del justiciable. No es posible suponer que éste puede ser juzgado y su litigio resuelto por cualquier persona u órgano que carece de esos atributos, y que el procedimiento que ante ellos se sigue merece la calificación de proceso y la resolución en la que culmina constituye una auténtica sentencia.*» Cf. Corte IDH. Caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, sentencia del 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, par. 6.

de setiembre de 1980) se declaró la reincidencia del imputado por sendos delitos de hurto, por los que ya había sido sentenciado el 23 de diciembre de 1977 y el 31 de diciembre de 1978.

Otra denegatoria de excarcelación acaece por resolución de primera instancia del 08 de enero de 1991, ratificada por la Cámara de Apelaciones por auto del 31 de enero de 1991. Otro tanto tuvo lugar con el fallo de primera de instancia del 30 de setiembre de 1991, decisión que es respaldada por el tribunal de alzada el 28 de noviembre de 1991. En esta última oportunidad se deja de lado la norma del 379 inciso 6) del Código de Procedimientos en Materia Penal, que enerva la facultad de extender la prisión preventiva más allá de dos años consecutivos; sobre la base de las características del hecho investigado, las condiciones personales del presunto autor, la condena anterior certificada por el despacho correspondiente y la perspectiva de una pena severa a partir de la acusación fiscal, la cual pedía la imposición de siete años de prisión como condena. Así las cosas, se aplica en la especie el artículo 380 *idem*, que contiene una habilitación al juez para denegar la excarcelación cuando las circunstancias puedan hacer presumir razonablemente que en libertad, el imputado eludiría la acción de la justicia.

Contra la decisión de la Cámara de Apelaciones, el señor Giménez se da a la tarea de interponer un recurso extraordinario, el cual es rechazado por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 28 de enero de 1992, definiéndose que aquí no se produce lesión a principios constitucionales del amparado. Una nueva solicitud tendiente a lograr la libertad condicional es desechada por el juez instructor el 07 de abril de 1992; confirmando la Cámara los fundamentos de la misma por pronunciamiento del 15 de junio de 1992. En idénticos términos se emiten las resoluciones del 30 de setiembre de 1992 (primera instancia) y del 11 de diciembre de 1992 (apelaciones); y de manera análoga se radican las piezas del 06 de enero de 1993 (primera instancia) y del 25 de febrero de 1993 (apelaciones).

Finalmente, el 27 de diciembre de 1993 el peticionario ante la CIDH opta por la interposición del recurso de exhibición personal o *habeas corpus*, el cual es denegado por

un juez de instrucción el 28 de diciembre de 1993, tomando como criterios para ello la historia criminal del procesado y la circunstancia de que se encontraba detenido a la orden de un Juzgado de Sentencia. Esta decisión forense es consultada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual la revalida el 29 de diciembre de 1993.

Para poner fin a la tramitología procesal, y en el marco del procedimiento penal seguido bajo la sumaria N° 1757, el Juzgado de Sentencia “Letra W” emitió la resolución del 17 de diciembre de 1993; en esta se declaró la culpabilidad de Giménez, al encontrársele responsable de la comisión de los delitos de robo con circunstancias agravantes y de hurto de automotor, cometidos en forma reiterada y en concurso material, imponiéndosele la penalidad de nueve años de prisión. Abonando a su condena el lapso por el que se lo mantuvo en preventiva, la víctima cumpliría su sentencia el 28 de setiembre de 1998. La sentencia del tribunal de primera instancia fue confirmada el 14 de marzo de 1995, por la Cámara de Apelaciones de la Capital Federal, no se le aplicó rebajo alguno al monto inicial de prisión, decretado. No obstante, en la sentencia final se adujo que el imputado había cumplido ya, en encarcelamiento preventivo, las dos terceras partes de la condena en firme, y por esta misma razón el encartado ya había sido liberado desde el 01 de diciembre de 1994 comprometiéndose por caución juratoria, bajo la égida del número 379.5 del Código de Procedimientos en Materia Penal. La CIDH ya había recibido formalmente una petición por parte del señor Jorge Giménez desde el día 17 de noviembre de 1993, en que se acusaba a la Argentina de vulnerar su derecho a la libertad personal.

b) Consideraciones de fondo de la CIDH sobre la prisión preventiva

El debate concerniente a este caso, gira en torno a la interpretación de los artículos 379.6 y 380 del entonces vigente Código de Procedimientos en Materia Penal, toda vez que se ha establecido una controversia entre el peticionario y el estado argentino referente a la obligatoriedad o no del plazo máximo de dos años de detención preventiva, configurado en el número 379.6 de la codificación citada. La Argentina argumenta que la facultad de excarcelar que contempla este artículo, se inscribe como parte del ámbito de la autoridad discrecional del juez; y por ende, la libertad condicional luego de los dos años de

encarcelamiento, no opera de manera automática. La posición radicalmente contraria es la sostenida por los recurrentes ante el SIDH.

En este caso y siguiendo su propia doctrina ya expuesta en el caso *Firmenich*¹⁷⁸, la Comisión de Derechos Humanos del SIDH llega a enunciar que es dificultoso y poco recomendable el establecer un *quantum* de lo que deba entenderse por plazo razonable “en abstracto”, y aconseja tratar cada caso en concreto, examinado sus aristas, vicisitudes y particularidades. Esta tesis será sustancialmente modificada por la jurisprudencia posterior de la propia CIDH, tal como se expondrá *ut infra*¹⁷⁹ y en respuesta a criterios más garantistas y conformes al espíritu de protección al individuo que subyace a la CADH. Como considerandos de fondo, la CIDH explora también el vínculo que debe existir entre la presunción de inocencia y la necesidad de respetar la razonabilidad en el plazo de detención: «76. *El fundamento que respalda esta garantía [la de la presunción de inocencia] es que ninguna persona puede ser objeto de sanción sin juicio previo que incluye la presentación de cargos, la oportunidad de defenderse y la sentencia. Todas estas etapas deben cumplirse dentro de un plazo razonable. Este límite de tiempo tiene como objetivo proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado.*»¹⁸⁰

Se reitera el ya tantas veces sondeado argumento de la Corte IDH, en el sentido de que la privación de libertad previa a la sentencia, constituye una medida excepcional y cuya finalidad no puede dejar de ser precautoria; es decir, la misma solo puede pretender enervar la posibilidad de la fuga del imputado, o bien la posibilidad de la obstaculización de la investigación por medio de la intimidación de testigos o la destrucción de evidencia. Respecto a la expectativa de que se llegue a imponer una abultada pena en el procedimiento

¹⁷⁸ Cf. CIDH. Caso N° 10.037; *Firmenich v. Argentina*. Informe N° 17/89, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1988-1989), p. 59.

¹⁷⁹ Cf. *Infra*, Sección C.2.2.

¹⁸⁰ Cf. CIDH. Caso N° 11.245; *Jorge A. Giménez v. Argentina*. Informe N° 12/96, del 01 de marzo de 1996 (Fondo), par. 76.

de fondo, la CIDH señala que este es, en principio, un indicativo válido para evaluar la eventualidad de una fuga; pero que su legitimidad viene a menos ante una detención preventiva prolongada, puesto que «[e]l efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena»¹⁸¹.

La CIDH examina también la causal de prisión preventiva de la reincidencia delictiva, la cual encuentra una entusiasta acogida en buena parte de las codificaciones de los países occidentales. La Comisión la califica como un supuesto de encarcelamiento que mira a la probabilidad de un hecho futuro, por lo que lleva aparejada una presunción muchas veces inexacta, y que persigue fines propios de la respuesta punitiva como por ejemplo la neutralización de un individuo que es considerado, *a priori*, como socialmente peligroso; por lo que, trasladando estos miramientos al *sub exanime*, se concluye que al señor Giménez se lo mantuvo en prisión solo por su particular “historia criminal” y no se demostró que su libertad alterara en grado opimo el orden público. Nótese lo que se manifiesta al respecto:

«97. La decisión de mantener la prisión preventiva del señor Giménez como resultado de sus condenas previas vulnera claramente este principio establecido [la presunción de inocencia], así como el concepto de la rehabilitación en el derecho penal. Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles.»¹⁸²

El presente caso, además, deviene especialmente paradigmático en tanto por vez primera un peticionario ante la CIDH hace mención expresa a la nulidad de una disposición legal, por resultar contraria a un instrumento normativo internacional, dejando así en la palestra el

¹⁸¹ Cf. CIDH. Caso N° 11.245; *Jorge A. Giménez v. Argentina*. Informe N° 12/96, del 01 de marzo de 1996 (Fondo), par. 87.

¹⁸² Cf. CIDH. Caso N° 11.245; *Jorge A. Giménez v. Argentina*. Informe N° 12/96, del 01 de marzo de 1996 (Fondo), par. 97. Lo subrayado no pertenece al original.

problema de la jerarquía de las fuentes del Derecho y el dilema que se presenta ante divergencias entre el Derecho interno y el Derecho Internacional. En concreto, el señor Giménez manifiesta que el artículo 380 del Código de Procedimientos en Materia Penal (que posibilita la denegatoria de una excarcelación atendiendo a la personalidad del imputado, a las características del hecho y a la alarma social provocada por el ilícito), resulta refractario respecto al número 27 de la CVDT; quedando abrogada la disposición legal aludida desde el instante mismo en que la CVDT fue incorporada al ordenamiento jurídico interno de la Argentina. Además, la víctima ante el SIDH es del parecer de que la norma del referido art. 380 *id.*, por fundarse en criterios de peligrosidad, involucra una doble estigmatización hacia el sujeto acusado, por cuanto se le considera sospechoso por hechos pretéritos y además de ello se deriva la sospecha de una conducta delictiva futura, sin que exista prueba alguna al respecto.

C.2.2. Caso N° 12.553; Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay. Informe de Fondo N° 35/07, del 01 de mayo de 2007

a) Los hechos

Los señores José, Dante y Jorge Peirano Basso son ciudadanos uruguayos, hermanos entre sí y propietarios -junto con su padre Jorge Peirano Faccio- de más del 30% de las acciones del Banco de Montevideo, una de las instituciones bancarias de mayor nombradía y solidez financiera en el Uruguay. La familia Peirano también comandaba amplias y profusas redes en el mundo de los negocios, tanto a nivel nacional como internacional, pues sus empresas operaban además en países como Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y las Islas Caimán. Ellos fueron procesados con fecha 08 de agosto de 2002; siendo que José Peirano fue sindicado como presunto autor del delito de insolvencia fraudulenta, previsto en el artículo 5 de la Ley N° 14.095, en tanto que a los hermanos Dante y Jorge Peirano se les achacó la comisión del delito de responsabilidad de los directores y administradores, según el artículo 26 de la Ley N° 2.230. En la misma resolución que dispuso apertura de causa en su contra, se ordenó su prisión “atento a la gravedad de los delitos imputados”.

Desde ese acto procesal y hasta la emisión del Informe de Fondo de la CIDH el 01 de mayo de 2007, las víctimas han permanecido privadas de su libertad ininterrumpidamente.

A los hermanos Peirano Basso se los responsabilizó por la quiebra del Banco de Montevideo, en la cual múltiples ahorristas perdieron sus inversiones, en el más amplio contexto de una crisis económica similar al “corralito financiero” acaecido en Argentina entre los años 2000 y 2003. En el curso del procesamiento penal en su contra, la Defensa de los imputados solicitó su libertad en siete ocasiones, todas las cuales fueron rechazadas: la Suprema Corte de Justicia, en acto de visita de cárceles llevado a cabo en octubre de 2004, rechazó un primer pedido de libertad de los hermanos; luego la misma Corte emitió, el 30 de marzo de 2005, otro rechazo escrito a una solicitud de libertad, sustentada en la “gravedad ontológica” de los delitos imputados y su “repercusión social”. Con fecha de 16 de agosto de 2005, frente a una solicitud de la Defensa radicada el 08 de agosto inmediato anterior; el juez a cargo de la investigación rechazó la libertad provisional debido a “la entidad del hecho que se incrimina” y a “la escasa preventiva cumplida”; este auto fue ratificado por sentencia del Tribunal de Apelaciones del 10 de marzo de 2006, la cual se afincó en la supuesta complejidad de la causa para mantener la orden de encarcelamiento. La Suprema Corte rechazó un nuevo pedido de libertad el 06 de diciembre de 2005, en el contexto de una visita a las instituciones penitenciarias y lo mismo dispuso esta alta instancia, el 12 de mayo de 2006, ante un pedido de excarcelación “por gracia” formulado por los imputados. Ante el despacho donde se tramitaba el expediente. La Defensa interpuso una nueva gestión, tendiente a lograr la libertad de los imputados, la cual fue rechazada el 30 de agosto de 2006, argumentándose que ni la Constitución Nacional, ni la ley habilitaban una gestión de excarcelación cuando la posible pena a imponer fuese de penitenciaría.

Finalmente, no es sino hasta el 19 de octubre de 2006 que el fiscal emitió pieza acusatoria en contra de José, Dante y Jorge Peirano Basso, no sin antes variar la calificación jurídica de los hechos endilgados, ya que se los incriminó como autores del delito de insolvencia societaria fraudulenta, contemplado en el numeral 5 de la Ley N° 14.095, requiriendo asimismo su condena a la pena de nueve años de penitenciaría para los hermanos José y

Dante, y seis años de reclusión para Jorge Peirano. Se fundamentó su pretendida responsabilidad penal, en la intervención personal de los imputados en el vaciamiento de fondos del Banco de Montevideo, a través de ingentes transferencias de dinero operadas desde dicha entidad hacia el Trade & Commerce Bank (TCB), ambos bancos controlados por los indiciados, así como hacia otras empresas familiares y otros accionistas de su mismo grupo de interés económico.

Adhiriendo al verbo sostenido por los denunciante en este caso, la CIDH llega a la conclusión de que la causa penal seguida contra los mismos estuvo marcada por una mediatización popular supina y contraria a sus intereses en cuanto sujetos de derecho. Se destaca también el hecho de que en este caso confluían intereses de corte político-electoral, cuya principal aspiración convergía en el mantenimiento de la prisión preventiva de las víctimas. Así, se constató que el presidente de la República, Dr. Tabaré Vázquez Rosas, habría dado cumplimiento a una promesa de su campaña en el sentido de trasladar a los señores Peirano Basso al complejo carcelario Santiago Vázquez, tristemente célebre por sus condiciones de hacinamiento, insalubridad y sobrepoblación, en medio de declaraciones sobre la culpabilidad de éstos. A su tiempo, el Ministro del Interior y el Director Nacional de Cárcenes habrían hecho manifestaciones equiparables, con lo cual no intentaban otra cosa sino la de proporcionar una especie de “escarmiento” a otros sectores económicos que se encontraban en la misma situación que los imputados; es decir, la finalidad de la prisión de las víctimas consistía simple y llanamente en fungir como medida ejemplarizante. Finalmente, el 22 de marzo de 2005, los imputados no fueron trasladados al penal Santiago Vázquez, sino que fueron recludos en el Anexo Seguridad y Disciplina del Penal de Libertad, un establecimiento de máxima seguridad, con lo que su situación como indiciados, empeoró de forma paladina.

El 13 de diciembre de 2006, les fueron concedidas salidas transitorias, por 48 horas, para los días 24 y 25 de diciembre y 31 de diciembre de 2006 y 01 de enero de 2007, y se acordó en su favor un régimen de salidas de 48 horas semanales, en lo sucesivo, bajo declaración jurada. Esta decisión jurisdiccional fue adoptada tomándose como fundamentos de la misma, la buena conducta de los detenidos, su falta de antecedentes criminales, y el hecho

de que “la salida temporaria del establecimiento de reclusión no pone en riesgo el desarrollo del proceso ni a la sociedad”, pues se dijo que no cabía pensar que ninguno de los tres imputados fuesen a cometer un nuevo delito mientras se encontraren fuera del establecimiento de reclusión. La atemperación de las condiciones de privación de libertad de los imputados, tal como se vio, encontró campo feraz en el artículo 4 de la Ley N° 16.928, del 22 de abril de 1998; que facultaba a habilitar una salida transitoria del procesado o condenado del centro de detención, cuando este hubiese cumplido al menos una tercera parte de la pena a imponer o de la condena efectivamente acordada.

b) Consideraciones de fondo de la CIDH sobre la prisión preventiva

En su examen sobre el fondo del asunto, la CIDH repasa sus propios precedentes y recoge también los rasgos más notables de la jurisprudencia de la Corte IDH acerca de la excepcionalidad de la medida cautelar de prisión preventiva, calificando a la libertad durante el proceso como la regla general en un estado de derecho¹⁸³. Igualmente, y con sustento en otros precedentes de estos mismos órganos, se establece que la prisión provisional -que debe ser aplicada solo de forma excepcional- ha de estar regida en forma permanente por los principios de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual¹⁸⁴.

Como derivación de todos estos principios contendedores de la potestad punitiva del estado, y también como parte de la garantía de la dignidad de la persona humana, la exégesis jurídica de los últimos años ha llegado a imponer limitaciones temporales precisas

¹⁸³ Cf. CIDH. Caso N° 12.553; *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 69. Es relevante destacar que esta regla de la libertad en democracia, es deducida por la CIDH a partir del artículo 7.5 de la CADH, tantas veces citado ya en esta investigación. Pero también es notable el punto de que esta garantía halla consagración normativa, de la misma manera, en el sistema europeo de protección de los DD.HH., para ejemplificar lo cual la CIDH nos cita el número 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDHLEF): «*Toda persona detenida preventivamente o internada (...) deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.*»

¹⁸⁴ Cf. CIDH. Caso N° 11.205 *et al, v. Argentina*. Informe N° 02/97, del 11 de marzo de 1997 (Fondo), par. 25.

a la duración del encarcelamiento previo a la sentencia. Ello dentro de un más dilatado marco de imposición de vallas al accionar del estado, en defensa de los derechos ciudadanos; como bien se expresó la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez:

*«(...) por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder se pueda ejercer sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.»*¹⁸⁵

La CIDH reconviene asimismo acerca de un peligro adicional de una prisión preventiva prolongada, cual es el de que en estos casos probablemente el juzgador que fallare el fondo del asunto será proclive a dictar una sentencia de presidio al menos equivalente al de la preventiva efectivamente sufrida por el encartado, en un intento por legitimarla¹⁸⁶. Este órgano de la justicia interamericana critica igualmente, *expressis verbis*, todas aquellas causales de encarcelamiento que se fundamentan en criterios de Derecho penal material y que no tienen como fin privativo el aseguramiento del proceso y la efectividad de la sentencia; así se vindican como ilegítimos, para el dictado de prisión preventiva, los supuestos de la peligrosidad del imputado, la posibilidad de comisión de nuevos ilícitos en el futuro y la repercusión social del hecho.

En este pronunciamiento de fondo, la CIDH incorpora al acervo jurídico del SIDH una pauta de acción novedosa y de importancia cardinal; estatuyéndose la regla de que para determinar el peligro procesal o para la concesión de cualquier eventual beneficio a quien

¹⁸⁵ Cf. Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo), par. 154.

¹⁸⁶ Cf. CEDH. Caso *Wemhoff v. Alemania*. Pronunciamiento del 27 de junio de 1968, par. 17. Disertando en torno a la temática inherente a este caso, la doctrina americana ha sido señera: «*Ya en el caso Wemhoff, el TEDH razonaba que "se debe considerar el carácter razonable de la duración de la detención hasta el comienzo del juicio en función de la situación de detención en la que se encuentre el acusado. Hasta que recaiga Sentencia [sic] condenatoria, el acusado debe ser considerado inocente y la finalidad del precepto que se analiza es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable". El carácter razonable del mantenimiento de la detención debe apreciarse en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias de la causa. Las circunstancias que en cada caso deben considerarse son de extrema variedad.*» Cf. López Barja de Quiroga, Jacobo (2001). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza, Cuyo, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 234-235.

esté sometido a prisión preventiva, siempre habrá de estarse al mínimo de la escala penal o al tipo de pena más leve prevista. Obrar por la vía contraria supondría quebrantar la presunción de inocencia, pues un juicio sumarísimo y de mero trámite como el de la prisión preventiva no puede estar referido a consideraciones de fondo sobre la responsabilidad penal material de los imputados. El tratar de realizar una prognosis de la eventual pena a imponer, que se aparte del mínimo extremo arquetípico de la sanción, involucraría una violación al principio del juez imparcial y al ejercicio del derecho de defensa en juicio¹⁸⁷.

Otro punto concreto que aborda la CIDH es el del mantenimiento en el tiempo de las condiciones que han de dar lugar a una detención preventiva. Se afirma una vez más que esta medida cautelar solo será admisible en el tanto y en el cuanto se mantengan incólumes, a todo lo largo del proceso, los presupuestos de fondo y los peligros procesales que han determinado su surgimiento. Como fundamento de estas aseveraciones, la Comisión Interamericana cita un importante precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Bezicheri v. Italia*: «*El Tribunal Europeo preconiza que, en caso de prisión preventiva (detención antes del juicio), el requisito del examen judicial de la necesidad de la detención incluye el requisito de examinar periódicamente la necesidad de dicha detención. En particular, estima que es razonable que sobre un detenido se recabe un segundo examen de su detención un mes después del primer examen.*»¹⁸⁸

¹⁸⁷ Cf. CIDH. Caso N° 12.553; *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 91.

¹⁸⁸ Cf. CEDH. Caso *Bezicheri v. Italia*. Pronunciamiento del 25 de octubre de 1989, par. 45. En el mismo sentido se expresa el artículo 6.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), el cual se expone, en lo conducente, de esta manera: «(...) *la prisión preventiva no deberá durar más tiempo del que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 [investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima].*» Cf. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Resolución N° 45/110, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, del 14 de diciembre 1990. Reglas 6.1 y 6.2. El plazo de revisión de la prisión preventiva a partir del mes siguiente a la detención -plazo ciertamente convencional y contingente-, introducido por la CEDH en la especie fáctica que acabamos de extractar; en verdad contrasta con la regulación más bien leonina del artículo 253 párrafo primero del CPP costarricense, el cual impide toda gestión propinqua a la revisión del encarcelamiento preventivo en los tres primeros meses de emitido el mandamiento que lo ordena, a no ser que el propio juzgador considere de oficio que han variado las circunstancias que motivaron la adopción de esta cautela. Una regla como la sentada en nuestro CPP a propósito de este tema, resulta evidentemente inconstitucional y transgrede las más modernas corrientes de protección al ciudadano que se ensayan desde la óptica del DIDH.

Se reconoce también que los principios de proporcionalidad, razonabilidad y provisionalidad de la prisión preventiva imponen -además de una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido por la misma- la necesidad de determinar un límite superado el cual la consecuencia ineludible será sustituirla por una cautela menos lesiva, o por la misma libertad del imputado. Cuando la duración de la prisión, previa a la sentencia, es excesiva, se corre el riesgo de desnaturalizar o trastocar los basamentos del principio de presunción de inocencia; amén de que en estos supuestos, al acusado se le dificulta sobremanera la posibilidad de organizar adecuadamente su defensa.

Sobrepasado el plazo límite impuesto a la duración de la prisión preventiva, la misma debería cesar con entera prescindencia de si aún se mantienen o no los peligros procesales que la tornaron legítima en su momento, pues en este caso debe afirmarse que ha decaído la potestad de las agencias estatales de mantener privado de su libertad a un sujeto sobre quien no ha recaído todavía pronunciamiento de condena. La desidia, la indiferencia o la inoperancia de los órganos persecutores en la actividad investigativa, no debería traducirse en un desmedro para la persona del indiciado, sobre todo si el plazo de detención efectiva ha sido desmesuradamente abultado. El riesgo procesal, entonces, debe ser asumido por el estado en estos casos.

Luego de estas consideraciones preliminares y movida por su afán de concretar los contornos genéricos y muchas veces etéreos de la concepción misma de “plazo razonable”, la CIDH pasa a definir un famoso y paradigmático criterio rector para decidir cuándo la prisión preventiva ha superado el margen de razonabilidad: las dos terceras partes del extremo mínimo de la sanción del delito de que se trata, considerado *in abstracto*, plazo que se entiende aplicable sin perjuicio de otros posibles límites temporales aún más indulgentes establecidos en las legislaciones internas:

«136. Sin embargo, la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del

mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente.»¹⁸⁹

La sistematización del estándar de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para la pena respectiva, representa un verdadero avance en la lucha por mayores cotas de razonabilidad en el sistema interamericano, ya que permite contar al menos con un criterio objetivo para evaluar una posible prisión preventiva arbitraria. En efecto, la enunciación genérica de que el encarcelamiento no debe superar un “plazo razonable”, en muchas ocasiones no es más que un subterfugio que se pone a disposición de los estados para violar la ley y los DD.HH.; puesto que una norma de contornos tan difuminados como la que establece el respeto a un plazo razonable, no es ciertamente el mejor mecanismo para la tutela de la garantía de la libertad personal. Ejemplo antonomástico de ello es la ley procesal costarricense, en la cual el plazo razonable equivale al pronóstico de la totalidad de la pena a imponer (artículo 257 inciso b) CPP)¹⁹⁰; y cuando no es suficiente el recurso a esta regla, se dispone la razonabilidad del plazo en el tope fijo de un año (artículo 257 inciso c) CPP). En tesis de principio, no cabría objetar como irrazonable o abusivo este límite legal de un año; no obstante, el problema eclosiona al momento de constatar la plétora de excepciones y de supuestos en los cuales es lícito sobrepasar el aludido plazo

¹⁸⁹ Cf. CIDH. Caso N° 12.553; *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 136. Lo resaltado no pertenece al original.

¹⁹⁰ El considerar para efectos del plazo razonable, al total de la “posible” pena por imponer, genera las dificultades ya apuntadas *in supra* (cf. nota al pie N° 186); en el sentido de que el *iter* lógico que sigue el juez cuando debe decantarse por aplicar la prisión preventiva, no tiene ninguna relación con cuestiones propias del fondo del asunto, con criterios del Derecho Penal material o de la posible penalidad a imponer según la prueba evacuada y las demás circunstancias particulares del caso, todo lo cual ha de evaluarse holísticamente, según la regla hermenéutica estipulada en el número 257 inc. b) CPP. En su lugar, y como bien lo señala la CIDH con insistencia, para determinar rubros propios de las medidas cautelares a imponer y su eventual cesación, siempre será necesario acudir al extremo menor de la respuesta punitiva según el tipo penal que corresponda, prevista la misma en abstracto.

fatal anual, excepciones establecidas en el número 258 CPP y que prácticamente convierten el término de los doce meses en una quimera, pues en la realidad de su aplicación, las excepciones y las posibilidades de prórroga de la prisión preventiva terminan por imponerse¹⁹¹. La doctrina nacional también se ha ocupado del abordaje de las implicancias del principio rector de la CIDH de las “dos terceras partes del mínimo legal”, valorando su obligatoriedad o no para los ordenamientos de los países miembros del SIDH:

«No obstante el CPP costarricense prevé ciertos plazos de prisión preventiva, habría que resolver si el criterio emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los Estados parte que han ratificado la CADH. Ello supondría que, por citar sólo un ejemplo, tratándose de un delito de uso de documento falso, sancionado con una pena de prisión de uno a seis años, la detención provisional, en caso de cumplirse los presupuestos, nunca podría exceder de ocho meses, aún cuando la legislación procesal permita en general, tratándose de procedimientos ordinarios, hasta tres años, y aún cuando el art. 257.b CPP permita una medida cautelar privativa de libertad hasta por un período igual al monto de la pena mínima imponible que, en el caso concreto, sería de un año, si no resultara procedente la suspensión de la condena o la libertad condicional. Así, aún cuando subsistan razones para detener preventivamente a una persona, ésta debe ser liberada si se ha excedido el —plazo razonable— cuyo contenido, ahora introduce la citada Comisión, se corresponde con el tiempo equivalente a las dos terceras partes de la pena mínima prevista en la ley para el delito investigado.»¹⁹²

A renglón seguido, el Dr. Navas Aparicio llega a establecer la obligatoriedad de los pronunciamientos de la CIDH, haciendo especial ahínco en el fallo que expone el principio rector de las dos terceras partes del mínimo legal de la pena a imponer, como criterio objetivo para la definición de la razonabilidad del plazo de encarcelamiento provisorio. Se señala que la naturaleza de la actividad de la CIDH no estriba únicamente en la formulación de simples “recomendaciones”, sino que las mismas tienen un auténtico valor jurídico y preceptivo a tenor de la connotación imperativa del artículo 51.2 CADH, que dicta que «La

¹⁹¹ En la Sección D.2 de este análisis se tratará esta problemática con una mayor profusión; contrastando los ribetes doctrinarios y legislativos sobre el punto en cuestión.

¹⁹² Navas Aparicio, Alfonso (2010). *Reenmarcar el fundamento y aplicación de la prisión preventiva, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en Revista de Ciencias Penales. San José, Costa Rica. Año 22, N° 27, julio de 2010, p. 103.

*Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado **debe** tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada»¹⁹³.*

Aplicando estos elementos conceptuales a los aspectos jurídicos de la petición formulada por los hermanos Peirano Basso, la CIDH existima que a los recurrentes se les quebrantó su derecho a las garantías judiciales, en razón de que las denegatorias de las solicitudes de libertad anticipada no se fundamentaron debidamente por parte de los órganos del poder público uruguayo. Se cuestiona, asimismo, la interpretación realizada por las instancias jurisdiccionales internas sobre las reglas procesales atinentes a las posibilidades de excarcelación, pues restringen esta facultad solo a los supuestos en que la eventual pena a imponer no sea de penitenciaría. Así fallaron tanto las instancias ante las cuales se tramitaba el expediente, como la propia Suprema Corte de Justicia, tal como lo corrobora con énfasis la Comisión: *«164. Por otra parte, las autoridades judiciales uruguayas, no han demostrado que los señores Peirano Basso, de recuperar la libertad, se sustraerán de la autoridad judicial o interferirán en la preservación de la evidencia sino que han alegado, sin más, la gravedad del hecho.»¹⁹⁴*

Se preconiza por la CIDH que una medida tan gravosa como la impuesta a los imputados, no puede descansar simplemente en aspectos propios del Derecho Penal material, como por

¹⁹³ Cf. Art. 51.2 CADH. La Corte IDH ha arribado a idénticas conclusiones, postulando que las llamadas “recomendaciones” de la CIDH no deben permanecer en el mero ámbito orientativo, sino que las mismas devienen exigibles en virtud del principio de la buena fe convencional al que deben adherir los países suscriptores de la CADH: *«79. La Corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término “recomendaciones”, usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C Nº 22, párr. 67 y Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C Nº 30, párr. 93). / 80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).»* Cf. Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia de 17 de setiembre de 1997 (Fondo), pars. 79-80. Lo resaltado no pertenece al original.

¹⁹⁴ Cf. CIDH. Caso Nº 12.553; *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe Nº 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 164.

ejemplo consideraciones acerca de la gravedad ontológica de los delitos incriminados o el escándalo social que produciría una eventual liberación de las víctimas del SIDH. Se nos manifiesta que todos estos puntos no guardan ligamen alguno con la naturaleza cautelar propia de la prisión preventiva, sino que más bien obedecen a cuestiones del fondo, que miran hacia el hecho investigado y no hacia el proceso de investigación *stricto sensu*. Se cuestiona seriamente que, a pesar de que para el año 2005 los imputados ya habían descontado cerca de tres años y siete meses en prisión provisional, los tribunales uruguayos tomaran en cuenta no el extremo mínimo sino el máximo del tipo penal a imponer, según el cual el delito acusado ameritaba hasta cinco años de prisión; se valoró que este proceder desconoce la presunción de inocencia y el principio del juez imparcial, al no tomar en cuenta para una eventual libertad anticipada, la escala menor de la respuesta punitiva. En aras de legitimar una duración razonable del plazo de encarcelamiento, la CIDH incursiona en este caso con su criterio rector de las dos terceras partes del extremo menor de la sanción:

«176. En cuanto a la relación entre la medida cautelar y el pronóstico de pena efectuado con anterioridad a la acusación formal, sin perjuicio de que en el caso no se ha justificado debidamente la prisión preventiva, se ha violado el principio de proporcionalidad (artículo 7(5)). La relación entre la restricción del derecho y fin precautorio de la medida no debe igualar a la pena. Esa relación debe ser lo suficientemente desequilibrada como para que no se convierta en una pena anticipada, en violación al principio de inocencia (artículo 8(2), primera parte). En este caso, se ha superado ampliamente el límite razonable porque, a pesar de que los imputados han permanecido en detención un plazo que supera ampliamente las dos terceras partes de las penas mínimas previstas para los delitos por los que habían sido procesados o acusados formalmente, esa situación ha sido sostenida más allá de ese término sin una debida justificación.»¹⁹⁵

El considerar que contra los indiciados van a recaer las penas más elevadas que la ley permita para los delitos achacados, vulnera su derecho de defensa e importa un adelanto de criterio inadmisibles en el marco de un proceso judicial en el cual ni siquiera ha finalizado la fase sumarial, según palabras de la CIDH. Para mayor abundamiento de razones, se postula

¹⁹⁵ Cf. CIDH. Caso N° 12.553; *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 176. Lo subrayado no pertenece al original.

que la obligación de tramitar el proceso en un plazo razonable, recogida en el artículo 7.5 CADH, no se trata simplemente de una guía de carácter programático sino que comporta una pauta de acción perentoria y exigible; e incluso impone a los estados partes el deber de adecuar su derecho interno en la medida necesaria y realizando todos los esfuerzos posibles -aun de reforma legislativa o de cualquier otro carácter- para tutelar el derecho consabido.

*** **

Efectuada ya esta lacónica recopilación de los aspectos más notables de la jurisprudencia de los órganos del SIDH sobre la temática de la prisión preventiva, no podemos dejar de apuntar el dato de que los pronunciamientos sobre la materia no se ciñen en modo alguno a las notas precedentes y, de la misma forma, los casos tomados bajo estudio no son los únicos en que se han debatido aspectos propios del encarcelamiento preventivo, su legitimidad, sus límites y sus condiciones de operatividad. Lo que se exteriorizó en los párrafos antecedentes no busca fungir sino como un epítome clarificador, como una muestra secuencial y explicativa de la paulatina evolución jurisprudencial sobre la materia; de manera que mediante el cotejo del resumen de cada caso y a través de su análisis crítico, podamos desentrañar los constructos teóricos más conspicuos sobre el instituto procesal en cuestión y así extrapolar estas conclusiones de los órganos de la justicia internacional hacia las respectivas realidades nacionales.

Pretender abordar absolutamente todos los casos en que los organismos internacionales se han pronunciado sobre el tema, representaría una labor ingente, dispendiosa y en cierto modo hasta superflua, en razón al punto de que muchas de las conclusiones sobre el parecer de la Corte IDH sobre la prisión preventiva se reiteran en la mayor parte de sus pronunciamientos, como bien se observó en este capítulo tercero. Por ende, acometer aquí el tratamiento y el análisis puntual de todos y cada uno de los supuestos en que la Corte IDH decretó la violación del artículo 7 CADH, no consistiría en una estrategia metodológica muy adecuada, sobre todo si se tiene en perspectiva que la médula del

pensamiento de los órganos del sistema interamericano sobre el tema está aquí recogida, y una pretensión omnicomprendiva no haría sino llenar páginas y páginas en vano, repitiendo hasta la saciedad lo que ya se ha expuesto de forma prolija.

Solo a manera de ejemplificación, podemos enunciar algunos supuestos fácticos en que la Corte IDH se ha pronunciado sobre tópicos vinculados a prisión preventiva o a detenciones arbitrarias, aun sea marginalmente, en adición a derechos convencionales también violados: así, la paradigmática primer sentencia de la Corte, en el caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, del 29 de julio de 1988; el caso Neira Alegría v. Perú, resuelto en sentencia del 19 de enero de 1995; el pronunciamiento recaído en el caso Castillo Páez v. Perú, sentencia del 03 de noviembre de 1997; el caso Castillo Petrucci y otros v. Perú, decidido mediante fallo del 30 de mayo de 1999; la sentencia del caso Bulacio v. Argentina, emitida el 18 de setiembre de 2003; el caso Ricardo Canese v. Paraguay, decidido por pronunciamiento del 31 de agosto de 2004; el caso del “Instituto de Reeducción del Menor” v. Paraguay, fallado el 02 de setiembre de 2004; la denuncia del caso Lori Berenson Mejía v. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2004; el caso Caesar v. Trinidad y Tobago, con fallo del 11 de marzo de 2005; el caso Tiu Tojín v. Guatemala, decidido mediante fallo del 26 de noviembre de 2008; el caso Gomes Lund y otros (*–Guerrilha do Araguaia*) v. Brasil, fallado por sentencia del 24 de noviembre de 2010; el caso Vera Vera v. Ecuador, decidido en sentencia del 19 de mayo de 2011; el caso Torres Millacura y otros v. Argentina, sentencia del 26 de agosto de 2011; el caso Fleury y otros v. Haití, resuelto en sentencia del 23 de noviembre de 2011; y el reciente caso Díaz Peña v. Venezuela, fallado mediante sentencia del 26 de junio de 2012; e inclusive la lista podría expandirse con algunos otros casos anejos. La mayoría de estos casos refieren privaciones de libertad, “indirectas” o “accidentales”; por ejemplo, en el contexto de una detención arbitraria, desaparición forzada de personas o ejecución extrajudicial, fenómenos todos ellos, en los cuales devienen ingénitos tanto la privación ilegítima de la libertad, como el consecuente quebranto al derecho consagrado en el número 7 CADH.

C.3. ANÁLISIS SINÓPTICO DE LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA

Después de analizar cada uno de los pronunciamientos de la Corte IDH que de alguna u otra manera se han referido al tópico de la prisión preventiva y a sus características y principios, conviene realizar en este momento una sucinta visión de conjunto acerca de las más notables concepciones y postulados que fueron objeto de nuestro análisis en la sección precedente. Es decir, ahora se procederá a realizar un parvo deslinde de las más notables implicancias y connotaciones de este instituto jurídico, colocando un énfasis en el análisis normativo y metanormativo que ejecuta el órgano judicial interamericano y que ha dado lugar a una jurisprudencia constante y sostenida de su parte sobre estos temas.

C.3.1. El imperio de la libertad personal como regla en el estado democrático de derecho

En la mayoría de sus pronunciamientos de fondo, la Corte IDH ha catalogado al derecho a la libertad personal -artículo 7 CADH- como la regla en el estado social de derecho y, al mismo tiempo, ha señalado que el fin primordial de la jurisdicción de las cortes y organismos supranacionales es el de contribuir a la promoción de la dignidad de la persona humana y de los DD.HH. en general¹⁹⁶. De esta forma, se logra estatuir que la protección íntegra del ser humano y la defensa de sus derechos deben ser los únicos derroteros hacia los cuales enderezar el funcionamiento del aparato estatal, reprobándose toda aquella medida o determinación que tienda a convertir a la persona en un medio para el alcance de otros objetivos y no en un fin en sí mismo.

¹⁹⁶ «113. Este Tribunal ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos.» Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 113. Considérese, de la misma forma, Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 92.

En su sentencia del caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra la República del Perú, la Corte IDH emprende un abordaje hermenéutico y exploratorio del derecho a la libertad personal, arguyendo en lo conducente -de la misma forma que se ha expuesto reiteradamente en este volumen- que esta garantía reviste una plétora de facetas y de matices. En efecto, el derecho a la libertad no se ciñe a un fenómeno unívoco o estático, muy por el contrario, la libertad es: presupuesto, condicionante y a la vez desencadenante de otros múltiples derechos y comportamientos humanos. El Tribunal Interamericano incluso llega a conceptualizarla como “derecho humano básico”, y estatuye que se trata de un derecho humano que se proyecta a través de la totalidad del dintorno que cubre la CADH:

*«52. En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. **La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.** En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar —u régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que —ólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.*

*53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. **De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad.***

Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.»¹⁹⁷

La entronización de la libertad como regla y de la limitación a la libertad como excepción, hace parte, según la jurisprudencia que hemos analizado *in extenso*, de las derivaciones apodícticas del texto de la CADH. El imperio de la garantía de la libertad personal dentro del estado de derecho da pie para que la Corte IDH establezca igualmente, sin espacio alguno para la hesitación, que la prisión preventiva debe ser aplicada solo de modo excepcional; sea cuando se cumplan puntillosamente todos y cada uno de los requisitos legales y convencionales y cuando no exista otro medio menos lesivo de asegurar el fin que persigue determinada cautela. Se trata este del principio de excepcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad, en general; y de la prisión preventiva, en particular:

*«197. La Corte ha establecido en su jurisprudencia que **las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional**, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.*

*212. En la jurisdicción militar chilena, al parecer, la prisión preventiva procede como regla y no como excepción. De las normas del Código de Justicia Militar y del Código Procesal Penal aplicado al señor Palamara Iribarne que regulan la prisión preventiva se desprende que al momento de emitir el auto de procesamiento el juez puede conceder la excarcelación al procesado sin caución alguna cuando —el delito de que se trata está sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio menor en su grado mínimo—. Es decir, la libertad condicional es un —beneficio— que el juez puede otorgar al procesado cuando se reúnen ciertos requisitos exigidos por la ley, partiendo de la premisa de la privación de su libertad como regla.»*¹⁹⁸

¹⁹⁷ Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 52 et 53. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

¹⁹⁸ Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 197 et 212. En estrecha relación con este tema de la restricción a la libertad como excepción dentro de un régimen democrático, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido más que insistente;

Como se acaba de apreciar, para la Corte IDH resultan de todo punto inaceptables las presunciones en esta materia -ora sean *iuris et de iure*, ora *iuris tantum*-, y del mismo modo, también se estiman como inválidas las disposiciones que convierten a la prisión preventiva en una cautela automática dentro del proceso, o las que limitan exorbitantemente las posibilidades de solicitar la excarcelación. Así se explica el abierto recelo mostrado por este órgano de la justicia interamericana en el caso Palamara Iribarne v. Chile, en que se adujo que la legislación chilena devenía refractaria de la Convención Americana, por cuanto, como parte integrante de los procedimientos en el fuero militar, imponía el encarcelamiento durante el proceso como la regla y, al mismo tiempo, tornaba casi imposible la opción de solicitar la libertad condicional.

En último término, las consideraciones de la Corte IDH se asientan en la concepción de que la regla de la libertad del ser humano es parte inescindible e indisoluble de la forma republicana y democrática de gobierno. Ciertamente, el moderno estado de derecho ha pasado a establecer y adscribir, como uno de sus principales fines, el de la promoción de los derechos y libertades del hombre; ello primordialmente al abrigo del liberalismo político y de las proclamas ideológicas del Siglo de las Luces¹⁹⁹. Destacable es, precisamente, la

podemos citar, por ejemplo, el caso Tibi v. Ecuador, en el cual se refiere de modo explícito que la aplicación de la prisión preventiva deberá ser excepcional en un país rubricante de la CADH: «106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.» Corte IDH. Caso Tibi v. Ecuador, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 106. En el mismo sentido, cf. Corte IDH. Caso Acosta Calderón v. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 74-75; Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas v. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 106; Corte IDH. Caso López Álvarez v. Honduras. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 67; y Corte IDH. Caso Yvon Neptune v. Haití. Sentencia del 06 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 90.

¹⁹⁹ Francisco Antonio Pacheco desarrolla una epítome clarificadora sobre las más relevantes concepciones teóricas del liberalismo, y sobre su incardinación dentro del más amplio contexto democratizador señalado por la filosofía política del Iluminismo: «Sobre todo a partir del Siglo XVIII, las ideas y las posiciones filosóficas que tienden a limitar el poder del Estado en beneficio del individuo, se convirtieron en un verdadero movimiento ideológico que aspiraba a transformar la vida política. La monarquía absoluta condujo a abusos indiscutibles, lo que no ha de sorprendernos, porque está en la naturaleza misma del Estado el impulso a absorber cada vez más funciones, más poder. Si no se reacciona frente a esta tendencia, el individuo queda desamparado. Ciertamente, desde la antigüedad se había dado el abuso del poder contra

teoría que los filósofos iluministas cimentaron a propósito de esta temática, pues ellos fueron los primeros que se esforzaron por construir un corpus armónico y sistematizado que permitiera vadear o acotar, en la medida de lo posible, los intersticios por los que se desbordaba la arbitrariedad del estado. Estos esfuerzos se efectuaron desde nuevas atalayas, pues a la base del pensamiento ilustrado se encontraba una cosmovisión muy particular, una auténtica y revolucionaria *Weltanschauung*²⁰⁰, la cual partía de la concepción del ser humano como el objeto y el destinatario de las normas y del accionar del estado, de manera que los parámetros para juzgar la validez de la producción jurídica se reconducían a los beneficios que la misma reportara para las individualidades o para colectividades concretas e identificables²⁰¹.

*el individuo, se había invadido su vida privada. También -hay que decirlo- siempre hubo voces, entre los más notables filósofos, que reclamaban el derecho a la libertad y anticipaban parte de lo que hoy conocemos bajo el nombre de derechos humanos. (...) El mensaje central del liberalismo se resume en el principio de que todo hombre, por el solo hecho de serlo, es titular de un importante número de derechos que le garantizan una vida libre y frente a los cuales el Estado debe contener su acción, respetarlos; más aún, ha de defenderlos y asegurarlos. El Estado no solo debe contener su acción para no violarlos, sino que ha de actuar para crear las condiciones que aseguren su ejercicio pleno. (...) el hombre, a lo largo del tiempo va sintiendo nuevas necesidades de libertad que deben incorporarse a las legislaciones y, sobre todo, deben cumplirse efectivamente. Ciertamente, todos los derechos que defiende el liberalismo se sintetizan en la palabra "libertad", pero la manera de entenderla y de sentirla varía con el tiempo.» Cf. Pacheco Fernández, Francisco Antonio (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia (EUNED), pp. 136-138.*

²⁰⁰ Dilthey, Wilhelm [1914]. *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte* [Introducción a las ciencias del espíritu. Un intento de sentar las bases para el estudio de la sociedad y de la Historia; 1982]. *Leipzig und Berlin, Deutschland: Verlag von B.G. Teubner*, p. 35 et passim.

²⁰¹ Ejemplo de estos nuevos paradigmas los encontramos en los pensadores del contractualismo político (e.g., Locke, Rousseau, Hobbes), para quienes la organización estatal surge, se organiza y se consolida para proteger al individuo de los serios peligros y amenazas que ocasionaría la vida dispersa y caótica del estado-en-naturaleza. Se propone, por el contrario, el gregarismo político, el cual involucra una ecuación entre libertades y seguridad personal, de tal forma que los individuos renuncian a parte de las prerrogativas propias del estado-en-naturaleza a cambio de protección jurídica. Estas tesis son visibles, por ejemplo, en Rousseau, para quien la renuncia del hombre al estado salvaje no importa necesariamente una reducción de sus libertades y derechos, sino más bien su aseguramiento: «*La transición del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad de que antes carecían. Es entonces cuando, sucediendo la voz del deber a la impulsión física, y el derecho al apetito, el hombre, que antes no había considerado ni tenido en cuenta más que su persona, se ve obligado a obrar basado en distintos principios, consultando a la razón antes de prestar oído a sus inclinaciones. Aunque se prive en este estado de muchas ventajas naturales, gana en cambio otras tan grandes, sus facultades se ejercitan y desarrollan, sus ideas se extienden, sus sentimientos se ennoblecen, su alma entera se eleva a tal punto que, si los abusos de esta nueva condición no le degradasen a menudo hasta colocarle en situación inferior a la en que estaba, debería bendecir sin cesar el dichoso instante en que la quitó para siempre y en que, de animal estúpido y limitado, se convirtió en un ser*

Ahora bien, debe reconocerse que en los últimos años la organización estatal ha transitado hacia otros ámbitos e incursionado en sectores de la vida social, en los que antaño no intervenía. Las funciones y los fines clásicos del estado se tornan ahora abigarrados, pues los ordenamientos nacionales e internacionales han pasado a recoger normativamente un conglomerado de derechos económicos, sociales y culturales que deben ser promovidos por los gobiernos. De esta forma, como sociedad políticamente organizada hemos asistido a la consagración de los llamados “derechos humanos de segunda generación”, los cuales se contraponen a los clásicos “derechos humanos de primera generación” o libertades civiles - por ejemplo, la libertad personal, libertad de pensamiento, de opinión, de asociación, de reunión, el derecho a la vida, etc.-; los cuales exigen solamente una actitud pasiva o el despliegue de obligaciones negativas a cargo del estado, pues su misión al respecto queda circunscrita en un abstenerse frente a cualquier intromisión y en un garantizar su libre y pleno ejercicio por parte de la ciudadanía. En el momento histórico en que se empezaron a reconocer los derechos humanos de segunda generación, se produjo el tránsito del estado gendarme al estado prestacional; mas ello no implica que los órganos de gobierno deban

inteligente, en hombre. Simplificando: el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee.» Cf. Rousseau, Jean-Jacques [1762]. *El Contrato Social o Principios del Derecho Político* (2008). Valladolid, España: Editorial MAXTOR, pp. 33-34. Lo resaltado no pertenece al original. Es de destacar, no obstante, que a pesar de que los afanes de los apologetas del movimiento ilustrado consistieron -ciertamente- en procurar la contención del poderío omnímodo de los focos organizados del poder político y social, y a pesar también de que se intentaba el ostracismo de toda manifestación institucional de opresión e ignorancia; la doctrina de los DD.HH. estaba aún en sus primeros pasos, por lo que no es de extrañar que incluso los teóricos del Iluminismo cohonestaran ciertas prácticas que, si bien acostumbradas en su tiempo, hoy consideramos como contrarias a la dignidad consustancial del ser humano. Rousseau incluso favorece la posibilidad de aplicar la pena capital a los criminales, y supedita el derecho a la vida a los imperativos y necesidades de la voluntad general externada por el estado: «*El contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes. El que quiere el fin quiere los medios, y estos medios son, en el presente caso, inseparables de algunos riesgos y aun de algunas pérdidas. El que quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe también exponerla por ellos cuando sea necesario. El consecuencia, el ciudadano no es juez del peligro a que la ley lo expone, y cuando el soberano le dice: “Es conveniente para el Estado que tú mueras”, debe morir, puesto que bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado. La pena de muerte infligida a los criminales puede ser considerada, más o menos, desde el mismo punto de vista: para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente en morir si se degenera en tal. (...) Por otra parte, todo malhechor, atacando el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano.»* Cf. Rousseau, Jean-Jacques [1762]. *Idem*, pp. 58-59.

desentenderse de su obligación de respetar puntualmente las libertades civiles, y mucho menos equivale a una dispensa para quebrantar estos derechos. A manera ejemplificativa, Ordóñez Chacón reconoce el vínculo indiscernible que coaliga los fines y objetivos del estado-nación con la protección de los derechos fundamentales:

«(...) derechos humanos o fundamentales y Estado-Nación fueron conceptos íntimamente ligados por espacio de los últimos dos siglos. El Estado representativo y republicano -que tiene sus raíces en las revoluciones francesa y norteamericana- nacería y se desarrollaría en forma paralela a la evolución de los derechos civiles y derechos humanos. Más aún, en sentido estricto su nacimiento y evolución es recíproco y consustancial: como se sabe, el republicanismo y el moderno Estado de Derecho son el triunfo de los derechos del hombre y de la evolución de valores de la sociedad civil sobre las formas verticales del poder. De tal suerte, desde hace un siglo y medio al menos, los derechos del hombre fueron considerados como derechos dentro de un Estado, a tal punto que la enunciación constitucional de tales derechos ha sido considerada como su más acabado mecanismo de protección.

Dentro de un contexto así, el Estado se constituyó históricamente en el principal agente violador o, en sentido inverso, en el ente tutelador típico de los diversos tipos de derechos fundamentales. La esencia misma de los derechos humanos (deber de no intervención del Estado, en unos casos; deber de intervención mediante políticas programáticas, en los otros casos) hizo clara esta estrechísima relación entre el mundo de lo estatal y la protección de los derechos fundamentales.»²⁰²

²⁰² Ordóñez Chacón, Jaime (1995). *Derechos Fundamentales y Constitución*, en Cañado Trindade, Antonio Augusto; González Volio, Lorena (comps.) *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Fundación McArthur-Comisión de la Unión Europea, Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo II, pp. 121-122.

Sobre esta concepción de la libertad civil como un *totum* orgánico de reservas impuestas a la autoridad del estamento gubernamental, la doctrina norteamericana ha efectuado algunas sugerencias y precisiones terminológicas: «*Para ser breve, la concepción de la libertad, con la cual la libertad como concepto jurídico está emparentada, es esencialmente conservadora y estática. Lo que se pide del gobierno es la protección y la continuación de un modo existente de vida y la posesión segura de los intereses que sostienen ese modo de vida. Para los propósitos de estos estudios, por lo tanto, "Libertad" significa ausencia de restricciones impuestas por otras personas a nuestra independencia de elección y acción (...) O para considerar el tema desde un ángulo opuesto, nosotros gozamos de libertad civil porque el gobierno impone restricciones a nuestro prójimo a nuestro favor, y de libertad constitucional porque el gobierno mismo se sujeta a restricciones constitucionales cuando busca imponerlas a nosotros.*» Corwin, Edward S. (1958). *Libertad y Gobierno. El origen, florecimiento y declinación de un famoso concepto jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina, Colección de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 30-31.

Siguiendo la línea sentada en la cita que acaba de transcribirse, encontramos que al estado moderno están atribuidas dos guías de acción bien definidas y diferenciadas: la de asegurar los derechos civiles, evitando interferir en su área de libre ejercicio y la de potenciar los derechos de carácter económico y social, ejecutando prestaciones positivas en esta área de la vida humana. Lo paradójico de este asunto es que los derechos humanos de la primera generación siguen conculcándose e irrespetándose de modo incesante por los distintos gobiernos (especialmente los gobiernos de nuestra América Latina), a pesar de que el imperio normativo del régimen de derechos fundamentales se acerca ya a los dos siglos. Esta aporía entre el ser y el deber-ser del sistema republicano de gobierno fue visualizada de manera magistral por uno de los jueces de la Corte IDH, en el Voto Razonado que emitiera en el contexto del caso *Tibi v. Ecuador*²⁰³. Y un ejemplo concreto y actual de la forma en que se irrespetan estas reglas, está configurado por todas aquellas violaciones arbitrarias e ilegales de la libertad personal, especialmente cuando se apela a la prisión provisional como una práctica habitual y cotidiana dentro del proceso penal²⁰⁴.

²⁰³ El juez Sergio García Ramírez hizo el siguiente comentario en su Voto Razonado a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Tibi v. Ecuador*: «7. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre hechos que conforman, en cierto modo, un patrón tradicional de violación de los derechos. Últimamente han llegado al tribunal temas diferentes, que se hallan en la frontera entre los llamados derechos de primera generación y los calificados como derechos de segunda generación, o bien, cuestiones relacionadas con aquéllos que no se habían planteado anteriormente y que permiten la apertura de nuevos frentes de reflexión jurisdiccional, que a su turno proponen las nuevas fronteras de los derechos humanos en América, conforme a la interpretación provista por la Corte Interamericana./ 8. **No obstante esta paulatina aparición de temas diferentes a los transitados en los años ochenta e incluso en los años noventa, en el conjunto de casos sometidos a la Corte persisten algunos de carácter “tradicional”. No sólo no han declinado o se han ausentado, como hubiera sido deseable y parecido natural, sino han cobrado nuevas expresiones o han mantenido una presencia cuya constancia pone de manifiesto la necesidad, a la que antes me referí, de revisar el estado de estas cuestiones en el orden interno para ajustarlo, de una vez, a los “estándares” internacionales. El tribunal internacional cumple su parte en la mejor medida a su alcance cuando identifica las grandes cuestiones dentro de los litigios de que conoce o las opiniones que emite y produce la doctrina jurisdiccional que figura en sus consideraciones. La siguiente etapa corre a cargo de la jurisdicción nacional, no sólo por la competencia legal que tiene, sino --sobre todo-- por la capacidad real que posee para abarcar todos los problemas que se suscitan en el ámbito interno.**» Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Concurrente Razonado del juez Sergio García Ramírez, pars. 7 et 8. El resaltado no pertenece al original.*

²⁰⁴ Por estas mismas razones, los jueces de la Corte IDH son insistentes en la necesidad de tratar a la prisión preventiva con suma cautela, a efectos de que la misma se mantenga dentro de cauces apacibles. Asimismo, se nos afirma que existe una diferencia sustancial entre auspicar el delito y proteger los derechos ciudadanos, y que reducir la aplicación de la prisión preventiva no equivale a lo primero: «19. *En mi concepto --arraigado en una tradición de opiniones altamente desfavorable, o en todo caso fuertemente crítica de la prisión preventiva-- la privación cautelar de la libertad --“privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad”-- debe reducirse en la mayor medida posible. Así lo ha reconocido de manera*

C.3.2. Prisión preventiva: medida cautelar y no punitiva

La práctica totalidad de las sentencias que la Corte IDH ha emitido en torno a este tópico del Derecho Procesal -y que fueron citadas *in supra*- enlistan a la prisión preventiva como una medida cautelar y no punitiva. De esta forma -y aunque los fallos de la Corte no lo digan expresamente- se infiere como una conclusión posible la de que deben quedar proscritas todas aquellas disposiciones legales que asignan al encarcelamiento, previo a la sentencia, una función de orden sustantivo, preventivo-especial o preventivo-general; pues el único motivo legitimador de la prisión preventiva es el de fungir como lenitivo de cara a un posible daño al proceso penal por parte del sujeto sometido a juzgamiento²⁰⁵. Por ejemplo, en el caso *Tibi v. Ecuador*, el órgano judicial del SIDH destacó este carácter cautelar de la prisión preventiva, así como las consecuencias del mismo:

«80. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla

reiterada y uniforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con explícita adhesión a la idea de que la intervención penal del Estado debe reducirse a lo estrictamente indispensable y sustentarse en consideraciones que prueben su pertinencia y legitimidad. Obviamente, no se trata de auspiciar el delito, sino de preservar los derechos de los ciudadanos, particularmente de quienes se ven privados de libertad sin haber incurrido en ilícito alguno. Esto trae consigo la exigencia de que se halle bien establecido el sustento de la prisión preventiva, las condiciones que la hacen admisible, por ahora, esto es, la necesidad de preservar el proceso y la seguridad de quienes en él intervienen, echando mano de la privación de la libertad cuando no existe otro medio para alcanzar esos objetivos.» Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, par. 19.

²⁰⁵ «206. La Corte estima, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, que los requisitos para que se pueda emitir un auto de procesamiento son diferentes a los exigidos para ordenar prisión preventiva, dado que esta última exige, además de un grado razonable de imputabilidad de la conducta delictiva al procesado, **que la privación de la libertad sea necesaria para evitar un daño al proceso que pueda ser ocasionado por el acusado.**» Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 206. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.»²⁰⁶

Estos constructos teóricos permiten deducir, sin espacio para la duda, que según la Corte IDH, las únicas causales de prisión preventiva tolerables son las que encuentran sustento en una finalidad de orden procesal, sea el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. Sin desmedro de lo indicado, en el caso *Barreto Leiva v. Venezuela* sí se manifiesta explícitamente que «*la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena (...)»²⁰⁷*, pues ello supondría equiparar la situación del procesado con la del condenado mediante sentencia firme. Por paridad de razones, se argumenta que el privar de libertad a un presunto inocente por un plazo desproporcionado, y con base en criterios propios del Derecho Penal de fondo, equivale a anticipar una pena a la sentencia, lo cual vulnera los principios generales del derecho, universalmente reconocidos²⁰⁸.

²⁰⁶ Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 180. Esta misma doctrina jurisprudencial se trata en los siguientes pronunciamientos del referido órgano judicial: Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), par. 77; Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 111-112; Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 198; Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 103, 145 y 146; Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 74 y 110; Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 115, 116 y 121; y Corte IDH. Caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, par. 144.

²⁰⁷ Cf. Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 111. En el mismo sentido, cf. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 103.

²⁰⁸ Cf. Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), par. 77. También, cf. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 146.

La naturaleza cautelar y no punitiva de la prisión que se dicta antes de la sentencia ha sido percibida ya en épocas pasadas por importantes teóricos y filósofos políticos; de manera que no se trata de un dato completamente novedoso, o que solo se haya estatuido a partir del proceso de positivización de los DD.HH. por cortes y organismos supranacionales, surgido en la segunda mitad del siglo XX. Muy por el contrario, pensadores como Thomas Hobbes atisbaron -ya desde el siglo XVII e incluso antes- que los fines de la prisión provisional y de la pena como sanción autónoma eran disímiles y que, por ende, ambos institutos debían ser tratados como cosas diferenciadas²⁰⁹.

C.3.3. Improcedencia de los criterios de peligrosidad para fundar la prisión preventiva

En algunas de sus resoluciones, la Corte IDH enfatiza el punto de que no es posible la conmistura entre la prisión preventiva y las causales que hacen referencia a la peligrosidad del agente. En este aspecto, el tribunal interamericano de protección de los DD.HH. alega que *«[d]el artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva»*²¹⁰. Partiendo de estos referentes teóricos, la doctrina ha hallado importantes puntos de apoyo para desechar ciertas causales de encarcelamiento provisional de corte inquisitivo, por ejemplo la de reiteración delictiva (presente todavía en muchas codificaciones

²⁰⁹ Hobbes manifiesta al respecto: *«Prisión existe cuando un hombre queda privado de libertad por la autoridad pública, privación que puede ocurrir de dos diversas maneras; una de ellas consiste en la custodia y vigilancia de un hombre acusado, la otra en infligir una penalidad a un condenado. La primera no es pena, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Por consiguiente, cualquier daño que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encarcelamiento o privación más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza.»* Hobbes, Thomas [1651]. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (1994). México D.F., México: Fondo de Cultura Económica, pp. 358-359.

²¹⁰ Cf. Corte IDH. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 69. Lo resaltado no pertenece al original.

latinoamericanas), o la nueva causal de pertenencia al crimen organizado incorporada en la legislación procesal costarricense.

En el caso López Álvarez, se sugiere un criterio rector por el cual el establecimiento de un repertorio de delitos no excarcelables, no se ajusta a los parámetros de la CADH. Esta consideración se hace a propósito de la legislación penal adjetiva hondureña, la que prevé el “beneficio” de la libertad condicional durante el proceso sólo ante delitos que no superasen los cinco años de prisión en su escala abstracta de incriminaciones:

*«81. En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que —[J]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente”, el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que —n merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años”. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. **Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo.**»²¹¹*

La Corte Interamericana explora con una mayor profundidad el tópico de la peligrosidad del agente, en el caso Fermín Ramírez v. Guatemala (sentencia del 20 de junio de 2005), en el cual, aunque no se efectúa un abordaje holístico sobre el tema de la prisión preventiva, sí se atinan ciertas precisiones sobre el criterio de la peligrosidad y su eventual

²¹¹ Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 81. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original. Aludiendo también a los problemas que significaban las regulaciones especiales y diferenciadas que preveía la legislación ecuatoriana frente a los imputados por infracciones a la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, la Corte IDH arguye en el caso Suárez Rosero v. Ecuador: «98. La Corte considera que esa excepción [la excepción al cese de la prisión preventiva superado un plazo razonable] despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados (...)» Cf. Corte IDH. Caso Suárez Rosero v. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), par. 98.

incompatibilidad con los postulados del estado democrático de derecho. Sobre el particular, se exterioriza el siguiente considerando:

«95. La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado.»²¹²

En última instancia, la Corte IDH califica la invocación a la peligrosidad dentro de los textos legales de los ordenamientos nacionales, como parte de un agresivo programa que sustituye al Derecho Penal de acto o de hecho, propio de una sociedad democrática, por un Derecho Penal de autor que abre la puerta a la arbitrariedad y al desbordamiento del ejercicio del poder punitivo del estado. Simultáneamente, la Corte Interamericana emite un criterio valorativo por el cual califica a la peligrosidad como un instituto jurídico reacio a la legalidad criminal y a la regla del debido proceso del artículo 8 de la CADH. Efectuando un paralelismo entre estas ideas y los principios que la doctrina común estatuye acerca de la prisión preventiva. Puede extraerse la conclusión de que muchas de las modernas causales de encarcelamiento descansan en criterios de peligrosidad o fines preventivo-generales o preventivo-especiales (reiteración delictiva, reiteración procesal, flagrancia, peligro para la víctima); lo cual las torna como cautelas inválidas en el marco del proceso penal democrático²¹³.

²¹² Corte IDH. Caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 95.

²¹³ Es ilustrativa, a este respecto, la opinión que formula el juez García Ramírez sobre las prescripciones legales de muchos de nuestros países, que imponen la obligación de decretar prisión preventiva en ciertos casos particularizados y a ciertos colectivos homogéneos: «9. Numerosas leyes disponen que se imponga inexorablemente prisión preventiva a los inculpados por delitos correspondientes a determinadas categorías, disposición que priva al juzgador de la posibilidad de ponderar individualmente, como debiera, la pertinencia o impertinencia de ordenar la prisión cautelar en el caso que tiene a la vista, no apenas en una categoría abstracta y general. Esta orden de prisión, extendida sobre una heterogénea variedad de individuos y

C.3.4. El principio de proporcionalidad como límite a la prisión preventiva

Si bien no ha sido celosamente explícita o rigurosamente exacta sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que la prisión preventiva debe estar ajustada, entre otras cosas, al principio de proporcionalidad. En este orden de ideas, el Tribunal Interamericano ha defendido el que se utilice esta medida cautelar solo en casos de necesidad comprobada, cuando no exista ningún otro recurso más idóneo o efectivo para tutelar los intereses cuya salvaguarda se pretende, y finalmente, prohíbe el recurso al encarcelamiento preventivo cuando la entidad de la vulneración del derecho a la libertad personal sea excesiva o más gravosa de cara al fin que persigue la imposición de la cautela.

En consonancia con las ideas aquí cotejadas, el referido foro judicial interamericano expone que para predicar la validez del encerramiento provisional, no es suficiente que la medida de restricción a los derechos fundamentales se ajuste al texto y a las previsiones de la ley; sino que inclusive es menester que la propia legislación interna respete los parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad que serán detallados a continuación, reproduciendo un extracto de la sentencia del caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador:

*«93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: **i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención.** Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia; **ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias,** en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que*

procesos, linda con la arbitrariedad: no judicial, sino legislativa, pero en todo caso estatal.» Cf. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, par. 9.

*cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten **estrictamente proporcionales**, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.»²¹⁴*

De la cita extractada, notamos que la Corte IDH ha pasado a receptor, de manera sintética y claramente comprensible, que para la admisión de cualquier medida de restricción a la libertad personal -y en especial la prisión preventiva- debe garantizarse el respeto a la proporcionalidad. E igualmente, el tribunal de DD.HH. ha recurrido a los planteos de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, sobre el particular, pues asegura que el auto que decreta la prisión preventiva será proporcional sí y solo si se respeta la triada “necesidad-idoneidad-proporcionalidad en sentido estricto”. Asimismo, la corte regional hace mención expresa -en otra de sus resoluciones- a uno de los corolarios fundamentales del principio de proporcionalidad, que impide tratar de manera equivalente a los inocentes y a los condenados por pena privativa de libertad en firme²¹⁵.

²¹⁴ Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 93. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original. Refiriéndose a la proporcionalidad que debe regir todo procedimiento judicial que conduzca a la aplicación de la prisión preventiva, o bien aludiendo a las exigencias implícitas en este principio de proporcionalidad, pueden consultarse las siguientes sentencias del Tribunal Interamericano: Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 98; Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 215 et 216; Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 105; Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 66 et 68; Corte IDH. Caso *Yvon Neptune v. Haití*. Sentencia del 06 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 98; Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 54 et 74; y Corte IDH. Caso *Usón Ramírez v. Venezuela*. Sentencia del 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 146.

²¹⁵ «122. **La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando**

Para el autor nacional Llobet Rodríguez, para afirmar la proporcionalidad siempre habrá que reparar en las peculiaridades del caso concreto y examinar todas las aristas y vericuetos del mismo, de tal forma que lo que sea proporcional en ciertos casos puede no serlo en otros:

*«Es importante considerar que el principio de proporcionalidad es de justicia al caso concreto, de modo que se afirma que implica un criterio de justicia material, que opera como correctivo frente a la aplicación estricta de la ley. Traza los límites de lo que, aun siendo formalmente legal, no puede obligarse a un administrado que tolere. Este criterio se encuentra expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Álvarez, en cuanto se dijo que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de aplicar la ley en ciertas hipótesis generales, sino además de realizar en el caso concreto un juicio de proporcionalidad.»*²¹⁶

La doctrina jurisprudencial de la Corte IDH ha vinculado al principio de proporcionalidad con la exigencia de motivación de la resolución que decreta el encarcelamiento preventivo; pues una pieza que imponga tal restricción a un derecho humano y que no se motive en absoluto, no se ajusta a la razonabilidad que debe guiar todo el proceder jurisdiccional. La judicatura está obligada a fundamentar de forma completa e integrada todas sus resoluciones y, no solo aquellas que puedan afectar el ejercicio de los derechos fundamentales, obligación positiva que está expresada en el CPP costarricense en su

se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.» Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 122. Lo resaltado no pertenece al original.

²¹⁶ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *Prisión preventiva, populismo punitivo y protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, en Durán Chavarría, Douglas; Llobet Rodríguez, Javier (comps.) Política criminal en el estado social de derecho. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 203-204. Lo resaltado no pertenece al original. La cita a la que hace referencia el Prof. Llobet Rodríguez en el caso López Álvarez vs. Honduras es la siguiente: «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 aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.» Cf. Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 68.

artículo 142. Del mismo modo, se ha argumentado que la prisión preventiva es una cautela de carácter dinámico, que no debe prolongarse en el tiempo si se disipan los motivos que le dieron origen:

«74. La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (...).»²¹⁷

El respeto a los linderos prefijados por la proporcionalidad determina, del mismo modo, que para la emisión de la medida cautelar privativa de libertad ha de acreditarse -en el caso concreto- la presencia de indicios razonables de culpabilidad en la conducta del imputado; pues lo contrario implicaría relegar a la prisión preventiva a la arbitrariedad y capricho del operador del Derecho. El proceder por la vía contraria permitiría, ulteriormente, desplegar el aparato punitivo del estado ante cualquier nimiedad o bagatela y, al mismo tiempo, abriría un portillo para desnaturalizar el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva²¹⁸.

²¹⁷ Cf. Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 74. Lo subrayado no pertenece al original. En términos muy similares, cf. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 107 et 117; y Corte IDH. Caso *Yvon Neptune v. Haití*. Sentencia del 06 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 108.

²¹⁸ «101. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga.» Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 101. También, Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 111 y 114.

C.3.5. Control judicial de las detenciones y plazo razonable

Según la Corte IDH, el control judicial de las detenciones -obligación estatal que dimana del artículo 7.5 de la CADH- es una consecuencia del derecho a la libertad personal que permite asegurar el disfrute de una pléyade de garantías irrenunciables para el individuo. Se califica al control judicial como el mecanismo idóneo para posibilitar una intermediación entre el juzgador y el sujeto sometido a proceso, pues se parte de la idea de que el juez es el custodio de los derechos humanos del detenido y la única parte procesal autorizada para la emisión de medidas cautelares en contra de aquel. El juez también está encargado de procurar que se trate al indiciado, en todo momento, de manera conforme con su presunción de inocencia; y por ello se ha interpretado que la CADH veda de plano la opción de que el control judicial de las detenciones sea ejercido por un órgano fiscal o por cualquier otro sujeto desprovisto de funciones judiciales, o bien por un juez que nunca tiene un contacto directo con el procesado y que desempeña un papel meramente formalista. Véase lo que se dijo, por ejemplo, en el caso Acosta Calderón v. Ecuador, en el cual al señor Rigoberto Acosta Calderón se le tomó la primera declaración ante un juez, hasta casi dos años después de que fuera practicada su detención:

«77. Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado la importancia que reviste el pronto control judicial de las detenciones. Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea.

(...)

79. En el caso en análisis, el señor Acosta Calderón, al momento de su detención, sólo rindió declaración ante la Policía y un Fiscal, sin la presencia de su abogado. No consta en el expediente que el señor Acosta Calderón haya rendido declaración alguna ante un juez, sino hasta transcurridos casi dos años de su detención (...)

80. En segundo lugar, un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del

artículo 8 de la Convención. En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Acosta Calderón no estaba dotado de atribuciones para ser considerado —funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Por tanto, el agente fiscal que actuó en el caso no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima.»²¹⁹

La Corte IDH también ha tenido oportunidad de analizar el tema de la razonabilidad del plazo de prisión preventiva. Se arguye, en general, que una demora prolongada en las investigaciones llevadas a cabo en la jurisdicción interna puede constituir *per se* una violación a las garantías judiciales. Y aunque no ha brindado criterios taxativos o definitorios acerca de un *quantum* temporal específico, a partir del cual juzgar que el plazo ha dejado de ser razonable, lo cierto es que ha hecho debutar una pauta por la cual en el examen del plazo han de tenerse en cuenta principalmente tres aspectos: a) la complejidad del asunto que se somete a juicio, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales²²⁰. Ahora bien, tomado estos constructos teóricos, el Tribunal Interamericano dictamina que en algunos casos concretos que ha conocido se ha

²¹⁹ Cf. Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 77, 79 y 80. Lo resaltado no pertenece al original. Cf. también, para mayor abundamiento de ejemplos, Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), pars. 55 y 56; Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 114, 115 y 118; Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 218, 222 y 223; Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 109; Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 81, 84 y 85; y Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 63, 64, 65 y 67.

²²⁰ Así, *inter alia*, Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), pars. 70 y 72; Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 104, 105 y 106; Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 162-172; Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 70, 73 y 75; y Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 118-120.

quebrantado el derecho de los recurrentes a ser juzgados en un plazo razonable, verbigracia, el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, en que a la víctima se la retuvo poco menos de cuatro años en prisión preventiva y luego fue condenada a sólo dos años de cárcel (y posteriormente fue revocada esta sentencia condenatoria); el caso Tibi vs. Ecuador, en el cual el señor Daniel Tibi fue sometido a encierro por un lapso temporal mayor a dos años, y al final fue sobreseído definitivamente por la Corte Superior de Justicia de Guayaquil; el caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, en que fruto de las regulaciones legales altamente represivas vigentes en el Perú para la fecha de los hechos, el señor Wilson García Asto descontó casi diez años a título de preso sin condena, siendo finalmente absuelto, mientras que el señor Urcesino Ramírez Rojas llevaba ya cerca de catorce años en prisión provisional sin que la etapa sumarial del procedimiento hubiese fenecido; o bien, el caso Barreto Leiva vs. Venezuela, en que el peticionario permaneció como preso preventivo por espacio de un año, dos meses y dieciséis días, y al final de su juzgamiento sólo fue condenado a descontar una sanción penal de un año y dos meses de cárcel, es decir, estuvo en prisión preventiva dieciséis días más de los que fue condenado.

En todos los casos antes citados, y en algunos otros por el estilo, la Corte IDH decidió formalmente una violación al artículo 7.5 y 8.1 CADH, en razón de que la excesiva dilación de los procedimientos hizo que los plazos por los que se excedió la prisión preventiva superaran el margen de lo razonable; y ello sin que haya sistematizado un criterio unívoco y perentorio que le permitiera definir cuándo el plazo es razonable y cuándo no. Por el contrario, debe acotarse aquí que la Comisión Interamericana sí ha establecido un criterio orientador acerca de la razonabilidad del plazo, en términos ciertamente concluyentes y perentorios, pues este órgano ha establecido que el plazo deja de ser razonable cuando supera el límite de las dos terceras partes del mínimo de la escala penal prevista en abstracto para el delito de que se trate. Esta tesis ha sido defendida por la CIDH a partir de su Informe N ° 35/07; caso Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. Uruguay:

«136. (...) la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal

previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente.»²²¹

La consagración de este límite fatal de las dos terceras partes del mínimo legal para el delito respectivo como “plazo razonable”, es justificada por la CIDH en los principios de proporcionalidad, razonabilidad y provisionalidad que deben presidir la aplicación judicial de la medida cautelar privativa de libertad. En todo caso, el criterio estatuido por la CIDH no deja de ser encomiable, sobre todo ante la corroboración de que la práctica totalidad de las legislaciones procesales de América Latina son omisas, demasiado oscuras o abiertamente restrictivas en este tópico de la razonabilidad del plazo; lo cual apareja necesariamente que las estadísticas sobre presos sin condena sigan siendo abultadas en nuestros países.

C.3.6. La garantía de acceso a un recurso sencillo que tutele el derecho a la libertad personal

La jurisprudencia del Tribunal Interamericano también ha consolidado la tesis de que debe garantizarse el acceso a un recurso sencillo y sumario que permita conocer y amparar de forma solícita, las eventuales violaciones a los derechos convencionales, constitucionales y legales en que incurran los estados partes. La Corte IDH ha establecido en sus resoluciones que la garantía contemplada en el artículo 25.1 CADH se trata de una previsión general que regula y prescribe la obligatoriedad de la garantía judicial del amparo, entendido este como un procedimiento judicial sencillo y breve cuyo cometido es la tutela de todos los derechos reconocidos por los textos constitucionales, por la legislación de cada estado y por la

²²¹ Cf. CIDH. Caso N° 12.553; *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 136. Lo resaltado no pertenece al original.

Convención Americana. La garantía del *habeas corpus*, a su vez, se recoge de manera específica en el número 7.6 *idem*, y tutela en exclusiva al administrado frente a las lesiones o las amenazas de violación al derecho a la libertad personal:

«33. El habeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. (...)

34. Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos. *En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el hábeas corpus es denominado —“amparo de la libertad” o forma parte integrante del amparo.»²²²*

El *habeas corpus* o amparo de la libertad, del mismo modo que la regla prevista en el artículo 7.5 CADH, prevé que con su interposición, se asegure la comparecencia física del investigado ante el juez de la causa, no satisfaciéndose el postulado de la Convención con el solo conocimiento que el juez pueda tomar, en abstracto, de los datos o de las gestiones formuladas en el expediente. Con esto, el texto convencional pretende asegurar la inmediación entre el detenido y el contralor de legalidad, como medio propicio para fiscalizar el respeto a la vida y a la integridad física del detenido, e impedir al mismo tiempo la indeterminación del lugar de su reclusión o los eventuales ultrajes a que pueda ser sometida su persona²²³.

²²² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, “El habeas corpus bajo suspensión de garantías” (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 30 de enero de 1987; pars. 33 y 34. Lo resaltado no pertenece al original.

²²³ En muchos de sus casos contenciosos, la Corte IDH se ha dado a la tarea de investigar si al peticionario se le aseguró incólume su derecho al acceso al recurso sencillo del artículo 7.6 CADH; encontrándose que en

Según lo preceptuado por el numeral 7.6 de la normativa convencional, los recursos a disposición de las partes para que estas puedan cuestionar la legitimidad de un arresto o detención, deben ser efectivos; es decir, deben estar dirigidos al logro de la finalidad que los inspira²²⁴. El tribunal supranacional ha reconocido esta imperiosa necesidad en la doctrina del *effet utile*, por la cual debe asegurarse el cumplimiento de los efectos propios de los mecanismos procesales a disposición de las partes, resultando inválidos aquellos recursos que no hagan sino procrastinar la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, o supeditarlos a cualquier clase de consideraciones de menor importancia. Se quebrantaría el fin último de los recursos, pues, si los mismos se sujetaran a la necesidad de cumplimentar formalismos vacuos, si los mismos fuesen prácticamente imposibles de ejercer o si su resolución se prolongase indefinidamente en el tiempo o por un lapso a todas luces excesivo, subvirtiéndose así la regla de derecho e imposibilitándose los mecanismos de garantía de los derechos ciudadanos²²⁵.

La Corte IDH también reconoce que muchos de los países latinoamericanos pueden estar atravesando coyunturas históricas difíciles o situaciones de verdadera emergencia nacional,

muchos supuestos este derecho no existía, la interposición del recurso era prácticamente imposible, o el excesivo plazo en el que fue resuelto hacía nugatoria e inefectiva su existencia. Cf., a manera de ejemplificación, los párrafos que de seguido se enuncian: Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia de 17 de setiembre de 1997 (Fondo), pars. 52-54; Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), pars. 59-63; Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 93, 94 y 97; Corte IDH. Caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 112-114; Corte IDH. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 92-96; y Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 133.

²²⁴ Cf. Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 97; Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 133.

²²⁵ Valórese, en este sentido, el parecer expuesto por la Corte IDH en el caso *Tibi v. Ecuador*: «97. Esta Corte ha señalado que la protección de la libertad salvaguarda tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.» Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 97.

motivadas por guerras intestinas, disturbios políticos o sociales o crisis económicas, que pueden llevar a muchos gobiernos a claudicar en el debido respeto a las garantías constitucionalizadas y codificadas. Sin embargo, el órgano de justicia supranacional también ha reconocido que estos no constituyen motivos valederos para hollar los DD.HH. que se encuentran a la base del pacto social y los cuales, precisamente, configuran el *quid* y la razón de ser del engranaje estatal; a lo sumo, la Corte IDH ha admitido que se pueda suspender provisoriamente un cúmulo pequeño de las garantías positivizadas en la CADH, en aras de resguardar en la medida de lo posible el orden social. Dentro de estas garantías cuya restricción temporal es tolerable, ciertamente no se encuentra el derecho a la interposición judicial de los recursos de amparo y *habeas corpus*²²⁶. Estas consideraciones

²²⁶ La Corte IDH, en una celeberrima opinión consultiva en que procedió a examinar la legitimidad o ilegitimidad de la suspensión de la garantía del *habeas corpus*, extrajo una importante conclusión por la cual se vinculaba a este derecho procesal, con el blindaje a los derechos a la vida y a la integridad personal. Es decir, para la Corte IDH se verificaba una relación directamente proporcional entre el aseguramiento íntegro del recurso de *habeas corpus*, y la protección de la ciudadanía frente a la arbitrariedad:

«36. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido. Como lo manifestó el Presidente de la Comisión en la audiencia sobre esta consulta,

la Comisión está persuadida que, así como en el pasado reciente miles de desapariciones forzadas se hubieran evitado si el recurso de hábeas corpus hubiese sido efectivo y los jueces se hubieran empeñado en investigar la detención concurriendo personalmente a los lugares que se denunciaron como de detención, tal recurso ahora constituye el instrumento más idóneo no sólo para corregir con prontitud los abusos de la autoridad en cuanto a la privación arbitraria de la libertad, sino también un medio eficaz para prevenir la tortura y otros apremios físicos o psicológicos, como el destierro, castigo tal vez el peor, del que tanto se ha abusado en el subcontinente, donde millares de exiliados conforman verdaderos éxodos.

Estas torturas y apremios, como dolorosamente lo ha recordado la Comisión en su último informe anual, suelen ocurrir especialmente durante prolongados periodos de incomunicación, en los cuales el detenido carece de medios y recursos legales para hacer valer sus derechos. Es precisamente en estas circunstancias cuando el recurso de hábeas corpus adquiere su mayor importancia.

Quienes redactaron la Convención conocían estas realidades, lo que puede bien explicar por qué el Pacto de San José es el primer instrumento internacional de derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de las “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos.

(...)

43. Por otra parte debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o

cobran una inusitada importancia, si las mismas se analizan bajo el lente de los casos contenciosos estudiados *in supra*; pues en muchos de ellos (por ejemplo, los casos contra la República del Perú o contra la República de Ecuador) las autoridades de gobierno implementaron un ordenamiento legal sumamente represivo contra ciertos colectivos sociales, cercenándose de plano la posibilidad de plantear acciones sumarias de protección como el *habeas corpus*, a favor de cierta clase de detenidos: en la legislación procesal penal ecuatoriana existía una norma que excepcionaba de ciertos beneficios penitenciarios a los sindicados por infracción a la Ley de Estupefacientes y Psicotrópicos, en tanto que en el Perú, fueron aprobados sendos decretos con carácter de ley, que impedían que los encausados por delitos de terrorismo o de traición a la patria, pudieran incoar acciones sumarias de amparo de la libertad ante el Tribunal Constitucional²²⁷.

C.3.7. La jurisprudencia de la Corte IDH sobre prisión preventiva en el contexto social y político latinoamericano

Tal como se ha venido sosteniendo intermitentemente a lo largo de este estudio, todo fenómeno jurídico está matizado por una innegable dimensión política y social que delinea de alguna u otra forma sus contornos. De esta forma, se perderían importantes perspectivas de análisis, si se examinaran los casos y las resoluciones de un tribunal de DD.HH., sin tener en consideración las vicisitudes y el fárrago del contexto social en el cual se pronuncian las respectivas sentencias; y, a *contrario sensu*, el análisis puntual de la situación política y social permitirá iluminar y comprender en alguna medida los motivos y las finalidades que subyacen en cada caso concreto que es objeto de juzgamiento. La finalidad de esta sección consiste, pues, en bosquejar un somero análisis sobre el convulso contexto latinoamericano en el cual toman lugar los hechos que son conocidos por la Corte

de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.» Cf. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87, “El *habeas corpus bajo suspensión de garantías*” (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), del 30 de enero de 1987; pars. 36 y 43. Lo resaltado no pertenece al original.

²²⁷ Cf. *Supra*, secciones C.1.1., C.1.2., C.1.7. y C.1.9.

IDH, y que en su conjunción permiten afirmar la indisoluble proyección política e ideológica que permanece velada bajo la figura de la prisión preventiva.

a) La prisión preventiva y las dictaduras latinoamericanas

Como ya se reprodujo más arriba, una de las primeras medidas que emprenden los regímenes dictatoriales cuando se hacen con el poder²²⁸, es la suspensión o aniquilación del ordenamiento constitucional de los derechos fundamentales, en unión con la destitución o el sojuzgamiento de la judicatura y de sus funciones de contralora de las garantías ciudadanas. La asunción al poder de los regímenes dictatoriales está marcada, por lo general, con el quiebre práctico del principio jurídico de separación de las funciones estatales; de manera que, en estos casos, se produce una concentración del poder en las autoridades ejecutivas o militares y se desvanece todo control efectivo, frente a los posibles abusos de las mismas. En el ámbito latinoamericano, no es difícil la labor de hallar ejemplos concretos de esta clase de fenómenos, pues desde los mismos inicios de nuestra vida republicana se ha sucedido todo un proceloso vórtice de acontecimientos que han colocado en entredicho, en muchas ocasiones, la supervivencia del estado social y democrático de derecho.

Solo para ilustrar de alguna manera esta azarosa arremetida de sistemas políticos represivos en nuestra América Latina, podemos referirnos al auge de los regímenes inspirados en la DSN, tan frecuentes en estas latitudes a partir de la segunda mitad del siglo XX. Se trata de una doctrina programática promovida por las distintas agencias de la política exterior de los Estados Unidos e inspirada en criterios de peligrosidad y de animadversión hacia ciertos colectivos sociales. La DSN incorpora discursos sumamente combativos contra lo que se califica como el “peligro comunista y marxista”, se descalifica de un modo acérrimo a los gobiernos y sistemas de orientación izquierdista, y finalmente se ejecuta todo un vasto programa de represión y de auténtico exterminio de cara a los referidos “peligros”, en

²²⁸ Cf. *Supra*, Sección B.2.1., nota al pie N° 74.

donde la violación a los DD.HH. es asunto cotidiano. El chileno Tapia Valdés nos muestra un tratamiento esquemático de este proceso histórico:

«Después de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos demoró casi una década en darse cuenta del verdadero contenido y alcance de su confrontación con la Unión Soviética. Hasta mediados de la década del 50, su estrategia ofensiva había estado determinada por una proyección mecanicista de las teorías tradicionales y de su experiencia en la guerra contra los ejércitos fascistas. A partir de entonces se hizo evidente que la lucha entre las dos superpotencias no consistía en una confrontación armada, directa y dentro de sus propios territorios, sino en una batalla indirecta, de naturaleza ideológica, realizada a través de sus eventuales aliados o enemigos, en el territorio de otras naciones y con armas no tradicionales. Lo que estaba sometido a prueba en esa guerra no era la capacidad ofensivo-defensiva de los sofisticados armamentos de ambos Estados, sino su potencialidad sustantiva y técnica para convencer a otros pueblos del mérito y valor de sus respectivas ideologías y doctrinas.

(...)

Alrededor de 1955 esta política cambió. Por una parte, la política exterior y la de defensa nacional fueron combinadas y pasaron a ser conocidas como la política de —Seguridad Nacional—. La política exterior norteamericana, en otras palabras, fue —militarizada—, en la medida en que la política interna de defensa nacional se convirtió en la política internacional de Estados Unidos.

(...)

Pronto se hizo evidente que el Departamento de Estado no tenía entre sus planes respetar el deber de no intervención si llegaba a la conclusión de que existía la amenaza de participación comunista en un gobierno latinoamericano, por leve que fuera. En la Conferencia de la OEA celebrada en Caracas en 1954, el Secretario de Estado Dulles presionó con éxito para obtener una declaración en el sentido de que —La dominación o control de las instituciones políticas de cualquier Estado Americano por el movimiento comunista internacional [...] constituiría una amenaza para la soberanía e independencia política de los Estados Americanos—.»²²⁹

²²⁹ Tapia Valdés, Jorge A. (1980). *El terrorismo de Estado. La Doctrina de la Seguridad Nacional en el Cono Sur*. México D.F., México: Editorial Nueva Imagen, S.A., pp. 43, 45 y 55. Lo resaltado no pertenece al original.

El influjo de la DSN en América Latina fue palpable durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta del siglo XX²³⁰. Los alzamientos militares pululaban por doquier y los abanderados de esta doctrina no tuvieron el más mínimo empacho a la hora de pergeñar la deposición de gobiernos que habían sido electos mediante la voluntad popular expresada en las urnas. Baste citar solo algunos casos entre muchos, por ejemplo, el golpe militar en Chile en 1973, promovido por el Comandante en jefe del Ejército, Augusto Pinochet, y orquestado directamente desde la CIA; el golpe de Estado de 1964 en Brasil, que destituyó al presidente reformista João Goulart; o el golpe de Estado de 1976 en la Argentina, que derrocó al gobierno peronista y lanzó al poder a una dictadura militar autodenominada como Proceso de Organización Nacional.

En todos estos gobiernos de facto -y en muchos otros por el estilo que se sucedían sin cesar en este espacio geográfico- se gestó y se consolidó una severa política de agresión contra la disidencia, se proscribió o se restringió hasta límites inadmisibles el régimen de derechos fundamentales y se principió una concertada y organizada política de masacres y una atroz persecución contra todos aquellos sectores que estuvieran o que pudieran llegar a estar emparentados con la ideología socialista. Grandes colectivos ciudadanos, primordialmente de los estratos más humildes de la población, fueron fieramente perseguidos y procedieron

²³⁰ El tratadista nacional Llobet Rodríguez pergeña un rutilante ligamen entre muchos casos contenciosos conocidos por la Corte IDH y algunos regímenes políticos de alguna forma emparentados o influidos por la DSN y por sus métodos tradicionales, tal como los mismos fueron aplicados en las dictaduras militares del Cono Sur: *«Gran parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido relación con quebrantos de gravedad extrema a los derechos humanos y con ello al debido proceso, por ejemplo detenciones arbitrarias, práctica de la tortura y malos tratos, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. Incluso otros aspectos relacionados con el quebranto al debido proceso, por ejemplo, la violación al derecho de defensa material y técnica, el quebranto al principio ne bis in idem, la violación al principio del juez natural, esto a partir de la creación de competencias a los Tribunales militares, incluso para el juzgamiento de hechos que se dice habrían sido cometidos por civiles, estaba relacionado con este tipo de violaciones. Las mismas se dieron inicialmente en el contexto de lo que se llamó como la guerra en contra de la subversión y el comunismo, en el contexto de la guerra fría, que propició el establecimiento de dictaduras en diversos países latinoamericanos. Lo anterior se denominó como Doctrina de la Seguridad Nacional, que defendió la existencia de una guerra, en la que las privaciones arbitrarias de libertad, la tortura, ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas se estimaban justificadas, ya que de lo contrario se estaría en desventaja con las tácticas que se decía utilizaba la subversión. Se trató en estas dictaduras, de reacciones de hecho, que no recibieron respuesta judicial, de modo que en general los reclamos judiciales de hábeas corpus fueron denegados.»* Llobet Rodríguez, Javier (2012). *El debido proceso en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, en [Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica](#). San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. N° 4, 2012, pp. 251-252. Lo resaltado no pertenece al original.

a recortar las potestades de los órganos del poder público encargados de la protección de los derechos ciudadanos. La Administración de Justicia fue anulada en algunos ordenamientos, y en otros fue reducida al desempeño de un papel de simple marioneta de las agencias de gobierno; de manera que se tornaron inefectivos todos los recursos sumarios de protección de los derechos fundamentales -acciones de amparo, de *habeas corpus* y de inconstitucionalidad de las normas y actos del poder público-. Las prerrogativas del estamento militar, en cambio, sí recibieron un fuerte espaldarazo y un decidido impulso, al tiempo que se generalizaban las detenciones arbitrarias e ilegales, los arrestos domiciliarios, las restricciones a la libertad de expresión y de prensa, y las ejecuciones extrajudiciales²³¹. Uno de los cometidos neurálgicos de los regímenes dictatoriales fue el de alinear a todas las instituciones de gobierno, pretendiéndose la uniformidad de toda la sociedad y el acallamiento de las voces contestatarias al discurso oficial, de tal manera que incluso la libertad de expresión quedaba sometida a una obcecada censura²³².

²³¹ Los compiladores Felipe Agüero y Eric Hershberg proceden a explicitar, en el prólogo de una obra colectiva sobre la memoria de la represión en el Cono Sur, las diferentes matrices y las encrucijadas de los regímenes militares en los países suramericanos, trasluciéndose en su comentario un análisis comparativo sobre la forma de proceder de estas dictaduras: «*Por lo general, los militares suelen ver la violencia y los crímenes desencadenados durante la represión ejercida durante sus regímenes como una reacción necesaria ante la violencia iniciada por grupos armados (los Montoneros, el ERP, los Tupamaros, el MIR y otros), aunque, como ya fuera explicado, los métodos utilizados por la represión han sido objeto de autocrítica, por lo menos en Argentina y Chile. El grado y las características de la violencia empleada difirieron de un país a otro: en Uruguay, detención y encarcelamiento masivo; en Argentina, asesinato masivo; en Chile, asesinato, tortura y exilio; en Brasil, expedientes masivos recopilados por los servicios de inteligencia sobre los opositores. En Chile y Uruguay hizo falta un elevado nivel de reacción represiva, dado que estos países presentaban organizaciones obreras y partidos de izquierda numerosos y de larga data, y lo mismo sucedió en Argentina, con su vasto movimiento peronista (...)* A pesar de las diferencias con que los militares en estos países percibieron la amenaza, a la que respondieron con distintas modalidades represivas, existió una visión común sobre los opositores, llegando inclusive a coordinar la represión a nivel regional mediante dispositivos como, por ejemplo, la Operación Cóndor.» Hershberg, Eric; Agüero, Felipe (2005). *Memorias militares sobre la represión en el Cono Sur: visiones en disputa en dictadura y democracia*. Madrid, España; Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores, pp. 22-23.

²³² Acerca de esta pretensión en orden al alineamiento de la totalidad de las instituciones jurídicas, Tapia Valdés repara en las particularidades del régimen militar chileno (1973-1990), develando el proceso que denomina como “anulación del principio de separación de los poderes del Estado”: «*A partir de los principios sustentados por el régimen militar chileno acerca del Estado, la Constitución y el Derecho en general, es fácil concluir que tampoco tiene vigencia en Chile el principio de la legalidad. A partir de la inexistencia de una legalidad, puede colegirse la inexistencia de toda forma real de control de juridicidad sobre los actos del gobierno y de la administración. (...) Respecto del Poder Judicial, la Junta, capaz de clausurar el Congreso Nacional y las asambleas municipales del país, desarticular el sistema de partidos políticos y anular la organización sindical, se ha movido con precaución, tratando de controlar más a través de la retórica y de la adulación que por medio del uso directo del poder. Al mismo tiempo, ha actuado de manera maquiavélica para enervar su jurisdicción normal. La Corte Suprema del país virtualmente legitimó el golpe de Estado un*

Trasponiendo este exordio a la materia objeto de nuestra investigación, ha de acotarse que los primeros asuntos contenciosos conocidos por la Corte IDH (los casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales, y Godínez Cruz, los tres contra la República de Honduras), fueron decididos entre los años 1988 y 1989; es decir, cuando ya amainaba el fragor de las dictaduras latinoamericanas y los países del subcontinente retornaban, atropelladamente, a los senderos de la democracia. Esto quiere decir que el Tribunal Interamericano no ha tenido muchas oportunidades para inspeccionar la convencionalidad de las políticas de estado adoptadas por las dictaduras militares, excepto, quizá, el caso Gelman v. Uruguay, en que se conocieron hechos sobrevenidos durante el régimen dictatorial cívico-militar charrúa (1973-1985), empleando para ello la figura jurídica del delito continuado. En la sentencia del precitado caso Gelman v. Uruguay, la Corte regional sintetiza en qué consistió la Operación Cóndor, así como las permanentes violaciones a los DD.HH. ocurridas con motivo de su adopción:

«44. El presente caso reviste una particular trascendencia histórica, pues los hechos comenzaron a perpetrarse en colaboración con autoridades argentinas en un contexto de práctica sistemática de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la Operación Cóndor.

(...)

46. En la década de los años 1970, se establecieron operaciones transnacionales en la región con el fin de eliminar a los grupos guerrilleros, en el contexto de una campaña contrainsurgente que justificaba expandir el campo de acción más allá de los límites territoriales, aunque ya en 1960, se había creado la Conferencia de los Ejércitos

día después de ocurrido, a través de un acuerdo ampliamente publicitado. Dando luego otra demostración de respaldo a la Junta Militar y en uso de sus poderes privativos, removió no menos de treinta altos jueces por razones exclusivamente políticas./ En el plano jurisdiccional, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, aparte su apresuramiento para autonegarse competencia en aspectos fundamentales concernientes a la protección de los derechos humanos -como el recurso de habeas corpus-, han aceptado sin discusión que se las prive de facultades que la legislación chilena les había otorgado. Estas facultades fueron transferidas a los tribunales militares. Cualquiera que haya sido la actitud individual o subjetiva de los miembros de las diferentes cortes del país, el hecho objetivo es que no han cumplido su papel de guardianes de la legalidad y de los derechos fundamentales del hombre.» Tapia Valdés, Jorge A. (1980). *El terrorismo de Estado. La Doctrina de la Seguridad Nacional en el Cono Sur*. México D.F., México: Editorial Nueva Imagen, S.A., pp. 212 y 213. Lo resaltado no pertenece al original.

Americanos, una organización de seguridad hemisférica inspirada en la —doctrina de la seguridad nacional”, que se reunía en sesiones secretas para discutir posibles estrategias y acuerdos de actividades conjuntas.

(...)

51. El plan Cóndor operaba en tres grandes áreas, a saber, primero, en las actividades de vigilancia política de disidentes exiliados o refugiados; segundo, en la operación de acciones encubiertas de contra-insurgencia, en las cuales el papel de los actores era completamente confidencial y, tercero, en acciones conjuntas de exterminio, dirigidas a grupos, o individuos específicos, para lo cual se conformaban equipos especiales de asesinos que operaban dentro y fuera de las fronteras de sus países, incluso en Estados Unidos y Europa.»²³³

No obstante la aparente parquedad de la Corte IDH a la hora del análisis de las implicaciones de las dictaduras militares latinoamericanas, lo cierto es que este órgano judicial sí ha conocido sobre las políticas de algunos otros regímenes más recientes, que han emulado la actitud implacable y arbitraria de sus antecesores en el Cono Sur. Es decir, perviven de alguna manera las reminiscencias del autoritarismo, incluso en sistemas políticos que han sido ungidos por la legitimidad electoral manifestada en la realización de elecciones populares.

Ejemplo paradigmático de estos gobiernos casi-dictatoriales, lo encontramos en el Perú de Alberto Fujimori (1990-2000). En efecto, Fujimori tomó como indiscutible lábaro la lucha contra los “grupos subversivos”, principalmente la guerrilla Sendero Luminoso²³⁴. Con el objeto de conjurar las amenazas representadas por agrupaciones que fueron inscritas dentro del llamado “terrorismo marxista”, se sistematizó una agresiva estrategia represiva en donde la violación a los derechos fundamentales de la población devino una constante. Es

²³³ Corte IDH. *Caso Gelman v. Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), pars. 44-63. Lo resaltado no pertenece al original. Los hechos del caso Gelman v. Uruguay están referidos a la búsqueda de la nieta del escritor argentino Juan Gelman, quien fuera nacida durante el cautiverio de su madre -la nuera de Gelman- en un centro de detención ilegal en la república oriental. Las investigaciones privadas llevadas a cabo por Gelman le confirmaron que su nieta estaba viva y que había sido adoptada por miembros de la policía uruguaya. Con el fin de encontrarse con su nieta, Gelman solicita la ayuda del presidente Julio María Sanguinetti, quien optó por negarle asistencia. En el año 2000, Juan Gelman vuelve a petitionar ayuda al presidente Jorge Batlle, gracias a lo cual la víctima logra identificar a su nieta; no obstante, se interpone una demanda ante la Corte IDH pues los restos de la nuera de Gelman continúan desaparecidos. Cf. Corte IDH. *Idem*, pars. 2, 3, 31 y 32.

²³⁴ Cf. *Supra*, nota al pie N° 128.

de destacar que para la consolidación de su poder, Fujimori inclusive diseñó y puso por obra un irrisorio “autogolpe de Estado” el 05 de abril de 1992, mediante el cual tomó ciertas medidas para eliminar la injerencia de posibles adversarios políticos: disolvió el Congreso Nacional, reorganizó el Poder Judicial y el Tribunal de Garantías Constitucionales a su antojo y suspendió indefinidamente la Constitución Política de 1979, todo ello realizado con el beneplácito y la aquiescencia de las Fuerzas Armadas.

Los instrumentos del control penal y punitivo cobraron un vigor inusitado, la legislación contra el terrorismo fue fortalecida y asumió un innegable matiz inquisitorial, las fuerzas paramilitares fueron avitualladas por el propio aparato de gobierno, y los límites constitucionales al ejercicio del *ius puniendi* estatal dejaron de tener primacía y efectividad en la práctica. Prueba de ello son los casos observados puntillosamente en este análisis²³⁵, en donde se recurrió a la prisión preventiva de forma indiscriminada contra los señores María Elena Loayza Tamayo, Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas. A los tres se los acusó de pertenecer a Sendero Luminoso, pero sin que las autoridades judiciales o policiales contasen con las más mínimas probanzas para incriminarlos y, sin que pudiera reprochárseles ningún delito o actividad ilegal en concreto. A Loayza Tamayo se la recluyó en prisión simplemente porque era profesora universitaria y se presumió su participación en el Partido Comunista del Perú; a Ramírez Rojas se lo detuvo porque se desempeñaba como investigador social y desarrollaba estudios sobre la historia política y económica de su país; y a García Asto porque se le incriminó de portar tres pasquines de carácter subversivo, aunque finalmente los tres resultaron absueltos de las acusaciones que se formularon en su contra. Se percibe aquí con claridad, que el gobierno fujimorista había estandarizado la práctica de utilizar a las agencias de persecución penal como instrumento para afianzarse en el poder y para institucionalizar la disciplina del miedo, afanes para los cuales no se dudó en generalizar el fenómeno de la privación preventiva de libertad y extenderlo incluso ante la más mínima sospecha.

²³⁵ Cf. *Supra*, secciones C.1.1. y C.1.7.

Solo a título de aclaración, conviene indicar que la Corte IDH no se ha limitado a explorar la adecuación a la Convención Americana de la política y la praxis fujimorista, únicamente en los dos casos que se mencionan en detalle en este trabajo. Muy por el contrario, la Corte IDH ha declarado la responsabilidad internacional del Perú en múltiples supuestos fácticos sometidos a su consideración, en los cuales ha considerado que el gobierno de Fujimori, el cual estaba procediendo al combate de la delincuencia por la vía equivocada. Y es que ciertamente, con la argucia del combate al terrorismo que representaban los grupos irregulares peruanos, se emprendió un desafortunado programa de opresión y de autoritarismo estatal, en el cual se detenía, se encarcelaba y se masacraba sin que hiciera falta la acreditación de indicios de participación en actividades criminales; prueba de lo cual son los fallos de la Corte Interamericana en los casos Barrios Altos, La Cantuta, Castillo Páez y muchos otros por el estilo, todos contra la República del Perú²³⁶. Inclusive, por los hechos

²³⁶ En el caso Barrios Altos vs. Perú, la Corte IDH conoció los hechos ocurridos el 03 de noviembre de 1991, a las veintitrés horas treinta minutos, acontecimientos en los cuales un contingente del ejército peruano agrupado en el escuadrón de eliminación denominado “Grupo Colina”, irrumpió en un inmueble sito en la localidad limeña Barrios Altos. Los efectivos militares obligaron a los ocupantes de esta propiedad a arrojar al suelo y dispararon indiscriminadamente, causando la muerte de quince personas e hiriendo gravemente a otras cuatro. Diversas investigaciones judiciales y periodísticas llegaron a la conclusión de que el “Grupo Colina” llevaba a cabo su propio programa antisubversivo, en posible represalia contra algunos atentados perpetrados por Sendero Luminoso. El Senado de la República designó a un grupo de senadores para integrar una comisión investigadora de los hechos, la cual no concluyó sus pesquisas, pues el “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” que se inició el 05 de abril de 1992, disolvió el Congreso; en tanto que el Congreso Constituyente Democrático elegido en noviembre de 1992 para redactar una nueva Carta Política, no reanudó la investigación ni publicó lo ya investigado por la comisión senatorial. El caso quedó archivado con la aprobación de las leyes de amnistía que exoneraban de responsabilidad a militares, policías o civiles que entre los años 1985 y 1990 habían participado en violaciones a los DD.HH. Cf. Corte IDH. Caso *Barrios Altos v. Perú*. Sentencia del 14 de marzo de 2001 (Fondo), par. 2.

El caso La Cantuta v. Perú se remonta a los acontecimientos de la madrugada del 18 de julio de 1992, en que presuntos miembros del ejército del Perú junto con otros grupos antisubversivos, procedieron al secuestro del profesor Hugo Muñoz Sánchez y los estudiantes Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Cóndor, Robert Édgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa. Estos hechos tomaron lugar cuando las víctimas se encontraban en la Universidad Nacional de Educación “Enrique Guzmán y Valle-La Cantuta”, porque los agentes militares y paramilitares presumieron la adscripción de las mismas a movimientos insurgentes; finalmente muchos de los estudiantes fueron ejecutados y de otros se desconoce su paradero. Cf. Corte IDH. Caso *La Cantuta v. Perú*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 2, 37 y 40.

El último de los ejemplos aquí citados es el caso Castillo Páez v. Perú, aunque la responsabilidad internacional del régimen peruano fue declarada por la Corte IDH en muchos otros casos similares. Ernesto Rafael Castillo Páez era un estudiante universitario y profesor de 22 años de edad, quien fue detenido en la capital peruana el 21 de octubre de 1990 por agentes de la Policía General y la Policía Nacional. Cuando los

que dieron origen a estos casos, Alberto Fujimori fue convicto el 07 de abril de 2009 por los tribunales penales de su país, imponiéndosele la sanción de veinticinco años de cárcel por su responsabilidad en varios delitos de asesinato con alevosía, secuestro agravado y lesiones graves.

b) La prisión preventiva y la eclosión de la criminalidad violenta en América Latina

Los regímenes autocráticos y los gobiernos dictatoriales ciertamente han hecho mella en el contexto político latinoamericano, abriendo camino para las democracias de corte delegativo²³⁷. No obstante, ello no ha implicado que el autoritarismo se haya volatilizado o que los DD.HH. se respeten ahora indeclinablemente. Muy por el contrario, de ordinario percibimos cómo los problemas que se encuentran a la base de la criminalidad surgen con nuevos matices, cómo se articulan y se organizan cada día nuevos grupos delictivos de carácter organizado y profesional y cómo se transmutan constantemente las propias nociones sobre lo criminal y lo desviado. Las estadísticas y los índices de delitos violentos verdaderamente han aumentado en muchas regiones de América Latina, y específicamente en el ámbito centroamericano, se ha expandido el fenómeno de formación de pandillas juveniles²³⁸.

oficiales detuvieron al victimado, lo despojaron de sus anteojos, lo golpearon, lo esposaron y lo introdujeron en la cajuela del vehículo policial, que partió del lugar con rumbo desconocido. Estas fueron las últimas noticias que se tuvieron del ofendido. La detención se habría producido después de un atentado del grupo Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, ocurrido en el distrito donde Castillo Páez fue interceptado. Cf. Corte IDH. Caso *Castillo Páez v. Perú*. Sentencia del 03 de noviembre de 1997 (Fondo), pars.30, 42 y 43.

²³⁷ Sobre el proceso de surgimiento y las más notables características de las democracias delegativas en América Latina, pueden consultarse los apuntes de Erika Gólcher, en Gólcher Barguil, Erika (2004). *Transiciones desde un gobierno autoritario: Las democracias delegativas en América Latina*. 1° ed. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, Cuadernos de Historia de la Cultura, p. 13 *et passim*.

²³⁸ Un puntilloso y documentado análisis sobre la formación y la generalización de pandillas juveniles en América Central y las interrogantes que ello plantea al sistema jurídico-penal, se encuentra en Llobet Rodríguez, Javier (2007). *Las maras y pandillas en Centroamérica*, en Llobet Rodríguez, Javier (coord.) *Justicia penal y estado de derecho*. 1° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 193-217.

Frente a esta nueva dinámica social, las respuestas que usualmente prodiga el estado suelen caracterizarse por la inmediatez y la irreflexión, de manera que los esfuerzos que se hacen para combatir al crimen son casuísticos, inconexos e impregnados, en demasía, por una ideología populista en auge, espoleada briosamente desde la opinión pública. Llobet Rodríguez sintetiza los principales debates que la eclosión de la criminalidad violenta ha despertado en la consciencias del pensamiento jurídico y político latinoamericanos:

«Latinoamérica actualmente ha visto que se ha agudizado la problemática de la seguridad ciudadana, relacionada con la delincuencia convencional, en particular los delitos violentos y los delitos en contra de la propiedad. La problemática del aumento del crimen y las causas del mismo es difícil de ser esclarecida, debido a su carácter multicausal. Desde la perspectiva neopunitivista se han atribuido en forma demagógica las causas del aumento de la delincuencia violenta y contra la propiedad al exceso de garantismo de los códigos procesales aprobados. No se analizan los diversos factores que han influido en el aumento de la criminalidad violenta y no se toman en cuenta dentro de éstos los cambios estructurales que se han producido en las últimas décadas, como consecuencia de las políticas neoliberales y el fomento del consumismo, el abandono de los principios de solidaridad y su sustitución por el individualismo, todo lo cual ha provocado grandes cambios en la sociedad, en la familia y en el sistema educativo, llevando a una mayor exclusión social.»²³⁹

Ejemplo prototípico de la manifestación de nuevas y más agresivas formas de criminalidad en nuestro espacio geográfico, lo encontramos en el auge de los delitos relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Efectivamente, alrededor del narcotráfico se ha tejido toda una vasta red de emporios comerciales y organizacionales, paralelos o sucedáneos a otros actores económicos o gubernamentales de gran renombre; agrupaciones ilegales que, cuando tienen la ocasión propicia para ello, no escatiman esfuerzos para llevar a cabo sus objetivos de distribución de droga, incluso mediante el recurso al crimen violento y al enfrentamiento directo con el estado y sus agencias de control social.

²³⁹ Llobet Rodríguez, Javier (2009). *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos internacionales de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano*, en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Penales de Puebla A.C. Puebla, México: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. N° 24, 2009, pp. 117-118.

En nuestro medio, el narcotráfico se presenta ante todo como una “economía criminal”, un conjunto de grandes y agresivos consorcios que llegan a dominar la estructura y funcionamiento de las redes de tráfico de drogas de México, Centro y Suramérica, en todos sus aspectos: financiamiento, organización, plantaciones, laboratorios, transportes, contrabando, distribución y venta en Norteamérica y Europa, lavado de activos, reinversión de beneficios en el propio tráfico y en otras empresas y ramas de la economía. Algunas de estas organizaciones se convierten en auténticas multinacionales del crimen, verticalmente jerarquizadas y horizontalmente expandidas y diversificadas. Sus actos y tráficos ilícitos se autoestructuran como un subsistema y un espacio propios. Se interrelacionan, además, con otros fenómenos y procesos característicos de una economía delictual de mayor vastedad, constituida por los actos y tráficos ilícitos referidos a bienes suntuarios, divisas, armamentos, tesoros arqueológicos, e inclusive bienes propios del demanio estatal y de la Administración Pública.

El crecimiento rápido y consistente de la narcoeconomía se acompaña y entrelaza con importantes desplazamientos de grupos poblacionales, desde una vida y actividad sociales ajustadas a la ley, hacia formas de vida y de conducta, más o menos, subterráneas o clandestinas. Ello definitivamente incide en la emergencia de una “narcosociedad” y de una “narcocultura”. Por ello, para lograr una óptica omnicomprensiva de estos problemas, será necesario tener en cuenta a los distintos grupos humanos involucrados, a las redes de complicidad, a los nuevos espacios sociales abiertos por el crimen y a las propias víctimas - especialmente los consumidores-. También debe centrarse la mirada en el hecho de que a la economía y a la sociedad criminales, se une el correlato de una “narcopolítica”, una esfera política aneja al narcotráfico, que tiende a influir y a pesar sobre el propio proceso gubernamental de toma de decisiones, invadiendo la sociedad política en su conjunto y revelando la profunda hipocresía que subyace en múltiples proclamas oficiales.

Para solventar los aludidos fenómenos de expansión del narcotráfico y de otras formas de criminalidad por el estilo, buena parte de la opinión pública, la mayoría de los periodistas y políticos e incluso muchos juristas se decantan por opciones simplistas y unidimensionales. Se pierde de vista la compleja gama de factores que operan a lo interno de estos nuevos

hechos sociales, y la respuesta más acostumbrada, la panacea, es la del aumento de las penas, las medidas cautelares y el régimen de represión²⁴⁰. Los expositores Castro Cuenca, Henao Cardona y Balmaceda Hoyos nos advierten sobre el tratamiento jurídico defendido y favorecido por la ciudadanía en general, frente a los riesgos y peligros que se derivan de los nuevos procesos y fenómenos que pululan a lo interno de los grupos sociales:

«Gran parte de la doctrina señala que en la actualidad los legisladores de todo el mundo tienen la tendencia a generar nuevos bienes jurídico-penales, a flexibilizar las reglas de imputación, a relativizar los principios político-criminales de garantía; y, por último, a ampliar los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, tendencia que ha sido denominada por la doctrina como: —expansión del Derecho penal—. Esta expansión tiene características muy peculiares que la distinguen de otros fenómenos de inflación legislativa que se presentaron en el siglo pasado, pues la reacción de la sociedad actual frente a esta tendencia muestra una extraña unanimidad, muy alejada de las protestas que generaron en la década de los setenta los movimientos de Ley y orden.

Dicha situación se ha generado fundamentalmente por la identificación de la colectividad con las víctimas antes que con los autores, situación que viene favorecida por una

²⁴⁰ Llobet Rodríguez conceptualiza lo aquí señalado como “neopunitivismo” o “populismo punitivo”: «(...) el *neopunitivismo* parte de una concepción muy arraigada en Latinoamérica de que se puede modificar una realidad social a partir de una reforma que imponga políticas de mano dura. Esta concepción niega las causas sociales de la criminalidad, de modo que ésta se afronta no a través de una buena política social, sino de una mayor represión. Por ello el *neopunitivismo* critica a los que analizan los factores sociales asociados a la delincuencia, ya que considera que con ello se llegan a justificar los actos criminales. Se critica desde el punto de vista procesal la presunción de inocencia, los límites a las injerencias en la intimidad, las prohibiciones probatorias, el derecho de defensa y en general la garantía del debido proceso. La propuesta estrella del *neopunitivismo* es la extensión de la prisión preventiva, con la justificación de garantizar la seguridad ciudadana, de modo que dicha medida cautelar no tenga un carácter excepcional. Así, se critica que los delincuentes entran por una puerta y salen por otra, esperándose que con la mera denuncia se llegue al dictado de la privación de libertad y a una sentencia condenatoria. Por otro lado, dentro de los eslóganes del *neopunitivismo* se encuentra la afirmación de que se protegen por la legislación procesal los derechos de los delincuentes, pero no los de las víctimas. No es ajena al *neopunitivismo* la defensa de la tolerancia cero, que lleve a la detención de los excluidos sociales, por ejemplo las personas catalogadas como vagas, prostitutas, alcohólicos, drogadictos, etc., conforme a criterios propios de un derecho penal de autor. Unido a ello el *neopunitivismo* se asocia a un derecho penal del enemigo, que desconozca también conforme a un derecho penal de autor el carácter de persona a determinados grupos, por ejemplo los reincidentes, los abusadores sexuales, los miembros de la delincuencia organizada y los terroristas. Se pretende una relativización de las garantías, que se reflejaría en particular en lo relativo a la prisión preventiva.» Llobet Rodríguez, Javier (2009). *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos internacionales de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano*, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Penales de Puebla A.C.* Puebla, México: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. N° 24, 2009, pp. 117-118.

configuración de la sociedad postindustrial de una mayoría de sujetos pasivos (económicamente hablando): pensionistas, desempleados, consumidores, etc., pero también por la desafortunada utilización de las leyes penales como bandera de campañas políticas fundadas en la —lucha común” contra la inseguridad, por ello resulta fundamental señalar los verdaderos alcances de las sociedades pos modernas [sic].»²⁴¹

Los raquíticos análisis y la desatención de los móviles políticos que nadan en la membrana basal de las nuevas formas de delincuencia, originan que los gobiernos y la sociedad en su conjunto acudan a aplicar paliativos que han mostrado su absoluta inoperancia. Es decir, a lo largo de la Historia y en muchos países, se han ensayado y aplicado hasta la saciedad las políticas de mano dura, se ha acuerpado a las fuerzas policiales con valiosos insumos, se ha robustecido al sistema jurídico-penal con un tono más agresivo y, ciertamente, todo ello ha resultado un fiasco, pues la criminalidad y muy especialmente el narcotráfico permanecen inexpugnables, e incluso han aumentado en algunas latitudes²⁴².

²⁴¹ Castro Cuenca, Carlos; Henao Cardona, Luis Felipe; Balmaceda Hoyos, Gustavo (2009). *Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas de Santiago-Grupo Editorial Ibáñez, p. 31.

²⁴² Michael Massing evidencia el fracaso de los métodos tradicionales de la millonaria lucha antidrogas implantada en los Estados Unidos de América y exportada a todo el mundo, y en especial a los países latinoamericanos: «Desde 1981, la nación se ha comprometido en un vasto y costoso experimento de control de drogas, con la aplicación coactiva de la ley como su núcleo central. De los fondos federales asignados al control de drogas, dos tercios, o más de 8 000 millones de dólares se han destinado a la aplicación de la ley a la interdicción. La DEA, el FBI y el Pentágono han recibido tremendos aumentos en fondos para la persecución de los traficantes; en 1991, sólo el Departamento de Defensa recibió 1 270 millones. Los Estados Unidos han creado una Financial Crimes Enforcement Network, establecido un CIA Counter-Narcotics Center, colocado globos aerostáticos en la frontera con México, y montado una elaborada cacería de Pablo Escobar... Pese a todos estos esfuerzos, el flujo de cocaína hacia Estados Unidos continúa sin descenso. En forma similar, operaciones especiales de policía diseñadas para limpiar vecindades infestadas de drogas han hecho poco para reducir las cantidades disponibles de crack y cocaína. El actual fracaso en el manejo del problema de la droga es resultado lógico de las políticas seguidas por el gobierno federal en la última década. Desde la elección de Ronald Reagan en 1981, Washington se ha preocupado mucho más de prevenir el uso recreativo de drogas que en ayudar a los usuarios habituales... Los que tenían una seria adicción y querían superarla tuvieron poco estímulo de la Casa Blanca. Durante su primer periodo, el financiamiento para tratamientos cayó en casi 40%, tras ajuste por inflación. (...) La estrategia que los Estados Unidos han adoptado, aplicado y pretendido imponer a otros países, es también ineficaz y contraproducente en su faz externa. Ha implicado el ataque, la perturbación y la multiplicación de daños a los países que han respondido a las señales del mercado de drogas de los países desarrollados, presionados entre el poder coercitivo de los Estados Unidos y el de los grandes traficantes. » Cf. Massing, Michael (1992). *What Ever Happened to the “War on Drugs?”* [¿Qué ha sucedido con la “Guerra contra las drogas”?]. *New York, United States of America: The New York Review of Books*, pp. 14-15.

Amén de ineficaz, la política que ha asumido la lucha contra el tráfico de drogas en muchos países latinoamericanos es harto preocupante, pues la alarma social y la perenne emergencia que propicia pueden llevar a injusticias de hondo calado. Se flexibiliza el régimen de garantías, y con ello aflora el quebranto a derechos procesales clásicos: los resultados de ello son detenciones masivas, presunciones de culpabilidad, inversión de la carga de la prueba, conculcación a las prohibiciones probatorias, injerencias ilegítimas en el domicilio y la intimidad, etc. Tal como repasamos en su momento en el análisis de los casos sometidos a la Corte IDH -en especial los casos contra Ecuador- la prisión preventiva es prodigada en exceso en estos asunto, pues se detiene sin indicios sustantivos que hagan presumir la autoría (como en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez y en el caso Tibi, ambos contra Ecuador), se dan prohibiciones excarcelatorias y se restringen ciertos beneficios procesales en razón del delito achacado (como en los casos Suárez Rosero, Tibi, y Acosta Calderón contra Ecuador; y en el caso López Álvarez contra Honduras), el encarcelamiento provisional alcanza plazos con los que se difumina toda provisionalidad (por ejemplo, los casos Suárez Rosero, Acosta Calderón y Tibi contra Ecuador), en fin, se suceden muchas otras violaciones de este estilo hacia los DD.HH.

Más peligroso todavía es que la justa preocupación ciudadana que ocasiona el despertar de la delincuencia violenta, se use con fines políticos o propagandísticos velados, o peor aún, para la promoción de caudillismos y de gobiernos despóticos, no menos criminales que aquellos contra quienes se traba lid²⁴³. Se propone aquí que en el diseño de políticas

²⁴³ Un paladino y elocuente ejemplo de esta utilización retórica de los problemas sociales, en aras a la promoción de objetivos políticos y partidistas, la hallamos en el mensaje televisado a la nación rendido por el entonces presidente de Perú, Alberto Fujimori, con motivo del autogolpe de estado del 05 de abril de 1992: «(...) Pero hoy sentimos que algo nos impide continuar avanzando por la senda de la reconstrucción nacional y el progreso, y el pueblo del Perú conoce la causa de este entrapamiento. Sabe que no es otro que la descomposición de la institucionalidad vigente, el caos y la corrupción, la falta de identificación con los grandes intereses nacionales de algunas instituciones fundamentales, como el Poder Legislativo y el Poder Judicial traban la acción de gobierno, orientada al logro de los objetivos de la reconstrucción y el desarrollo nacionales. A la inoperancia del Parlamento y la corrupción del Poder Judicial, se suman la evidente actitud obstruccionista y conjura encubierta contra los esfuerzos del pueblo y del gobierno, por parte de algunas cúpulas partidarias. Estas cúpulas, expresión de la politiquería tradicional, actúan con el único interés de bloquear las medidas económicas que conduzcan al saneamiento de la situación de bancarrota que precisamente ellas dejaron. Igualmente, hay grupos a quienes interesa que fracase la estrategia de pacificación, porque no se atreven a tomar posición clara frente al terrorismo. Los encarnizados adversarios políticos de ayer, se unen hoy en el propósito de impedir el éxito de la gestión de gobierno, sin importarles el futuro del país; detrás de esta innoble alianza se encuentra el interés común por recuperar el espacio político

públicas contra el narcotráfico y otros delitos, cuya incidencia ha aumentado en el tejido social, se indague en la naturaleza multifactorial de los problemas involucrados; fomentándose así el tratamiento preventivo de los males sociales que se encuentran a la base de estos fenómenos, pues si se sigue apostando irracionalmente por la represión, muy posiblemente esta historia, cual Sísifo y su piedra, será de nunca acabar. Como bien lo recomienda Marcos Kaplan:

«La complejidad y multidimensionalidad del narcotráfico y sus numerosas implicaciones y ramificaciones plantean interrogantes cruciales a las naciones y Estados de América Latina, a sus élites públicas y privadas y a sus principales clases e instituciones, a fuerzas políticas y gobiernos, a sus científicos sociales. Los intentos de respuesta a este desafío se dan o deben darse en términos de diagnóstico y soluciones, de propuestas de estrategia y políticas del Estado [sic] y de la sociedad, de campañas y acciones de diverso tipo. Se requiere por ello, ante todo, del descarte de los enfoques restrictivos, formalistas, estáticos. Éstos, de diferentes maneras, reducen la compleja constelación de la drogadicción y el narcotráfico a un fenómeno patológico, excepcional, transitorio, de salud, de criminalidad y represión, de

perdido. En la lucha contra el narcotráfico, el Parlamento ha mostrado debilidad e inconsecuencia, esto se ve claramente en su posición frente a la legislación propuesta por el Ejecutivo para sancionar el lavado de dinero, para permitir levantar el secreto bancario, para sancionar la compra y venta de bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas, y para sancionar a servidores y funcionarios públicos que incurran en actos de encubrimiento de narcotraficantes. Todas estas medidas planteadas por el gobierno mediante el Decreto Legislativo 640, fueron derogadas por el Congreso sin la menor explicación y sin pensar que de esta manera se dejaba al país desarmado para sancionar con la dureza necesaria a quienes delinquen con el tráfico de drogas. La actitud irresponsable y negativa de los parlamentarios no respeta tampoco los mandatos constitucionales, los cuales son violados conscientemente, tal es el caso de la promulgación de la Ley 25.397, denominada “Ley de Control Parlamentario sobre los hechos normativos del Presidente de la República”, que pretende maniatar a éste, recortándole atribuciones elementales para gobernar. Esto en aspectos tan importantes como la política económica o la lucha antiterrorista, cuando señala “El Presidente (...) la facultad de señalar cuáles son las zonas de emergencia”, sin el menor respeto por las facultades presidenciales consignadas en nuestra Constitución, incluso se pretende negarle la posibilidad de observar en todo o en parte, la Ley Anual de Presupuesto. Este exceso demagógico y obstruccionista ha conducido a un grave déficit presupuestal que podría hacer rebrotar la hiperinflación si no se toman urgentes medidas correctivas. Incurriendo en un acto que agrede y ofende a un país que vive graves dificultades económicas, el Congreso ha elevado groseramente su presupuesto y extendido indebidamente las cédulas vivas a hechos parlamentarios. Esta actitud demuestra la total indiferencia del Parlamento ante el reclamo de austeridad, eficacia y seriedad en el trabajo legislativo, que ha hecho innumerables veces el ciudadano común y corriente; el pueblo del Perú, las grandes mayorías reclaman que las energías nacionales sean canalizadas, orientadas y administradas por instituciones eficientes y comprometidas con el supremo interés de la nación, por eso su rechazo permanente a un parlamentarismo irresponsable, estéril, antihistórico y antinacional (...)» Cf. Mensaje televisado a la nación; del Ing. Alberto Fujimori Fujimori, Presidente de la República del Perú. Extraído de la siguiente dirección electrónica: <http://www.youtube.com/watch?v=BfVj2IUFZsM>. Consultado el día 16 de agosto de 2013.

policía y militarización, de oferta o demanda, de producción o consumo, de exclusiva responsabilidad de los países productores o de los países consumidores. Se necesita, por el contrario, aproximarse a una estrategia y a una política alternativas, a partir y a través de un enfoque totalizador-concreto-dinámico. Éste postula la necesidad de integrar a un gran número de actores participantes de aspectos y niveles todos independientes.»²⁴⁴

Sólo podrá atisbarse una solución a toda esta vorágine del narcotráfico, desde una perspectiva interdisciplinaria, que integre además a los principales grupos sociales, instituciones y organizaciones de las naciones latinoamericanas. Esto no debe llevar a pensar a nadie, que nuestras pretensiones consistan en debelar al estado, frente a las ingeniosas y acuciantes estrategias de que se vale la criminalidad organizada, sobre todo cuando por ellas pueden afectarse bienes jurídicos de gran valía -como la vida, la integridad física o incluso la libertad de las personas-; lo que se busca es que el modelo actual de lucha contra el delito, asentando casi en exclusiva en la represión, pase a considerar los múltiples factores que inciden y determinan estos tópicos. En última instancia, debe afirmarse que *naturalis ordo per omnia conservandus est*, puesto que las coyunturas o los contextos situacionales difíciles no autorizan, por sí mismos, a desechar las nociones que la propia Corte IDH califica como “principios generales del derecho universalmente reconocidos”. En todo caso, como se ha visto, los modelos y las políticas de mano dura no han logrado progresos sensibles en la reducción de la violencia, y lo que efectivamente han deparado es una incuantificable y perniciosa estela de violación a los derechos individuales de las personas.

²⁴⁴ Kaplan, Marcos (1993). *El narcotráfico latinoamericano y los Derechos Humanos*. México D.F., México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, pp. 10-11.

CAPÍTULO CUARTO

Lex mala, lex nulla est²⁴⁵

Santo Tomás de Aquino

D. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REALIDAD NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL COSTARRICENSE

Nuestro análisis no sería completo ni holístico, si se perdiera de vista la perspectiva de la regulación actual de nuestro ordenamiento jurídico sobre la temática en cuestión, así como la aplicación práctica de la prisión preventiva por parte de los órganos de la jurisdicción penal ordinaria. Para dilucidar este punto, resulta indeclinable bosquejar una epítome del tratamiento normativo que la temática tiene en la ley patria, tanto en el Código Procesal Penal de 1996, como a partir de la Ley N° 8720, Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, del 04 de marzo de 2009; y de la Ley N° 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, del 22 de julio de 2009; estas delinean nuevas reglas y pautas de acción en la materia. En idéntico sentido, se evaluará la conformidad o no de estas normas y de su aplicación forense con las reglas del DIDH, y para tal efecto se intentará responder -dentro de todo un piélago amorfo de opiniones disidentes- hasta qué punto, estas últimas son obligatorias y hasta qué medida deberían serlo.

D.1. REQUISITOS PARA EL DICTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

A nivel doctrinal y dentro de las posiciones ideológico-normativas que abogan por la necesaria contención de la aplicación de la prisión preventiva para la subsistencia del estado de derecho, se ha llegado a considerar la existencia de dos **requisitos materiales** para el dictado de la prisión preventiva: el mérito sustantivo o la probabilidad razonable de

²⁴⁵ «La ley mala, es ley nula.»

haber cometido delito, y la causal de prisión preventiva *stricto sensu*, incluyéndose por parte de algunos autores un tercer requisito, sea la observancia del principio de proporcionalidad; en tanto que dentro del rubro de los **requisitos formales** del instituto, se habla de la necesidad de una resolución debidamente fundamentada, dictada por autoridad jurisdiccional y ante requisitoria del Ministerio Público en este sentido.

D.1.1. Mérito sustantivo (probabilidad razonable de haber cometido delito)

La sospecha suficiente de culpabilidad consiste en la probabilidad razonable, decidida y analizada, *ex ante* por el aplicador del derecho, de que la persona contra la cual se quiere imponer prisión provisional haya cometido un hecho delictuoso. El requisito en cuestión, encuentra su derivación en la exigencia de razonabilidad y de proporcionalidad en el ejercicio de las actuaciones estatales, puesto que no podríamos calificar sino como arbitrario un sistema que se dedique a perseguir a los ciudadanos por las conjeturas más banales y por asuntos de los que nadie puede saber a ciencia cierta, al menos en un nivel preliminar, si están prohibidos por la legislación represiva.

Algunos instrumentos y protocolos internacionales en materia de DD.HH. -sobre todo los más recientes- consagran a texto expreso la regla de la necesidad razonable de haber cometido delito, a efectos de habilitar la prisión preventiva en un caso concreto. Es el caso del proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal (Reglas de Mallorca), que en el inciso 1) de la consideración décimo novena, estipulan que: «**Décimo noveno.** 1) *La detención sólo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de participación de la persona en un delito.*»

La probabilidad suficiente de la incidencia en una figura delictiva, es decir, la existencia de elementos de prueba adecuados que permitan sostener razonablemente que el acusado pueda ser autor de una delincuencia, tratase de una circunstancia que alguna doctrina denomina con el apelativo de “mérito sustantivo”. Así lo hacen los argentinos Alberto Bovino y Paola Biglinai, para quienes la acreditación de la probable participación en un

delito, es un elemento indispensable para que proceda no sólo la medida cautelar privativa de libertad; sino para que pueda hablarse también de la legitimidad de la persecución penal misma, sin la cual estaría de por sí injustificada de raíz toda medida precautoria, como puede observarse:

«Para que la prisión preventiva sea legítima deber verificarse -como presupuesto fundamental para dictarla- el mérito sustantivo, es decir, deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar. En verdad, la exigencia del mérito sustantivo es un presupuesto de la persecución penal, no de la medida cautelar.»²⁴⁶

La sospecha suficiente de comisión del delito, generalmente se reconduce a un asunto probatorio, pues para demostrarla, el fiscal o la parte acusadora debe mostrar al tribunal que cuenta con la prueba de hechos o con informaciones que vengan a sostener como razonable la vinculación del indiciado con los eventos fácticos que se someten a investigación. Asimismo, en virtud de esta exigencia del mérito sustantivo para que las agencias estatales puedan acceder a la emisión del auto de encarcelamiento preventivo, se ha reconocido en el DIDH, la inadmisibilidad cabal de la figura de las detenciones arbitrarias; en este entendido, tanto los artículos 9.1 PIDCP como 7.3 CADH, consagran la prohibición expresa y tajante del recurso a la detención o el encarcelamiento arbitrarios, referencia que solo puede ser relacionada con la necesidad de que toda aprehensión y detención tenga su razón de ser en la probabilidad de la comisión de un ilícito penal.

La Constitución Política de nuestro país hace referencia expresa al mérito sustantivo para acceder a la ejecución de una detención, denominándolo con la locución *“indicio comprobado de haber cometido delito”*. En efecto, y según el artículo 37 del texto fundamental, está prohibida toda detención que opere sin la acreditación de al menos un indicio comprobado de haber cometido delito, entre otros requisitos formales. Esta disposición se complementa con la exigencia del numeral 239 inciso a) del Código Procesal Penal, que consigna, con una redacción algo más complicada, básicamente la misma idea,

²⁴⁶ Bigliani, Paola; Bovino, Alberto (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., p. 21.

al definir como una circunstancia de primera necesidad para la procedencia del encarcelamiento provisorio, la existencia de *—elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él—*. Vemos que, en ambas regulaciones normativas, se alude solo a la sospecha, a la “probabilidad razonable” de la ocurrencia de los hechos imputados en un determinado sentido, mas no a la seguridad de las acusaciones; ello tiene importancia en relación con la discusión doctrinal, que se ha planteado, entre este requisito de la prisión preventiva y la propia presunción de inocencia. A su vez, el Código Procesal Penal de la Nación Argentina, en su artículo 312, determina *expressis verbis* que la prisión preventiva puede ser dictada por el juez de manera concomitante a la emisión del auto de procesamiento, supuesto de procedibilidad y de apertura de la instrucción, e igualmente define que el procesamiento solo puede ser pronunciado si *«hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste»*; con lo que notamos en el texto extractado, aunque de manera indirecta, que el encarcelamiento preventivo solo puede tomar cuerpo ante la probabilidad razonable de la comisión de un hecho criminal.

Baste realizar al menos, en este momento, una referencia marginal a la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual exige la convicción razonable de la probabilidad de la comisión de un delito, a efectos de legitimar el despliegue del aparato coercitivo del estado, por conducto de la figura de la prisión preventiva, tal como se expuso prolijamente *in supra*. Sobre el particular, se dijo en el caso López Álvarez:

«68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esta medida requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los juicios de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.»²⁴⁷

Dentro de la enunciación y caracterización doctrinal de este requisito material de la prisión preventiva, es útil igualmente hacer mención a la disputa que ha surgido entre la sospecha

²⁴⁷ Cf. Corte IDH. Caso López Álvarez v. Honduras. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 68.

suficiente de culpabilidad para proceder al encarcelamiento provisional, y el principio de la presunción de inocencia. Disputa que ha sido atizada por algunos autores contemporáneos, dentro de los cuales podemos citar al colombiano Hernando Londoño, quien parte de la llamada **concepción psicológica de la presunción de inocencia** para sostener que, en la medida que avance el procedimiento penal y los distintos actos procesales tomen lugar, así va disminuyendo en intensidad la presunción de inocencia y toma cuerpo, cada vez más, una presunción de culpabilidad. En desarrollo de estas ideas, Londoño propone que «*[l]a presunción de inocencia se irá destruyendo gradualmente por la situación de captura en flagrancia, por una orden de captura escrita, por la declaración indagatoria del imputado, por la elevación a juicio de la causa, por la comparecencia en calidad de acusado en la audiencia pública, por la sentencia condenatoria, etc.*»²⁴⁸

En contra de la concepción psicológica, la doctrina alemana ha erigido la **concepción normativa de la presunción de inocencia**²⁴⁹; por la cual este principio debe garantizarse de manera inalterada e irrestricta en el decurso de todo el procedimiento contra el imputado, decayendo únicamente hasta la emisión de sentencia condenatoria firme. Es

²⁴⁸ Cf. Londoño Jiménez, Hernando (1983). *De la captura a la excarcelación*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., p. 31.

²⁴⁹ Krauß, Detlef (1971). *Der Grundsatz der Unschuldvermutung im Strafverfahren* [El principio de presunción de inocencia en el proceso penal], en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Colonia, Alemania, pp. 158ss. Contraponiendo las implicaciones entre la concepción psicológica y la concepción normativa de la prisión preventiva, el profesor Llobet Rodríguez efectúa el siguiente comentario: «*La distinción entre la concepción psicológica y la normativa tiene gran relevancia, ya que, como dice Veit, precisamente aquel contra el que existe razonablemente prueba incriminatoria es quien necesita de la presunción de inocencia, de modo que se le dé un trato como inocente, mientras que en general aquel contra el que no existe mayor prueba incriminatoria no necesita de dicha protección. Por otro lado, la concepción psicológica de la presunción de inocencia, formulada por Ferri al final de cuentas no es muy lejana de la negativa de la presunción de inocencia hecha por Garofalo, el que habla de la existencia más bien de una precondena, cuando el juez hace un análisis provisional de la responsabilidad del imputado, por ejemplo al determinar si procede enviar el asunto a juicio, afirmando la existencia de elementos suficientes en su contra. La concepción psicológica de la presunción de inocencia hace que en diversos países se considere suficiente para el dictado de la prisión preventiva la existencia de un juicio de probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, no requiriendo propiamente la existencia de una causal de prisión preventiva, de modo que sea luego que se discuta si procede la excarcelación del imputado, lo que se ve entonces como una excepción a ese dictado de la prisión preventiva.*» Cf. Llobet Rodríguez, Javier (2010). *Prisión preventiva, populismo punitivo y protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, en Durán Chavarría, Douglas; Llobet Rodríguez, Javier (coords.) *Política criminal en el estado social de derecho*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 207.

decir, según esta teoría, la presunción de inocencia opera simplemente por imperio de la ley, sin que en su contra pueda alegarse ninguna suerte de considerandos extrajurídicos; por ejemplo, la existencia de probanzas que puedan comprometer la honorabilidad o inocencia del indiciado, o bien, el dictado de acusaciones formales contra el mismo, o su mismo ingreso en prisión provisional. Para los adalides de la concepción normativa de la presunción de inocencia, la existencia de un grado de sospecha de la culpabilidad, a efectos de la emisión del decreto de prisión preventiva, no quebranta ningún principio procesal; más bien, se convierte en una garantía adicional por la cual se asegura que solo contra algunos procesados y en ciertos supuestos muy específicos podrá aplicarse una medida cautelar tan gravosa.

Desde algunos ámbitos académicos se ha planteado la idea de que la presunción de inocencia tiene como uno de sus corolarios básicos, la necesaria acreditación de una sospecha razonable de comisión de delito, a efectos de legitimar el dictado de la medida del encarcelamiento preventivo. Así se sostuvo, por ejemplo, en las Recomendaciones Finales de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrada en Toledo en 1992, que «*[e]n virtud del principio de presunción de inocencia, ha de estar prohibido ordenar y/o mantener la prisión preventiva si no existen indicios serios de culpabilidad (...)*»²⁵⁰ Bajo esta óptica, entonces, la sospecha suficiente de culpabilidad penal opera como un límite a la aplicación del poder coercitivo estatal, del cual la prisión preventiva constituye una de sus más notables manifestaciones.

Como ya hemos adelantado, la exigencia de la acreditación de una probabilidad razonable de comisión de un delito, a efectos de que prospere un encarcelamiento provisional, se fundamenta en un criterio de proporcionalidad en el ejercicio de las diferentes prerrogativas estatales, tal como ha sido considerado por el Tribunal Federal Constitucional de Alemania y por la Sala Constitucional costarricense. Este último órgano ha manifestado, como también dijimos, que la probabilidad razonable de haber cometido delito es más que un

²⁵⁰ Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). *Recomendaciones Finales*. Sección Nacional Española. Universidad de Castilla-La Mancha. Toledo; 01, 02 y 03 de abril de 1992. Recomendación V.

requisito de la prisión preventiva, un presupuesto de primer orden para que pueda emitirse cualquier medida cautelar ante la sede criminal, como vemos:

«Los requisitos para la procedencia de la prisión preventiva están estipulados en el artículo 239 del Código Procesal Penal, siendo el primero de ellos la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad autor de un hecho punible o participe en él. En realidad éste es, más que un requisito, un presupuesto indispensable sin el cual sería absurdo ingresar al análisis de las demás circunstancias que contempla ese ordinal, pues como consecuencia del principio de proporcionalidad, sería un evidente exceso del poder estatal restringir un derecho fundamental tan importante como lo es la libertad personal a través de la prisión preventiva, sin que existan suficientes pruebas o indicios de que la persona es al menos probable autora o participe de un hecho punible.»²⁵¹

De la misma forma, se hace necesario destacar que de cara al análisis de la sospecha suficiente de culpabilidad, hayan de abordarse en la fase preliminar preparatoria del proceso, tópicos propios del Derecho de fondo, como por ejemplo, todo lo atinente a cuestiones probatorias e incluso de teoría del delito y de aplicación de la ley penal. Como observáramos, para que el tribunal competente pueda ordenar el encarcelamiento provisional, se hace necesario demostrar, entre otras circunstancias, la probabilidad razonable de que el encartado es autor de un hecho punible o participe en él. Desde esta perspectiva, el examinar cuestiones propias de la prueba es indispensable para afirmar o desechar en grado de probabilidad una autoría o participación criminal en un caso concreto. Por paridad de razones, también es completamente factible el examen de elementos propios de la teoría del delito en una audiencia temprana de medidas cautelares, y sobre todo ante una requisitoria fiscal por una prisión provisional, ya que por ejemplo, si se desacredita de previo la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad de la conducta, no existe ninguna base para afirmar en grado de probabilidad la autoría o la participación de un concreto sujeto de derecho en un hecho previsto abstractamente por la ley punitiva. En este entender, devienen cuando menos desafortunadas, múltiples apreciaciones de nuestros juzgados penales de primera instancia y de los órganos de apelaciones, que se han decantado por la

²⁵¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2001-09369, de las catorce horas con treinta y un minutos del diecinueve de setiembre del dos mil uno. Lo subrayado no pertenece al original.

consideración de que de cara a la aplicación o no de una prisión preventiva, no pueden discutirse cuestiones propias de la teoría del delito. Conclusión desafortunada, puesto que el examen de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad de un comportamiento determinado, en definitiva, puede llegar a tener una incidencia determinante para controvertir la señalada autoría criminal de un imputado, aun en fases tempranas del procedimiento.

Como requisito material para dictaminar la procedencia de la prisión preventiva, se ha reconocido igualmente su carácter dinámico²⁵². Se trata de un condicionante, de un supuesto que indefectiblemente deberá estar presente en todos y cada uno de los momentos en los cuales permanezca en vigor el encarcelamiento provisional. Si la sospecha desaparece, aminora durante el procedimiento o decae de alguna otra forma, la prisión también ha de cesar; ello arroja como corolario indiscutible, el de que el juzgador deberá revisar de oficio y con cierta asiduidad, si se mantienen las circunstancias por la cuales fue ordenada. Recordemos que se trata de la determinación más gravosa que puede emitir la autoridad estatal en contra de un sujeto concreto, y precisamente por esta razón no puede estimarse sino como inconstitucional, la prohibición para el imputado de solicitar la revisión de la medida en los primeros tres meses de ordenada, como se dispone en el párrafo tercero del numeral 253 del Código Procesal costarricense.

Otro importante argumento a favor del dinamismo de este primer supuesto material para que pueda pronunciarse un decreto de prisión provisional, lo constituye el carácter variopinto, multifacético y volátil de la situación probatoria durante la fase de preparación del procedimiento penal. En efecto, en esta etapa el órgano acusador apenas está iniciando

²⁵² El carácter dinámico que debe presidir el proceso de aplicación de la prisión preventiva ha sido señalado por la jurisprudencia internacional, así por ejemplo, la Corte IDH en el caso *Bayarri v. Argentina*, argumentó lo siguiente: «74. La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia.» Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 74.

las investigaciones, mientras que la Defensa también está haciendo lo suyo; por lo que es perfectamente factible suponer que los elementos de convicción que rolan en un momento determinado dentro del expediente, puedan variar radicalmente en una etapa posterior de las actuaciones procesales. Así se corrobora igualmente por parte de la doctrina nacional:

*«(...) debe destacarse que la sospecha de responsabilidad penal es un requisito variable, ya que al iniciar la investigación pueden considerarse las pruebas que se hayan recabado hasta ese momento, pero puede ocurrir que las circunstancias con base en las cuales se decretó la medida hayan variado, especialmente si nuevos elementos probatorios son contradictorios o diversos de los obtenidos al inicio del proceso penal y por ende, excluyan la presunción de responsabilidad penal del imputado.»*²⁵³

D.1.2. Fin procesal (causal de prisión preventiva)

Se ha exigido asimismo, en la mayor parte de las legislaciones, que para la habilitación de la prisión preventiva como medida cautelar en un supuesto concreto, ha de acreditarse la necesidad de garantizar un fin procesal, sea que con la determinación adoptada, se procure en exclusiva asegurar la buena marcha del proceso y su normal tramitación hasta llegar a emitir la decisión final que corresponda. En este entender, retrotraigamos el dato que la prisión preventiva desempeña una función básicamente accesoria, en el sentido de que, como medida cautelar que es, busca en exclusiva asegurar los resultados del proceso principal; y en este mismo carácter, es irrazonable e inconstitucional -según el estado actual de las

²⁵³ Sáenz Villalobos, Stephanie (2011). *Análisis de la prisión preventiva: antes y después de la vigencia de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal y la Ley Contra la Delincuencia Organizada, en las jurisdicciones penales del I y II Circuito Judicial de San José, durante los años 2008 y 2009* [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 16. En torno al dinamismo que debe caracterizar al primer elemento material para el dictado de la prisión preventiva, también se ha expresado el Dr. Llobet Rodríguez con estas palabras: «*Contrario a lo que se considera en la práctica costarricense, la sospecha suficiente (probabilidad) de culpabilidad del imputado tiene un carácter dinámico y no estático. Al inicio de la investigación el juicio de probabilidad se hará con base en el estado de la misma y con los resultados que de acuerdo con ella razonablemente se espera sean obtenidos, pero en la medida en que dichos resultados no sean concordantes con lo esperado, puede resultar que la probabilidad que inicialmente se había afirmado no pueda afirmarse posteriormente más.*» Cf. Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 179.

cosas- que el encarcelamiento preventivo pueda estar sustentado en otras finalidades solo atribuibles a la pena. Así, por ejemplo, es impropio que la prisión preventiva busque la prevención de la reiteración delictiva de ciertos sujetos, e inclusive deviene todavía más desmesurado que esta cautela pueda emitirse ante alguno de los supuestos de las nuevas causales contempladas en la Ley N° 8720: flagrancia, reiteración procesal o criminalidad organizada. Pero sobre esto volveremos más adelante.

Efectuando una aplicación pragmática de las más señeras tesis extraídas de lo que fuera materia del capítulo antecedente, y siguiendo las magistrales líneas bosquejadas por los argentinos Bovino y Bigliani, debe hacerse referencia al punto de que la Corte IDH y la CIDH han estimado como inadmisibles todos aquellos encarcelamientos que se funden en finalidades de prevención general, sea, con el propósito de castigar ciertos delitos que se consideran deleznable, o bien para hacer frente a la alarma social provocada por el crimen. Veamos:

«Se descarta expresamente la posibilidad de fundar la prisión preventiva en criterios tales como la —larma social” o la —percusión social del hecho”, la —pligrosidad” del imputado o el peligro de reincidencia (párrs. 84 y 141). En palabras de la Comisión, —eos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad.” (párr. 141).»²⁵⁴

En consonancia con esta idea de que la prisión preventiva debe revestir una finalidad eminente y exclusivamente procedimental, la mayor parte de la doctrina reconoce como únicas causales de prisión preventiva legítimas, las de **peligro de fuga** y de **peligro de obstaculización de los procedimientos**. Así se reconoce explícitamente en el numeral 239 inciso b) del la ley procesal penal nacional, en el cual sin embargo se recoge también una causal de cuño inquisitivo, la de la reiteración delictiva: *«Artículo 239.- Procedencia de la prisión preventiva. El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que*

²⁵⁴ Bigliani, Paola; Bovino, Alberto (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., p. 25.

concurran las siguientes circunstancias: (...) b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.»²⁵⁵

a) Peligro de fuga

El peligro de fuga consiste en la labor de prognosis efectuada *ex ante* por el operador del derecho, mediante la que se determina, con un grado de probabilidad razonable, que el procesado, si estuviese en libertad, se sustraerá de los procedimientos incoados en su contra y eludirá la acción de la justicia. A raíz de la entidad y el carácter poco honroso que reviste la condena penal de una persona, así como en virtud de los perjuicios que ello genera, el estado ha acudido a asentar una ficción legal, según la cual, es sumamente probable que en algunos casos, el indiciado como autor de un delito evada la persecución penal y, por ello, ha erigido el peligro concreto de fuga como causal de prisión provisional.

Como bien lo manifiesta el profesor Llobet Rodríguez, la consagración del peligro de fuga como supuesto procesal de la prisión preventiva, halla uno de sus principales fundamentos en el reconocimiento de la imposibilidad de que se practique un juicio en ausencia²⁵⁶. Concomitantemente, si el estado expresamente admite que es un despropósito y una conculcación flagrante a los DD.HH. el someter a juicio a una persona en ausencia, entonces debe prever un mecanismo ágil para llegar a evitar que dichas ausencias se produzcan; lo contrario significaría tolerar que se coloquen en entredicho los fines estatales, o manifestar displicencia de cara a la realización de la potestad punitiva estatal en un asunto determinado. Se relegaría a un segundo plano, la satisfacción del llamado interés superior de la justicia²⁵⁷.

²⁵⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7594. *Código Procesal Penal*, del 10 de abril de 1996. Artículo 239, inciso b).

²⁵⁶ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *Op. Cit.*, p. 180.

²⁵⁷ Sobre la averiguación de la verdad y con ello la realización de la justicia como objeto del proceso; cf. CPP, arts. 88, 134, 180, 183, 204, 238, 239 inc. b), 241, 258 párrafo tercero, 286 inc. f), 287 y 296. En esta misma línea, comentando el interés superior de la justicia como causal de un procedimiento de revisión de la

El Código Procesal Penal costarricense, en el texto que se consigna en su numeral 240, dispone un conjunto de factores o de consideraciones que necesariamente han de tomarse en cuenta, en lo que respecta a la dilucidación de los motivos que habilitan el dictado de una prisión preventiva con la alegación del peligro de fuga. Dichos elementos son los siguientes, en el mismo orden en que son previstos en la ley: a) el arraigo en el país, para el cual deberán examinarse, entre otras cosas, la existencia de un domicilio fijo, la presencia de vínculos familiares en la persona del imputado, las facilidades o dificultades del mismo para hacer abandono del país, el arraigo laboral o profesional; b) la magnitud de la pena que podría llegar a imponerse en el caso concreto, c) la entidad del daño causado por la pretendida conducta delictiva endilgada, d) el comportamiento mostrado por el imputado en el proceso, o en cualquier otro anterior, en la medida en que estos factores permitan efectuar una previsión de la voluntad del imputado de llegar a someterse al procedimiento y a las resultas del mismo, sean las que fueren.

Pero más importante que el examen de cada uno de estos factores en abstracto, lo que interesa en cada caso es que de la unión de todos los ingredientes analizados, pueda desprenderse una probabilidad de fuga razonable, en concreto. Cada situación es completamente distinta y tiene sus avatares propios, máxime en un tópico eminentemente procesal como lo es la dilucidación de si, en un supuesto concreto, se da un peligro de fuga. Aquí no hay que acudir al empleo de nociones sustantivas, ni a la interpretación de la ley de fondo, se trata simplemente de un aspecto procesal, que se presentará o no sobre la base de las circunstancias y características específicas que rodean a un caso particular.

En este mismo orden de ideas, se hace necesario indicar que algunos de los elementos que maneja el referido numeral 240 de la ley procesal penal nacional, deben estudiarse y aplicarse con el mayor cuidado posible, en razón de que su análisis al margen de los datos concretos de la causa, podría ser motivo de no disminuidas injusticias. Así, por ejemplo, si bien las previsiones contempladas en los incisos b) (*la pena que podría llegarse a imponer*)

sentencia penal, cf. Llobet Rodríguez, Javier (2009). *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*. 4° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 589.

y c) (*la magnitud del daño causado*) del referido numeral, podrían tener algún valor orientador para dictar esta medida cautelar; lo cierto es que su examen descontextualizado podría hacer del encarcelamiento preventivo una medida automática, con todos los serios peligros que ello entrañaría, dado que acercaría nuestro sistema jurídico sobre este particular, a las perniciosas regulaciones de muchos códigos latinoamericanos, que preveían una vasta estela de delitos no excarcelables, de acuerdo con el monto de la pena²⁵⁸.

Sin pretender agotar o reiterar en exceso el contenido del capítulo precedente²⁵⁹, es particularmente señera la apreciación de un voto razonado del juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez en un caso conocido por esta jurisdicción internacional, en el cual se sostuvo que la consideración de la gravedad del delito y el reproche del supuesto autor para fundar la prisión preventiva, podría dar lugar a presunciones de fuga o de peligrosidad del todo incompatibles con las reglas de un estado democrático:

«22. Fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito (que se dice) cometido, en el reproche que (eventualmente) merece el (supuesto) autor y en la pena (que sería) aplicable, sin considerar --porque la propia ley elimina la posibilidad de hacerlo-- otros datos que permitan valorar su procedencia en concreto, para el debido amparo, también en concreto, de los fines que la legitiman, contraviene flagrantemente la presunción de inocencia, implica un (pre)juicio anticipado a la sentencia (a la que se confiere, mucho antes de que se pronuncie, carácter condenatorio) y adelanta manifestamente la imposición de la pena. Con ello deviene arbitraria, aunque sea legal.»²⁶⁰

Nuestra Sala Constitucional ya ha señalado la necesidad de evaluar de forma holística las distintas motivaciones que pueden concurrir para la emisión de la cautela de la prisión preventiva, arguyendo en lo conducente, que no basta con que el tribunal respectivo efectúe una inteligencia aislada de cada uno de los supuestos que permitirían adherir a tal

²⁵⁸ Clariá Olmedo, Jorge A. (1964). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar S.A., pp. 230ss.

²⁵⁹ Cf. *Supra*, Sección C.

²⁶⁰ Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, par. 22. Lo resaltado no pertenece al original.

determinación; mas, a nuestro juicio, no se le ha otorgado el énfasis debido a la idea de que en la ley son improcedentes las presunciones abstractas de fuga. Veamos lo manifestado por el contralor de constitucionalidad:

*«IIo.- En forma reiterada esta Sala ha indicado que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 3 y 265 del Código de Procedimientos Penales y en aplicación del principio "pro libertate", receptado en el marco constitucional, principalmente en los artículos 20, 22, 28 y 37 de la Carta Magna, la libertad de una persona, mientras se instruye la causa, sólo puede ser afectada en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Sea que, sólo cuando pueda válidamente presumirse que el encausado atentará contra los fines de proceso, por ejemplo coaccionando testigos, alterando o haciendo desaparecer la prueba, dándose a la fuga o continuando con la actividad delictiva, puede negársele su derecho constitucional a la libertad, esa peligrosidad procesal que posibilita la restricción a la libertad ambulatoria debe ser fijada por el juzgador en cada caso, con los elementos de convicción que tenga en la instructiva, **pero por sí solas, la gravedad del hecho, el monto de la pena o el grado de participación, no resultan suficientes para fundamentar la denegatoria, pues en ese caso el legislador las hubiera establecido como causas legales de exclusión de la excarcelación, pero al reformarse los artículos 297 y 298 del ordenamiento procesal penal, según ley número 6659 de dieciocho de setiembre de mil novecientos ochenta y uno, la razón que movió al legislador para proceder conforme lo hizo, fue posibilitar la excarcelación en toda clase de delitos, no importa el tanto de pena.** Desde luego que con lo anterior no se niega la posibilidad de que esos elementos de convicción, en unión de otros, puedan servir al juzgador para justificar el por qué estima que la concesión de la excarcelación puede incidir negativamente en los fines del proceso.»²⁶¹*

A pesar de que la sentencia relacionada es de suyo bastante antigua, no puede dejar de considerarse que en la misma se contiene la simiente de importantes apreciaciones teóricas; la más conspicua de las cuales es precisamente la consideración del peligro procesal de fuga, como un elemento dentro del cual intervienen una vasta gama de factores, de manera que es inadmisibles la aplicación automática de la cautela privativa de libertad, o bien, el rechazo *ad portas* de toda solicitud de excarcelación, por la simple concurrencia de algunos

²⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 168-1993, de las nueve horas treinta y nueve minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y tres. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

elementos -como por ejemplo la extranjería del imputado, o su pertenencia a redes de delincuencia organizada- sin que se pase a analizar, si en el caso concreto se verifica, si se dan o no, circunstancias palpables y ostensibles que permitan asegurar la probabilidad de que el indiciado en libertad, optará por sustraerse de los procedimientos²⁶².

En abono de estas ideas, la doctrina latinoamericana también ha hecho importantes aportes; e.g., Bovino y Bigliani arguyen que no es de recibo que la prisión preventiva se haga descansar en ningún tipo de presunciones:

«057. La existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, no se presume. En este punto, es indispensable destacar que sea que se trate de una presunción iure et de iure, como una presunción iuris tantum, en ambos casos se establece una presunción ilegítima y contraria a las exigencias del principio de inocencia. Ello pues aun en la presunción iuris tantum se produce una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado absolutamente inválida.»²⁶³

Y es que una de las características más notables de las presunciones, radica en que las mismas permiten afirmar la concurrencia de un hecho concreto sobre la base de simples suposiciones; que -si bien es cierto están asentadas en reglas de experiencia la mayor parte de los casos- no permiten afirmar, con una total seguridad, el acaecimiento del indicador al cual están dirigidas. Ello es especialmente problemático en materia penal, puesto que como lo hemos venido reiterando, aquí se involucran los intereses concretos de un sujeto de derecho, aquí la libertad ambulatoria de una persona es pasible de ser afectada de manera

²⁶² A este respecto, y como con atino lo considera Llobet (2010: 192), deben estimarse como acertadas las resoluciones de la Sala Constitucional N° 668-91 y N° 193-92, del 16 del abril de 1991 y del 28 de enero de 1992 respectivamente; mediante las cuales se dispuso la anulación de los numerales 27 de la Ley de Psicotrópicos de 1988 y 297 del Código Procesal Penal de 1973. Estas disposiciones normativas establecían un régimen que prohibía, en la práctica, las diligencias de excarcelación respecto a determinados delitos, como lo eran todos aquellos que en su extremo mínimo, ameritaran más de seis años de cárcel; categoría que hacía que la mayor parte de las delincuencias relacionadas con tráfico de estupefacientes -entre otras- no pudieran devenir excarcelables. El Tribunal Constitucional estimó como contrarias a la Carta Política estas previsiones, ya que indefectiblemente estaban partiendo de presunciones y consagraban, *a priori*, la idea de que no podía tolerarse que en delitos concebidos como sumamente graves la persona permaneciese en libertad; aún y cuando todavía no hubiese sido sometida a juicio oral y público con las formalidades de ley.

²⁶³ Bigliani, Paola; Bovino, Alberto (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., p. 33.

directa. Por ello, resulta indispensable que para la afirmación del juicio del peligro de evasión, el tribunal competente se asiente en exclusiva en *—circunstancias objetivas y ciertas*”²⁶⁴, que indiquen una alta probabilidad de que el sujeto en libertad eludirá el devenir de los procedimientos en su contra. Es decir, el peligro procesal (sea de fuga o de obstaculización, dicho sea de paso), debe constatar en la efectividad de los hechos, y no resultar solamente supuesto o imaginado.

b) Peligro de obstaculización

Se trata igualmente de una finalidad de corte eminentemente procesal; ya que el peligro de obstaculización, como supuesto para la procedencia de la prisión preventiva, lo que busca es la averiguación de la verdad material a través de la realización del proceso en todas sus fases e instancias. El ordenamiento jurídico parte del supuesto de que la conducta del indiciado puede hacer periclitar las actividades jurisdiccionales de obtención y evacuación de las pruebas; por ejemplo, se reconoce que el endilgado puede falsear, ocultar o destruir las probanzas materiales que lo incriminen, o bien, influir ilegítimamente en el ánimo de los testigos a efectos de que estos no se atrevan a relatar al tribunal la realidad de los hechos por ellos percibidos.

La idea básica de permitir la prisión provisional ante la circunstancia de un peligro de obstaculización, es, en síntesis, la misma que se halla detrás del peligro de fuga: sea la de garantizar los fines del proceso, a través del establecimiento de medidas que tengan por norte una labor eficaz de investigación del hecho delictivo y la certidumbre en la realización de los actos procesales y en la ejecución de la eventual pena a imponer. Por estas razones es que nuestro CPP, en su artículo 241, cataloga como elementos a tomar en cuenta para el predicamento del peligro de obstaculización: a) la grave sospecha de que el indiciado destruirá, ocultará, modificará o falsificará elementos de prueba, y b) la grave sospecha de que el imputado -por sí o por persona interpuesta- incidirá de forma negativa

²⁶⁴ Bigliani, Paola; Bovino, Alberto (2008). *Op. Cit.*, p. 32.

en la deposición de coencartados, testigos o peritos; de manera que la declaración de los mismos no se ajuste a la realidad o evidencie una absoluta reticencia.

Los actos concretos por los cuales puede verificarse una obstaculización u obstrucción probatoria pueden consistir, si se trata de falsear o destruir elementos de prueba material, en la desaparición o distracción de objetos tales como armas, prendas de vestir, dinero, drogas, evidencias corporales, documentos físicos o archivos informáticos. En tanto, si la influencia se da sobre testigos, se verifica obstaculización cuando la persona investigada induce a los mismos a cometer falso testimonio por medio de amenazas, sobornos, dádivas o simples advertencias; o bien, cuando tales actos de intimidación son cometidos por otra persona siguiendo instrucciones del imputado²⁶⁵. Se indica expresamente en el Código que la causal, en comentario, solo podrá fundar la prisión preventiva hasta la finalización del debate; ello es lógico, ya que emitido el pronunciamiento final -sea de condena, sea de absolución- se esfuma el riesgo de falseamiento de la prueba, salvo quizá el remoto caso de que el imputado pueda distorsionar los testimonios ofrecidos para la fase de apelaciones, supuesto en el que no obstante parece desproporcionado dictar el encarcelamiento preventivo -máxime existiendo una absolutoria de por medio-.

Sobre el particular, es de destacar que la mayor parte de la doctrina reconoce al peligro procesal de obstaculización, como un supuesto válido para restringir la libertad de tránsito de una persona; adhiriendo a las ideas de que el imputado está sometido a una serie de deberes durante el procedimiento y de que debe evitarse la potencialidad de que las probanzas materiales, testimoniales o periciales corran peligro en razón de un actuar positivo del investigado, con el fin de distraer los rastros que apuntan hacia su persona. No obstante, no puede esquivarse el señalar que también han surgido críticas respecto a la incardinación de la posibilidad de obstaculización de los procedimientos como peligro procesal; así, es verdaderamente impecable el análisis que hacen Chinchilla Calderón y García Aguilar de esta causal de prisión preventiva, argumentando que su admisión podría

²⁶⁵ Jerez Zapata, Laura; Héctor Herrera, María Amelia. (2002). *Prisión preventiva: condiciones prácticas de operatividad* [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 62-63.

entrañar el que al imputado se lo someta a los vaivenes del proceso, prolongándose su estado simplemente por causa de la desidia y el incumplimiento de sus deberes, de las autoridades investigativas y jurisdiccionales:

«Aunque dicha causal se postula con un fin netamente procesal en cuanto procura evitar la alteración de las fuentes de prueba, la mayor objeción que se le puede formular es que, con esa finalidad, se admite el sacrificio de la libertad del imputado en aras de la lenta e ineficiente actividad investigativa del Estado, de modo que resultan suficientes para su procedencia razones sobre el avance o no de las investigaciones y la necesidad de su éxito, sin consideraciones en torno al peligro de obstrucción de la prueba en el caso particular. Valga mencionar que en múltiples de los casos analizados el juez penal, al decretar la prisión preventiva, estimó, en abstracto, que la investigación apenas iniciaba y que era necesario proteger la prueba, sin consideraciones especiales para el caso concreto, dándose absurdos como el mencionar que era necesario evitar que se amenazara testigos y los que faltaba por —ecabar» (usando el lenguaje de un proceso escrito), eran policías.»²⁶⁶

En este mismo sentido, se hace imperioso acotar que la jurisprudencia de la Corte IDH, como pudimos cotejar de forma pormenorizada, sostiene como dos únicas causales válidas del decreto de prisión preventiva, el peligro concreto de fuga o de obstrucción de las investigaciones. Con ello, el máximo foro de la justicia interamericana establece expresamente la admisibilidad de esta causal para sustentar un encarcelamiento previo a la sentencia, siempre y cuando el examen de los motivos que las justifican se haga caso por caso y sin sujeción alguna a presunciones o a prognosis *ex ante* que aparten al juzgador de los hechos concretos de la situación fáctica que se somete a su conocimiento. Repárese al respecto en los considerados de la sentencia del caso Tibi v. Ecuador:

*«180. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. **De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.** En este sentido, la prisión preventiva es*

²⁶⁶ Chinchilla Calderón, Rosaura; García Aguilar; Rosaura (2003). *Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., p. 79. Lo subrayado y lo resaltado no pertenecen al original.

una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.»²⁶⁷

Volvemos en este punto, a lo ya manifestado con respecto al peligro de fuga: en estos ámbitos no se admiten presunciones ni suposiciones de ninguna índole. Por ello, no sería factible ni laudable, en forma alguna, que se accediera a admitir el peligro de obstaculización de los procedimientos con base en el mero arbitrio o en consideraciones abstractas; por ejemplo, el monto de la pena a imponer, el número de coimputados, la gran cantidad de probanzas o de diligencias de investigación que deban realizarse en el expediente, o bien, la estabilidad económica de los indiciados. Ante todo, deberán efectuarse análisis en concreto que vengan a fundamentar el peligro de que una o varias personas “reales” puedan ejecutar actos de distracción o de ocultación en la labor de averiguación de la verdad. Acoger aquí presunciones o estándares pétreos, equivaldría a cohonestar que la sinrazón, la arbitrariedad y la injusticia campeen por sus fueros. Si un tribunal dictamina la existencia de peligros de obstrucción de la prueba con argumentos tales como el precoz estado de las investigaciones, la presencia de numerosos testigos o la gravedad del delito achacado; entonces se estarían escatimando y escamoteando esfuerzos para apreciar la concurrencia de la causal procesal en el supuesto concreto bajo análisis. Como sostiene con acierto Sánchez Romero, el considerar que se da el peligro consabido aduciendo que no han concluido las investigaciones, que algunos imputados se encuentran

²⁶⁷ Cf. Corte IDH. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 180. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original. En el mismo sentido, *vid.*: Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, pars. 93, 103 y 145; Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, par. 77; Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, par. 198; Corte IDH. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005, par. 111; Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*, sentencia de 01 de febrero de 2006, par. 69; Corte IDH. Caso *Yvon Neptune v. Haití*, sentencia de 06 de mayo de 2008, par. 98; Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008, par. 74; Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, pars. 111 y 115; Corte IDH. Caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, par. 144; entre otros.

en rebeldía y que por ello distraerían pruebas, o que no se ha logrado contactar a otros testigos de importancia, en realidad significaría hacer descansar una privación de libertad en argumentos muy endeble²⁶⁸. Estos vicios tuvieron lugar, por ejemplo, en el caso Palamara Iribarne v. Chile, conocido por la jurisdicción interamericana, y en el cual se mantuvo la prisión preventiva de la víctima con sustento en argumentos tan vacíos como la necesidad de recibir las deposiciones testimoniales de algunos oficiales de la Armada chilena y la exigencia de recabar los antecedentes de filiación y de estado civil del señor Humberto Palamara, cuando ninguna base había para afirmar que este último tuviese la capacidad real de falsear o de subvertir el contenido de ambas probanzas.

c) Peligro de reiteración delictiva

Dentro del catálogo de las causales clásicas de la prisión preventiva, la mayor parte de los códigos modernos establecen al peligro de reiteración delictiva como una de ellas. El inciso b) del Código Procesal Penal costarricense estatuye la prognosis de que el endilgado continuará su actividad delictiva, como motivo suficiente para decretar el encarcelamiento provisional. El Código de Procedimiento Penal de Colombia, en el texto que rola en su número 310, establece bajo el título de “peligro para la comunidad”, toda una serie de consideraciones que podrían justificar una detención preventiva, muchas de ellas problemáticas; *e.g.*, la continuación de la actividad delictiva, el vínculo del procesado con organizaciones criminales, la naturaleza y entidad de los delitos acusados, la existencia de antecedentes penales, o bien, la existencia de simples acusaciones o medidas de aseguramiento en contra del imputado. A su tiempo, el Código Procesal Penal de Nicaragua contempla como causal de prisión preventiva, el hecho de que el imputado cometa “graves delitos” mediante el uso de armas o medios de intimidación, el que con su conducta pueda atentar contra el orden constitucional, o simplemente, el peligro de que este continúe su actividad delictiva; además, se establecen como delitos no excarcelables todos los relacionados al tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como a la

²⁶⁸ Sánchez Romero, Cecilia (1997). *La prisión preventiva en un Estado de Derecho*, en Revista de Ciencias Penales. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 14, p. 23.

legitimación de capitales y actividades conexas, ello en el artículo 173.3.c) de esta normativa.

La doctrina y la jurisprudencia internacionales han sido pendulares, en lo que respecta a la admisión o no de la causal de reiteración delictiva para fundar la prisión provisional²⁶⁹. Los principales apologetas de la misma sostienen la tesis de que el no tolerarla, implicaría relegar a la sociedad a una manifiesta desprotección, pues se parte de la idea de que el orden social y la tranquilidad pública corren un gran riesgo en caso de que el imputado permanezca en libertad. No obstante, implícitamente se trata de una causal sustentada en un Derecho Penal de autor y de peligrosidad; es decir, se fundamenta que solo un espectro de la población es proclive a incidir frecuentemente en conductas delictivas en tal carácter, necesaria e imprescindible es toda aquella medida que tienda a separar y a marginar a ciertos individuos, con el afán de proteger al colectivo social. Acerca de la perniciosa ideología que todavía acuerpa algunos de los resabios inquisitoriales de nuestras codificaciones -como por ejemplo, lo atinente a la figura del peligro de reiteración delictiva-, ya nos advierte el juez argentino Eugenio R. Zaffaroni:

«Para los espiritualistas el ser humano incurre en delitos (desviaciones) que lo colocan en estado de pecado penal. Esta caída se elige libremente, pero cuanto más permanece en ella e insiste en su conducción de vida pecaminosa, más difícil le resulta salir y menos libertad tiene para hacerlo. El delito es fruto de este estado, en el cual el humano ya no es libre en acto, pero como fue libre al elegir el estado, continúa siendo libre en causa, porque quien eligió la causa eligió el efecto, conforme al principio versari in re illicita. Por ende, se le

²⁶⁹ Ejemplificado la sostenida discusión que se ha dado en los instrumentos internacionales con respecto a la mencionada causal, Llobet Rodríguez nos muestra una epitome de las más perspicuas posturas al respecto: así, este autor cita como tratados y normas que aceptan la reiteración delictiva, los siguientes: la *Recomendación No. R (80) del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, las famosas *Reglas de Tokio (Marco de Disposiciones de la ONU sobre las medidas no privativas de libertad)*, así como la *Recomendación del VIII Congreso Internacional de la ONU, sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente*. Entre tanto, no se admite dicha causal para fundar la prisión preventiva, en los instrumentos que se indican a continuación: las *Reglas de Mallorca (Proyecto de Reglas Mínimas para la Administración de justicia penal de 1992)*, en el *Proyecto de Principios Jurídicos de la ONU sobre la libertad frente al encarcelamiento y la privación de libertad arbitrarios*, en el *Catálogo de principios para la protección de los sometidos a toda forma de encarcelamiento y prisión penal*, y finalmente, en múltiples resoluciones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como apreciaremos *ut infra*. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *Op. Cit.*, pp. 204-205.

reprocha ese estado de pecado penal y la pena debe adecuarse al grado de perversión pecaminosa que haya alcanzado su conducción de vida. El delito no es más que el signo que revela la necesidad de que el sistema penal investigue y reproche toda la vida pecaminosa del autor. No se reprocha el acto sino la existencia de la persona, o sea, no lo que ésta hizo sino lo que se supone que es.»²⁷⁰

La Sala Constitucional costarricense, al proporcionar argumentos para justificar la constitucionalidad de la causal de reiteración en el delito, ha hecho recepción expresa de los criterios de peligrosidad y de necesidad de protección de la colectividad, acotados previamente, a pesar de que con ello incursiona en contradicciones con su propia jurisprudencia anterior, en la cual ha exigido que la causal de prisión preventiva cumpla un fin eminentemente procesal, como lo acepta la mayor parte de la doctrina²⁷¹. En la resolución que se procederá a extractar, es patente que el interés de protección a la comunidad tiene una gran relevancia, incluso cuando este importe afectarle al imputado sus derechos constitucionales:

«XIIIo.- La alegada inconstitucionalidad del inciso 3o. del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, no puede ser resuelta, sin tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 37 y 41 de la Constitución Política en los que se protege la administración de justicia y se permite la detención de los que perturban la normal convivencia, al cometer acciones delictivas. Dentro del marco constitucional se garantiza que ocurriendo a las leyes todos deben encontrar reparación por los perjuicios que se les han inferido y se permite restringir la libertad de las personas, por existir en su contra un indicio comprobado que le sindicado como autor de un hecho delictivo. La administración de justicia en materia penal y la prisión preventiva, tratándose [sic] de delitos, encuentra así autorización constitucional. Uno de los fines del derecho es posibilitar la normal convivencia en sociedad, pretendiendo que quienes habitan en una determinada circunscripción territorial, adecuen su conducta a las reglas legales que la norman, cuando el ciudadano no se comporta conforme lo pretende el ordenamiento jurídico, su conducta puede resultar reprimida, ello, cuando su acción se

²⁷⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Slokar, Alejandro; Alagia, Alejandro (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 1° ed. Buenos Aires, Argentina: EDIAR, pp. 49 et 51.

²⁷¹ La Sala Constitucional ha estimado que la prisión preventiva cumple finalidades de aseguramiento procesal, entre muchas otras, en las resoluciones N° 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del 01 de julio de 1992; en la N° 08683-1999, de las quince horas con cincuenta y cuatro minutos del 09 noviembre de 1999; y en la N° 00314-2012, de las diez horas cinco minutos del 13 de enero de 2012.

encuentre regulada por el derecho penal. El derecho penal tiende a asegurar la inquebrantabilidad [sic] de un importante círculo de influencia del ordenamiento jurídico. Visto así el problema, un fin del derecho penal será evitar la reiteración en hechos delictivos, de donde el señalado inciso 3) del artículo 298 en comentario, tampoco resulta inconstitucional, ni lesiona el marco convencional señalado por la recurrente. No obstante lo anterior, es dable indicar que los antecedentes del imputado -en los que no sólo se incluye su reiteración en la comisión de acciones constitutivas de delito-, sólo podrán ser tomados en consideración, para negar la excarcelación, cuando de ellos se infiera objetivamente -debe el juzgador señalar en cada caso, las circunstancias que le permitan llegar a esa conclusión- que el encausado, al lograr su libertad, continuará su actividad delictiva.»²⁷²

Entre tanto, los detractores de la admisibilidad de la causal de reiteración delictiva, exponen como una de las principales críticas contra la misma, el que a través de ella se busca la tutela de fines preventivo-generales o preventivo-especiales que no son propios de la medida del aseguramiento provisional, sino más bien de la pena. Es decir, se opugna a esta causal, el que la misma pretende la realización de un aspecto propio del Derecho de fondo, cuando ello no obedece ni a la naturaleza ni a las finalidades de una medida cautelar. Así las cosas, y desde esta perspectiva, podría cuestionarse a la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que acabamos de citar, el que confunda los fines del Derecho Penal y los del Derecho Procesal Penal; pues le asigna a este último y a sus institutos, un conjunto de objetivos que son más propios del derecho sustantivo, por ejemplo, se le confiere a la prisión provisional la finalidad de prevenir el incremento de la delincuencia y la adecuación de los comportamientos de los particulares a las reglas legales.

Especialmente crítico de esta causal es el español Odone Sanguiné, quien la cataloga como un supuesto fundado en exclusiva en criterios de peligrosidad, concluyendo que admitirla entrañaría un peligro concreto de quiebre frontal hacia la presunción de inocencia:

«El peligro de reiteración delictiva es un criterio de prevención especial cimentado sobre el concepto de la peligrosidad, en virtud del cual se hace un juicio de pronosis en el que, partiendo de la conducta considerada probablemente delictiva que se le imputa en el

²⁷² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 01438-1992, de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

proceso y de las circunstancias del inculpado, se especula sobre cuál puede ser su conducta en un futuro inmediato, y por ello se encausa la prisión provisional hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad.

Asociar la prisión provisional y la prevención especial significa vincular a la condición de justificable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada. La medida responde por tanto, a una finalidad de prevención especial contra la realización de otros delitos por parte del imputado y, al mismo tiempo, desempeña una función ejemplarizadora. Pero, en este caso, no hay duda de que el efecto profiláctico que se persigue con la privación preventiva de libertad, parte explícitamente de la presunción de que el imputado podría reincidir en el delito cuya realización ya se le atribuye sin ambages. En este supuesto el grado de identificación entre imputado y culpable llega al máximo.»²⁷³

En relación con la expresada causal de prisión preventiva del peligro de reiteración delictiva, la Corte IDH no ha expresado de modo tajante, definitorio y directo su ilegitimidad de cara a los parámetros del estado de derecho; mas muchos de sus asertos permiten concluir que para este órgano de protección de los DD.HH, la reiteración delictual no puede tolerarse en ninguno de los estados signatarios de la CADH, como se aprecia, entre otras, en la sentencia del caso López Álvarez v. Honduras:

*«69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. **Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.** La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.»²⁷⁴*

²⁷³ Sanguiné, Odone (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, p. 225. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

²⁷⁴ Cf. Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*, sentencia de 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 69. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

El tono contestatario hacia la causal de prisión provisional fundado en la reiteración delictiva, ha sido enarbolado con mayor ímpetu y claridad por parte de la CIDH. En efecto, este órgano del SIDH ha consolidado un reiterado cúmulo de precedentes en los cuales desecha cualquier consideración ajena al fin eminentemente precautorio, como motivos valederos para fundar la cautela privativa de libertad. De esta forma, se califican como improcedentes para decretar prisión preventiva, aspectos relacionados a la alarma social, al peligro de comisión de nuevas delincuencias, a la necesidad de tranquilizar al público, a la regeneración o readaptación del imputado, entre otros puntos por el estilo. Así se explayó el Informe N° 35/07 de la CIDH, en el cual se estableció un valladar, al supuesto de aplicar la medida cautelar privativa de libertad con sustento en consideraciones preventivo-generales o preventivo-especiales:

«84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. 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.

(...)

88. La obligación de verificar el peligro ha sido reconocida por la Comisión en otra oportunidad, al señalar: Que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia.»²⁷⁵

²⁷⁵ Cf. CIDH. Caso N° 12.553; *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), pars. 84 et 88. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

La Comisión Interamericana, al rechazar de plano la opción de peligro de reiteración criminal como motivo habilitante de la prisión preventiva, no hace sino ratificar una línea de pensamiento que ya había reproducido en otros de sus pronunciamientos, como por ejemplo los informes N° 77/02²⁷⁶ y N° 12/96²⁷⁷; con los cuales se varió el criterio sostenido en el informe N° 30/97 de esta misma instancia, en que la CIDH se había plegado al peligro de reiteración delictual y a la necesidad de apaciguar la alarma del público como justificantes de la prisión preventiva.

d) Peligro para la víctima, el denunciante o los testigos

Otra causal de prisión preventiva contemplada en la ley nacional es la prevista por el inciso d) del ya citado artículo 239 CPP, cual es la del **peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo**. Se trata de una causal adicionada al Código, por conducto de la Ley N° 8559, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, del 25 de abril de 2007, con la implícita finalidad de tutelar y proteger los derechos de algunas víctimas,

²⁷⁶ «66. La exigencia que impone la Convención Americana es que únicamente se recurra a la prisión preventiva para garantizar el proceso, esto es, que el único fin de la misma es garantizar las actuaciones procesales, como la preservación de evidencia o asegurar la presencia del acusado en todas las actuaciones, siempre que los mismos objetivos no puedan alcanzarse por cualquier otro medio menos restrictivo. **Siendo la garantía del proceso la única finalidad de la prisión preventiva, cualquier otro objetivo que se persigue con la privación de la libertad, como la prevención de nuevos delitos, es característico de la imposición de la pena y por ello su utilización sin que exista una condena resulta contraria a la Declaración Americana y a la Convención Americana, en particular al principio de presunción de inocencia.**» Cf. CIDH. Caso N° 11.506, Waldemar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos v. Paraguay. Informe N° 77/02, del 27 de diciembre de 2002 (Fondo), par. 66. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

²⁷⁷ «86. Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. (...) 97. La decisión de mantener la prisión preventiva del señor Giménez como resultado de sus condenas previas vulnera claramente este principio establecido [la presunción de inocencia], así como el concepto de la rehabilitación en el derecho penal. Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles.» Cf. CIDH. Caso N° 11.245; Jorge A. Giménez v. Argentina. Informe N° 12/96, del 01 de marzo de 1996 (Fondo), par. 86 et 97.

especialmente en aquellos asuntos relacionados con situaciones de violencia doméstica. Es problemático que la nueva causal de prisión preventiva de peligro para la víctima, se haya introducido a nuestra codificación procesal a través de la adición de un nuevo inciso d) al artículo 239, cuando lo que correspondía era simplemente una reforma al inciso b) del referido numeral. Con esta errata del legislador, parece más bien que el peligro para la víctima se erige en un requisito material más para dictar el encarcelamiento preventivo, y no en una nueva causal de prisión preventiva; a priori esta que ha resultado dilucidada por la Sala Constitucional, la que expresó en su resolución N° 3441-2004, del 31 de marzo de 2004, que la reforma lo único que hacía era introducir una nueva causal de prisión provisional.

La crítica que le hacemos a esta nueva causal, consiste básicamente en que consideramos que la inclusión de la misma no era necesaria, puesto que su finalidad podría haber resultado solventada con la causal del peligro de obstaculización de los procedimientos. En todo caso, se trata ciertamente de una causal peligrosa, en razón de que podría ser interpretada por algunos juzgadores como un medio de defensa del conglomerado social frente a la persona del imputado; ya que si se dice que se puede encarcelar a una persona para evitar un peligro para la víctima o el testigo, implícitamente parece que la prisión provisional está asumiendo tintes de pena, de castigo preventivo-especial, más que fines propios de aseguramiento del proceso.

D.1.3. Las nuevas causales de prisión preventiva en la LPVT

Las reformas practicadas al régimen de la prisión preventiva, operadas por conducto de la aprobación de la LPVT y de la LCDO en el año 2009, ciertamente representan un aciago precedente para el sistema procesal de garantías, ya que lo que se dispuso fue el cercenamiento de espacios de libertad, la obliteración de ciertos derechos del imputado, y la introducción de una política criminal más agresiva en la legislación patria. La finalidad de las recientes leyes aquí señaladas no consiste únicamente en incorporar al ordenamiento jurídico costarricense nuevas reglas sobre el instituto del encarcelamiento preventivo, sino

que las mismas responden más bien a todo un articulado conjunto de proclamas que abogan por el aumento de los niveles y de los modelos de criminalización (tanto primaria como secundaria) en la sociedad, así como por la reducción de la eficacia práctica de las garantías constitucionales. Lo hasta aquí afirmado se revalida teniendo en cuenta los más notables institutos procesales defendidos por los panegiristas tanto de la LPVT como la LCDO, y convertidos ahora en legislación formal: la protección a las víctimas y testigos del crimen, tanto con mecanismos de índole procesal como con beneficios extraprocerales; el aumento sistemático de la escala de reproche punitivo para ciertos delitos, como la trata de personas, el hurto, el hurto agravado, la usurpación, los daños, la resistencia, la desobediencia a la autoridad y la receptación; la restricción impuesta a la aplicación de algunos criterios de oportunidad, medidas alternas a la pena y otros beneficios penitenciarios; la instauración del procedimiento expedito para asuntos de flagrancia y de nuevos procedimientos especiales para combatir el advenimiento de capitales sin causa lícita aparente; la liberalización de los supuestos y condiciones en que cabe intervenir las comunicaciones privadas de los ciudadanos; y naturalmente, las restricciones impuestas al régimen de libertad a través del recrudescimiento de las normas sobre prisión preventiva.

Las subrepticias disposiciones legales introducidas al ordenamiento costarricense por la LPVT y por la LCDO, específicamente en punto al subconjunto normativo de la prisión preventiva, reciben un tratamiento dispar y ciertamente un tanto irónico. Ello porque las leyes de cita no derogan ninguna de las previsiones ni los postulados clásicos sobre el encarcelamiento provisional, y de la misma forma dejan incólumes todos los principios tradicionalmente atribuidos al instituto, y que fueron recogidos y sistematizados *in supra* (Sección B): excepcionalidad, accesoriedad o contingencia, provisionalidad, razonabilidad, proporcionalidad, temporalidad y necesario control jurisdiccional. Es decir, mal se haría en dejar de calificar a la prisión preventiva como una cautela jurídica ínsita al proceso penal, por la cual se dispone el encarcelamiento del sujeto imputado antes de la sentencia de fondo del procedimiento, y que tiene por mira la satisfacción del interés de la justicia previniendo la sustracción del imputado de los actos procesales que requieran su presencia, o evitando la actividad obstaculizadora de la prueba que él pueda ejecutar.

Hechas estas salvedades, y para efectuar una especie de parallogismo con el Derecho Penal sustantivo, hemos de decir que la aporía implantada por la LPVT en la legislación atingente a la prisión preventiva, radica en que se deja indemne la “parte general” de las reglas sobre prisión provisional, sea los principios clásicos que guían al instituto de marras; y en contrapartida, se modifican no solo accidental sino sustancialmente las reglas de la “parte especial” de la figura de que hablamos, pues se introducen nada menos que cuatro nuevas causales de encierro previo, cuya compatibilidad con el debido proceso es harto discutible. La idea que subyace al punto aquí expuesto, no es otra sino la de afirmar que la posibilidad de encarcelar sin juicio en supuestos de flagrancia en delitos contra la vida, la integridad física, o bien cuando se está ante el juzgamiento de la delincuencia organizada; esta posibilidad -decíamos- no deja de constituir un cuerpo extraño en un sistema que afirma que la prisión preventiva está circunscrita a desempeñar un papel meramente precautorio para el sano desarrollo del procedimiento y la llegada a buen término del mismo.

Señalando la caracterización paradójica y arbitraria de esta *contraditio in adiecto*, el expositor nacional Javier Llobet formula una rutilante invectiva contra la incorporación de nuevas causales de prisión preventiva en el ordenamiento jurídico-penal, señalando que de esta forma no se solventan los problemas que originan el hecho criminoso en cuanto tal. Así, encontramos que el referido tratadista llega a extrapolar hacia el sistema penal algunas conclusiones importantes patrocinadas por otras ciencias sociales, como por ejemplo la dimensión socio-patológica del delito, el cual no puede desaparecer o dejar de constituir un problema con la sola aplicación de políticas de “mano dura”. Siguiendo estas mismas argumentaciones, Llobet califica la nueva reforma como una arista más en la arremetida del populismo punitivo, acotando que «[f]rente al miedo al crimen y la inseguridad ciudadana la propuesta estrella no es la realización de un tratamiento integral de la problemática, sino el aumento de las penas y la extensión de la prisión preventiva, convirtiéndola a esta en un vehículo para la prevención general y la prevención especial, todo en quebranto de la presunción de inocencia»²⁷⁸.

²⁷⁸ Llobet Rodríguez, Javier (2009). *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*. 4° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 385. Sobre las reformas operadas por parte de la LPVT en la disciplina de la prisión preventiva, la Defensa pública escenifica también una valiosa glosa al artículo 239 bis CPP en una de sus circulares: «Mediante esta Ley, se agregó el artículo 239 bis, que establece cuatro

Efectuadas estas salvedades y clarificaciones, solo resta afirmar que es el artículo 17 de la nueva LPVT, el que contiene la disciplina de la nueva regulación sobre las causales de encarcelamiento preventivo en nuestro medio; así, este numeral incluye un artículo 239 bis al CPP, en el cual se estipulan cuatro nuevos supuestos que habilitan esta medida.

e) La flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales, contra la propiedad y en delitos de la Ley sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas

El inciso a) del referido artículo 239 bis CPP, define que existirá facultad del juzgador para emitir prisión preventiva, en caso de que «(...) 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*»²⁷⁹. Es decir, se contempla a la flagrancia como supuesto que habilita *eo ipso* el encarcelamiento provisorio de una persona, independientemente de que en un caso concreto se hayan acreditado o no peligros de orden procedimental, como la posibilidad de fuga o de

nuevas causales para poder dictar medidas cautelares, incluyendo la prisión preventiva. Sin embargo, debe considerarse que ninguna de estas causales pueden ser aplicadas aisladamente, por cuanto se considera un requisito de constitucionalidad que [en] cualquier solicitud y resolución de medida cautelar concurren, además, las causales del artículo 239, por lo que corresponde a los/as defensores/as controlar que las causales del artículo 239 bis no sean consideradas o aplicadas de manera aislada./ En aquellos casos en que esto suceda, el/la defensor/a deberá alegar la posible inconstitucionalidad del artículo 239 bis, después de lo cual informará del caso a la Dirección de la Defensa Pública, para efectos de la redacción y formulación de la correspondiente acción de inconstitucionalidad./ Es importante hacer notar que en la redacción del artículo 239 bis no se establece el dictado de la prisión preventiva de forma automática por parte del juez, cuando se presente los presupuestos ahí contemplados, ya que, desde el mismo inicio del enunciado, se establece que el/la juez/a podrá dictar la prisión preventiva en esos supuestos. Este argumento deberá ser utilizado frente a aquellos casos en que se pretenda interpretar que la prisión preventiva procede, de forma automática, ante las causales del artículo 239 bis./ Con respecto al inciso d) debe remitirse a la definición de delincuencia organizada, contenida en la Convención contra el Crimen Organizado (Convención de Palermo)./ Con respecto a los alegatos sobre la posible inconstitucionalidad de este artículo, debe expresarse que podrían ser utilizados los argumentos por los que se dictó la inconstitucionalidad de la ley de psicotrópicos ya derogada.» Cf. Defensa Pública del Poder Judicial. Circular N° 20-2009.

²⁷⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 8720. Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, del 04 de marzo de 2009. Artículo 17.

obstaculización de los procedimientos. Con esta previsión, observamos que se ingresa en ámbitos cada vez mayores de peligrosidad para definir supuestos de orden punitivo o procesal penal; y de esta forma, el sistema normativo adhiere en ámbitos privativos de un Derecho Penal de autor de corte inquisitorial. Por su parte, en el artículo 430 CPP, se contiene el rito procedimental que deberá seguirse en los asuntos en que se haya dispuesto formalmente la aplicación del procedimiento expedito para el juzgamiento de los asuntos de flagrancia (CPP, Libro II, Título VII); este numeral contiene un conjunto de reglas poco claras y hasta anacrónicas, pues por ejemplo se dice que el plazo de encarcelamiento preventivo por decretar no podrá exceder los quince días; pero a renglón seguido se habilita al juez a emitir esta cautela “por un plazo superior”, cuando ello sea necesario y según las reglas comunes establecidas en la ordenanza procesal penal.

Las críticas efectuadas por la doctrina mayoritaria y por los tribunales internacionales contra aquellas previsiones normativas que establecen la posibilidad de encarcelar preventivamente solo para cierta clase de delitos y en supuestos específicos desprovistos de una necesidad procesal, hallan eco en el trabajo de Vivian Monge, quien al efecto comenta por qué es inconstitucional aplicar una cautela tan ominosa solo para un reducido cúmulo de los tipos penales previstos en la codificación criminal:

«Dichos delitos [los que admiten la imposición de la medida de prisión preventiva cuando son cometidos en flagrancia] se describen en el inciso a) del artículo 239 bis. Como es de suponer, los mismos hacen referencia a infracciones que se encuentran contempladas en nuestro Código Penal, y se refieren, específicamente, a delitos contra la vida (artículos 111 a 144, C.P.), sexuales (artículos 156 a 175, C.P.), contra la propiedad en los que haya existido también violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas (artículos 208 a 229, C.P.), así como delitos relacionados con sustancias estupefacientes o drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas (es decir, los delitos introducidos por los artículos 58 a 78 de la Ley 7 786, reformada integralmente por la Ley 8 204).

Esta forma en que han quedado establecidas, las causales para el dictado de la prisión preventiva, resulta abiertamente inconstitucional. Se afirma esto en la medida en que son manifestación de un tratamiento distinto hacia un grupo específico, y que se aplican solamente por el hecho de pertenecer la persona sospechosa a dicho grupo -en este caso, a un grupo de delitos y en cierta medida a un sector de la población que suele

realizar este tipo de transgresiones al ordenamiento-, sin que resulten necesarias ulteriores constataciones de sus características individuales y personales, como es deseable y necesario a la hora de establecer una medida cautelar restrictiva de la libertad personal. Se cree que ello es clara muestra de un derecho penal de autor, no compatible con los principios de culpabilidad e inocencia que al respecto contempla nuestra Constitución Política (artículos 39 y 41).»²⁸⁰

La doctrina nacional ha estimado con inigualado atino, que la causal de prisión preventiva de flagrancia, es incompatible con la garantía constitucional de la presunción de inocencia. El autor nacional Llobet Rodríguez nos muestra en un sentido incomparable, la vía en la cual se ha utilizado la causal de flagrancia en los regímenes totalitarios de la más variada índole; y en este entender, se descubre una íntima vinculación entre el despotismo y la autocracia, de una parte y la consagración normativa de supuestos de encarcelamiento preventivo que no revisten finalidades de orden procesal, de la otra. Así, se nos recuerda que autores como Garofalo sostuvieron que la presunción de inocencia debilita la acción procesal del estado, al constituir un obstáculo de procedibilidad para tomar resoluciones en contra de los sometidos a proceso; y de igual forma este ideólogo manifiesta que el principio en cuestión favorece la libertad de los imputados, a pesar de que ello puede significar un peligro común y una provocación a la seguridad pública. La crítica positivista existía que no tiene ningún sentido predicar la inocencia de un procesado, cuando la culpabilidad devenga patente por confesión o flagrancia o, cuando haya sido proclamada por solemnes decisiones jurisdiccionales que, sin embargo, no se encuentren firmes todavía. Las tesis aquí defendidas por los teóricos de la criminología del positivismo son controvertidas por las posiciones doctrinales mayoritarias, las que consideran que la flagrancia es un concepto que no guarda ningún ligamen con aspectos propios de las finalidades precautorias de la prisión preventiva; y que en todo caso la reacción estatal a los supuestos de delito *in fraganti* debe originarse desde el Derecho Penal de fondo y no en institutos procesales como el encarcelamiento preventivo. En este orden de ideas, pues, es ilustrativo extractar un pequeño comentario del profesor Llobet Rodríguez, quien nos

²⁸⁰ Monge Herrera, Vivian (2012). *La Constitucionalidad del Procedimiento Penal de Flagrancia* [Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 162-163. Lo subrayado no pertenece al original.

muestra sin ambages el parecer de la mayor parte de la doctrina, en torno a la inadmisibilidad de la flagrancia como presupuesto para someter a prisión a un sujeto de derecho:

«Otra explicación que se ha dado, también contraria a la presunción de inocencia, es que la prisión por flagrancia se basa en la necesidad de tranquilizar al público frente a la alarma social provocada por el hecho delictivo, eliminando el escándalo que provocaría que al atrapado in fraganti se le liberara. En este sentido Aldous Zuckler en 1789 en Austria explicó la causal de prisión preventiva basada en la detención en flagrancia en la necesidad de tranquilizar al público, imponiéndole un mal en forma inmediata, de modo que se muestre la coerción física de la majestad de la vengativa ley. La alarma social y el evitar escándalos como causal de prisión preventiva ha sido rechazada por la doctrina, considerando que en definitiva se trata que la prisión preventiva desempeñe una función de prevención general positiva, inadmisibles por ser una función de la pena, pero no de las medidas cautelares. Es importante tener en cuenta que es diferente la aprehensión en flagrancia y la causal de prisión preventiva basada en la misma. La aprehensión en flagrancia tiene como función principal evitar que el delito se llegue a consumir o que el imputado pueda huir con el botín del delito, lo mismo que identificar al imputado. Es claro que esos supuestos no pueden sustentar la prisión preventiva, ya que con la aprehensión del que fue sorprendido en flagrante delito se agota la función de dicha privación de libertad.»²⁸¹

La Corte IDH ha optado por refutar, implícitamente, la validez de la referida causal de flagrancia, aun cuando la misma solo se circunscriba a ciertos delitos; conclusión esta que se desprende de sus alegaciones según las cuales la prisión preventiva no puede cohonestarse si con ella se persiguen fines de prevención general o prevención especial de la delincuencia, finalidades ellas análogas a las de la pena. Por ello mismo, los fines del apaciguamiento de la alarma social y de la pacificación de las cáfilas, no son tolerados como causales legítimas del encarcelamiento provisional. Sobre el particular, es ilustrativa la sentencia de este foro interamericano en el caso Barreto Leiva v. Venezuela:

²⁸¹ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 233-234. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

«115. Al respecto, la Corte nota que la orden de detención judicial en ninguna de sus 454 hojas hace mención a la necesidad de dictar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva porque existen indicios suficientes, que persuadan a un observador objetivo, de que éste va a impedir el desarrollo del procedimiento o eludir la acción de la justicia. Lo anterior, sumado al hecho de que la legislación interna únicamente requería de —fundados indicios de la culpabilidad”, sin hacer alusión al fin legítimo que la medida cautelar debe buscar, llevan al Tribunal a concluir que la prisión preventiva en el presente caso se aplicó como la regla y no como la excepción.»²⁸²

Existe un caso, sin embargo, en el que la Corte IDH postula abiertamente que no pueden equipararse los requisitos para afirmar la flagrancia con los requerimientos propios de la prisión preventiva, pues no debe relacionarse un instituto procesal con uno propio del derecho de fondo:

«78. La Jueza de la causa dictó auto de prisión preventiva en contra del señor Alfredo López Álvarez —*pr el delito de posesión y tráfico ilícito de estupefacientes, en perjuicio de la salud pública del Estado de Honduras*”, con base en el —*hecho que tuvo verificativo el día domingo [27] de abril [de 1997]*”, es decir, en que el señor Alfredo López Álvarez fue detenido en flagrante delito por agentes de la policía. **La autoridad judicial no tuvo en cuenta nuevos elementos de prueba que justificaran la prisión sino consideró solamente los mismos elementos que sustentaron la detención en flagrancia** (supra párr. 54.11 y 54.20).

79. En las circunstancias del presente caso, lo anterior contraviene los principios y las normas aplicables a la prisión preventiva, de acuerdo con la Convención Americana y la legislación interna pertinente (supra párrs. 67, 68, 69 y 77).»²⁸³

²⁸² Corte IDH. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 115. En esta misma sentencia, y corroborando la misma idea, es destacable el párrafo 111: «111. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, “aún verificado este extremo, **la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena**, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.”» Cf. Corte IDH. *Idem*, par. 111. Lo resaltado no pertenece al original.

²⁸³ Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*, sentencia de 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 78 y 79. Lo resaltado no pertenece al original.

Similar parecer se encuentra en los extractos jurisprudenciales de la CIDH, órgano que ha exigido que los peligros procesales que fundan la prisión preventiva se extraigan a partir de circunstancias objetivas y concretas, y no en meras presunciones o suposiciones etéreas e inaprehensibles; como sería por ejemplo, la prognosis de que la flagrancia del delito determinará una inevitable fuga del imputado. Aun así, algunos pronunciamientos de la CIDH admiten una especie de presunción *iuris tantum*²⁸⁴, que, en todo caso, deberá ser corroborada o desechada mediante una subsunción en los hechos del caso concreto; sin embargo, la doctrina exhibe una radical animadversión, inclusive hacia las presunciones *iuris tantum*, de cara a la justificación teórica y pragmática de la medida cautelar privativa de libertad²⁸⁵.

Para aplicar la causal de prisión preventiva de la flagrancia en los delitos ya mencionados, se torna infranqueable acudir a las reglas sentadas por el artículo 236 CPP, el que indica precisamente cuáles son los patrones objetivos para elucidar cuándo estamos ante delitos cometidos *in fraganti*. Al efecto, se señalan cinco supuestos distintos: a) cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de su comisión, b) cuando el sujeto activo sea capturado inmediatamente después de la ejecución del ilícito, c) cuando su detención se produzca, mientras sea perseguido por autoridades de policía o por particulares, d) cuando el autor del delito porte o lleve objetos que lo asocien con el crimen, y finalmente, e) cuando el sospechoso presente rastros que generen una presunción vehemente de que acaba de cometer el ilícito.

²⁸⁴ «85. A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, **las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro**, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad.» Cf. CIDH. Caso N° 12.553; José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 85. Lo resaltado no pertenece al original.

²⁸⁵ Cf. *Supra*, nota al pie N° 263.

En última instancia, debe reconocerse que lo que esta causal persigue, aun inconfesadamente, es la relativización del principio de inocencia; ello conforme a la llamada concepción psicológica de la presunción de inocencia, tesis defendida por el positivista italiano Enrico Ferri y teorizada por el alemán Walter Sax²⁸⁶. Esta proposición nos asegura que es ilógico y absurdo mantener una presunción de inocencia, cuando el grado de sospecha en contra del imputado es rayano en la certidumbre de su culpabilidad; por ejemplo, sería ilógico presumir inocente a un sujeto cuando se lo ha aprehendido en el acto mismo de comisión del delito, por lo que en definitiva la proclama fundamental de esta concepción psicológica, es la de que la presunción de inocencia admite distintas gradaciones, según la prueba incorporada al procedimiento y la fase procesal en la que se encuentre la causa respectiva. En Costa Rica, no existen grandes teorizaciones doctrinales ni se ha elaborado un pensamiento jurídico coherente a favor de estas nuevas causales de prisión preventiva; por el contrario, las mismas solo han llegado a convertirse en ley gracias a las peroratas populistas de colectivos amorfos y de personalidades y agrupaciones legas en Derecho, *e.g.*, el gremio de los periodistas, las personalidades políticas²⁸⁷, alguna que otra figura abogadil oportunista y otros sectores análogos de la opinión pública.

²⁸⁶ Sax, Walter (1959). *Grundsätze der Strafrechtspflege* [Principios de la Justicia Penal], en Bettermann y otros (comps.) *Die Grundrechte*. T. III. *Berlin, Deutschland*, p. 987.

²⁸⁷ Ejemplo categórico de esta aserción, lo encontramos en las palabras proferidas por los señores diputados que tuvieron a cargo la discusión legislativa del proyecto de ley que a la postre derivó en la aprobación de la LPVT. Se defiende la extensión y generalización de las causales de prisión preventiva con argumentos vacuos y acomodaticios, sin ninguna reflexión técnica o teórica acerca de la connotación jurídica del instituto: «(...) [en relación con las] *otras causas de prisión preventiva lo hicimos considerando que había un sentimiento de inseguridad en la población en aquellas circunstancias donde una persona comete un delito y a las pocas horas la víctima se la encuentra a la vuelta de la esquina, y se encuentra con el fundamento del juez, de que la ley vigente actualmente, el artículo 239 más concretamente del Código Procesal Penal, le permite de forma muy, para utilizar el término correcto, estrujada, a los jueces llevar a prisión preventiva a las personas en situaciones muy restringidas, básicamente cuando el delincuente no tiene un domicilio estable, o no tiene un trabajo estable o haya evidencia de que no se someterá al proceso, es decir, que huirá del lugar de su residencia. Estas son las pocas probabilidades que actualmente tienen los jueces para llevar a prisión preventiva las personas (...)*» Cf. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Expediente Legislativo N° 16.917. *Acta de la sesión ordinaria del Plenario N° 42, miércoles 10 de diciembre de 2008*. Tercera Legislatura, del 01 de mayo de 2008 al 30 de abril de 2009; segundo periodo de sesiones extraordinarias (del 01 de diciembre de 2008 al 30 de abril de 2009), p. 50.

f) La reiteración procesal y la reiteración delictiva, en delitos donde medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas

Las causales de prisión preventiva introducidas por la reforma operada por la LPVT a la ley procesal penal, no se agotan en la afirmación de la flagrancia, sino que el mencionado artículo 239 bis, en sus incisos b) y c), empotra en el ordenamiento jurídico-penal dos nuevos presupuestos para el encarcelamiento, muy similares y de un corte eminentemente autoritario: la reiteración procesal y la reiteración delictiva con sentencia previa. En efecto, ahora pasa a consagrarse como causal de encarcelamiento preventivo, el haber sido *«sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos»*²⁸⁸, por una parte; y *«cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas»*²⁸⁹.

En primer lugar, pasando al análisis de la *fattispecie* contemplada en el inciso b) del cardinal 239 CPP, resulta que aquí pasa a ser determinante no ya el hecho de que el imputado sometido a proceso cuente con antecedentes penales o condenas firmes anteriores, sino el mero y desnudo dato fáctico de que en su contra se hayan abierto investigaciones criminales con anterioridad o de manera simultánea, y que en al menos dos de ellas, se haya formulado requerimiento acusatorio por parte de la representación fiscal. Por ello, gran parte de la doctrina considera que esta causal reviste una gran afectación al derecho de defensa y al debido proceso, pues con la misma la presunción de inocencia queda por los suelos. Con esta medida, por ejemplo, es posible que se dé la circunstancia de que dos simples denuncias a las que se haya dado mérito por parte del Ministerio Público, puedan dar pie a la prisión preventiva del indiciado en otro proceso; sin que la culpabilidad

²⁸⁸ Cf. CPP, Art. 239 bis, inciso b). Lo subrayado no pertenece al original.

²⁸⁹ Cf. CPP, Art. 239 bis, inciso c).

del sujeto haya sido analizada y mucho menos definida solemnemente por autoridad jurisdiccional alguna.

Se trata en algún modo, de la misma causal contemplada en el artículo 239 inciso b) CPP, atinente al peligro de reiteración delictiva; con la única diferencia de que ahora el peligro no es examinado en concreto, sino en abstracto, como fruto de una presunción de ley. La causal de prisión preventiva en cuestión no puede perseguir otra cosa -según la lógica y la razonabilidad- sino la prevención especial negativa; sea, esta habilitación legal procura disuadir que el individuo acusado, al ser puesto en libertad, cometa nuevos delitos. Y como ya se ha insistido, en repetidas ocasiones, el impedir la ejecución de nuevas delincuencias o incluso el mitigar los clamores y los ánimos del público, pungidos por el crimen; no puede constituir el derrotero al que deba mirar una medida precautoria como el encarcelamiento preventivo, sino que, por el contrario, aquellos son designios atribuidos en exclusiva a la respuesta punitiva. Con esta causal de prisión preventiva, el legislador ordinario ha buscado establecer pautas objetivas y tasadas que faciliten la exégesis del juzgador, a la hora de aplicar este inciso y, para ello, se introdujo el criterio de las dos acusaciones previas formuladas por la representación fiscal contra el mismo imputado; pero en todo caso, los principios del debido proceso y de un Derecho penal de acto son soliviantados, puesto que esta norma lo que establece, en definitiva, es una especie de “presunción de reiteración delictiva”. Es decir, se positiviza una prognosis, un tanto agreste y burda, en el sentido de que un individuo contra el que pesen al menos dos acusaciones fiscales, seguirá cometiendo delitos; y con base en ello, se legitima una eventual prisión preventiva, lo cual representa la entronización de un auténtico Derecho Penal del enemigo²⁹⁰.

²⁹⁰ En este mismo orden de argumentaciones, la doctrina nacional preconiza que bajo esta causal de prisión preventiva de reiteración delictual, se solapa un inconfesado propósito de prevenir el crimen, o en el peor de los casos, de neutralizar a la persona del sujeto sometido a investigación. Así, expone Briceño Cruz: «ii. La periodicidad delictiva sistémica que proponemos, se aplica en el nuevo proceso penal y está estrechamente vinculada con la procedencia de la prisión preventiva, pues obedece a la implementación de leyes de “three strike and you’re out”, porque condenan injustamente a una persona e imponen un aumento considerable de las penas. En efecto, es necesario para la procedencia de la cárcel de forma provisoria dos aspectos esenciales, según lo hace ver el artículo en comentario, a saber: “... que el imputado haya sido condenado al menos con dos sentencias penales, cuando se trate de delitos de violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, lo cual disminuye las posibilidades de obtener un resultado justo en la sentencia y, “... que se logre comprobar la reincidencia en la comisión de delitos”, lo cual deviene negativamente nulo, en el tanto vaya en contra de la presunción de inocencia y se logre comprobar que cualquiera de los “tres peligros procesales, tanto el de fuga, el de obstaculización o el de reincidencia delictiva” son el fruto de una tendencia represiva y

A su vez, el inciso c) del artículo de comentario instaura también, en términos equipolentes, un peligro de reiteración delictiva, presunto en nuestro ordenamiento, a efectos de facultar a la autoridad jurisdiccional a decantarse por la prisión preventiva en un caso concreto. La única diferencia con el inciso precedente, consiste en que esta vez el criterio definitorio para apreciar el peligro de reiteración criminal, radica en el hecho de que el imputado sea “reincidente”; es decir, con este nuevo inciso deviene ineluctable que se haya emitido una sentencia condenatoria previa contra el endilgado, y que tanto el delito anterior como el más reciente sean realizados mediante fuerza sobre las cosas o violencia sobre las personas. En la práctica del accionar jurisdiccional, la novel previsión legal del artículo 239 bis inciso c) CPP, no difiere de la manera como es aplicada la tradicional causal del peligro de reiteración delictiva del artículo 239 inciso b) *idem*, toda vez que con motivo de esta última causal, los jueces estilan examinar -casi con exclusividad- si el imputado es o no reincidente. Por tanto, a esta causal de reiteración delictiva implantada por la LPVT, son aplicables las mismas detracciones que ya se hicieran al supuesto genérico del peligro de reiteración delictiva, como presupuesto para habilitar encarcelamiento preventivo.

Por otra parte, es necesario también hacer referencia a una guía o pauta de acción que parece haberse instaurado en la praxis de nuestros tribunales, mediante la cual se evalúa la reincidencia, no ya por el simple dato de las condenatorias firmes contra una persona, sino que en este punto pasan a considerarse todos los procesos penales abiertos o en trámite que existan contra un sujeto concreto, independientemente del grado de convicción o de verosimilitud que puedan exhibir las denuncias o investigaciones respectivas. A la base de

no como medidas de prevención procesal.» Cf. Briceño Cruz, Eduardo (2012). *La Ley 8720: “Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal”, a la luz del precepto jurídico del Debido Proceso* [Trabajo para optar por el grado de Licenciado en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 373. Sin desmedro de lo hasta aquí pronunciado, valga efectuar la acotación de que la reforma sistematizada al régimen de la prisión preventiva por la LPVT (específicamente en lo atinente al peligro de reiteración delictiva presunto); no tuvo por efecto el exigir dos condenas previas en grado de firmeza contra el procesado -como se afirma en la nota de cita-, sino más bien la concurrencia de dos procesos penales anteriores, por los mismos delitos, en donde se hubiere emitido acusación ministerial y solicitud de apertura a juicio.

esta práctica se encuentran las asechanzas de los discursos populistas²⁹¹, que imaginan peligros por doquier o los sobredimensionan; o en todo caso, confunden a la ciudadanía para que esta equivoque los medios eficaces de lucha contra la delincuencia, a la hora de aplicar lenitivos contra el crimen. Se nos postula, por ejemplo, que es inconcebible que contra un sujeto cualquiera se hayan emitido multitud de órdenes de detención y que tenga decenas de “pasadas”²⁹² ante el OIJ y que, en su contra no pueda emitirse la cautela de prisión preventiva, olvidándose el dato de que el encarcelamiento provisorio no puede perseguir aspectos propios de la pena, como por ejemplo el evitar la comisión de otros delitos o el apaciguar la alarma social. Estas azarosas proclamas pierden de vista que con la aplicación de medidas de este tipo, el principio de la presunción de inocencia se quiebra en mil pedazos, campea por sus fueros el autoritarismo, y prácticamente no habría contención alguna al poder estatal pues todos podríamos quedar incursos dentro del calificativo de “reincidentes”, bastando una simple denuncia en nuestra contra para ello.

Ninguna causal relacionada con la prevención general o especial de la delincuencia -entre las que se ubica la reiteración delictiva en sus diversas modalidades- ha encontrado acogida en la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los DD.HH. Así, *e.g.*, el voto concurrente emitido por el juez Sergio García Ramírez en la sentencia de la Corte

²⁹¹ Un ejemplo claro lo encontramos en un ya tristemente célebre artículo periodístico de corte editorial, elaborado por el Lic. Mario Ugalde, Subdirector del “Diario Extra”, en el que afirmaba en el mismo tenor literal en que la cita ahora se reproduce: «¿Qué le está pasando a Costa Rica? No seamos cobardes. ¿Será un virus que está contagiando a los ticos y que ya no los hace reaccionar? Uno de los factores que podría ser importante, es la generalizada campaña de algunos “idiotas”, que consideran todo acto de defensa contra los criminales, una violación a los derechos humanos. Me pregunto si estas mentes enfermas y cobardes que se colocan al lado de los criminales, no han pensado en los derechos humanos de los padres, hijos o hermanos que han perdido seres queridos en manos de estos “diablos”». Cf. Ugalde Cordero, Mario. “Garrotiemos al delincuente”, en *Diario Extra*. [Versión en línea]. San José, Costa Rica; 24 de junio de 2008. Editorial, Sección Prisma. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.diarioextra.com/2008/junio/24/opinion01.php>. Consultado el día 22 de abril de 2013.

²⁹² Recálquese aquí que el término “pasadas” no obedece a una terminología técnico-jurídica de DPP; sino que se trata de un vocablo que forma parte más bien de la jerga judicial y policial, y cuya significación alude a todas las oportunidades en las cuales un imputado, luego de haber sido detenido por la Policía Judicial, ha sido “pasado” a la Sección de Archivo Judicial del OIJ para efectuarle la llamada “reseña”; sea la toma de sus datos personales, huellas dactilares, escrutinio corporal y registro fotográfico. Cada vez que se “pasa” al imputado, su expediente criminal se actualiza; de ahí la razón por la que muchos tribunales y juzgados hayan tomado este criterio para apreciar la concurrencia del peligro de reiteración delictiva, a fin de justificar el encarcelamiento previo al juicio.

IDH en el caso Bayarri, en la cual se ubican como únicos motivos admisibles de la prisión preventiva los que de seguido se comentan:

«13. Quedan excluidos otros objetivos, que pueden ser plausibles en sí mismos y obligar al Estado, pero que no figuran en la naturaleza estricta —y restringida— de la medida procesal cautelar: tales son, por ejemplo, la prevención general de delitos o el aleccionamiento social. Bien que se prevenga el crimen, y bien que la sociedad perciba que el poder público provee a la seguridad colectiva y reduce la impunidad. Estos datos de la política criminal —como otros elementos de ella— pueden y deben ser atendidos por el Estado con medios diversos. Por ello la jurisprudencia de la Corte ha rechazado las disposiciones que excluyen la libertad del inculcado en forma genérica, sin atender a las necesidades del caso concreto, sólo en función del delito que ha cometido. Esto implica una suerte de —pejuicio” legislativo sobre la pertinencia de la libertad o la prisión, que deben ser resueltas en cada caso —no genéricamente— conforme a las probadas circunstancias de éste, atendiendo a la presencia del inculcado en el juicio y a la marcha regular del enjuiciamiento.»²⁹³

La CIDH se ha pronunciado en idéntico parecer, aduciendo que los motivos que habilitan el mandamiento de prisión preventiva deben ostentar, en exclusiva, un fin de índole procesal, así el arquetípico Informe N° 35/07: *«81. 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) (...) 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.»²⁹⁴* Así las cosas, si se repara con detenimiento en la jurisprudencia reiterada tanto de la Corte IDH como de la CIDH, conclusión apodíctica es la del predicar la cabal ilegitimidad de las causales de prisión preventiva que, como la reiteración delictiva, encuentran sostén en criterios de prevención y de peligrosidad.

²⁹³ Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez, par. 13. Lo resaltado no pertenece al original.

²⁹⁴ CIDH. Caso N° 12.553; *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 81. Lo resaltado no pertenece al original.

g) La delincuencia organizada como causal autónoma de prisión preventiva

Por último, se contempla asimismo la posibilidad de dictar prisión preventiva en los casos de delincuencia organizada. Ello según la norma del artículo 17 LPVT, que incluye un inciso d) al nuevo artículo 239 bis CPP. Indudablemente es esta una de las nuevas causales de prisión preventiva más problemáticas, la cual configura un ejemplo ostensible del carácter cada vez más arbitrario y represivo de las normas estatales y de la organización social que se encuentra a la base de las mismas. En primer lugar, debe reconocerse la propia vaguedad y anfibología ínsitas al concepto de “criminalidad organizada”, pues aquí eventualmente podría abrirse la norma para cubrir cualquier clase de comportamientos; incluso aquellos que tradicionalmente se han considerado de bagatela o inocuos. Sobre la excesiva laxitud con que la propia LCDO define lo que debemos entender como “delincuencia organizada”, se insistirá en la sección inmediatamente subsiguiente; no obstante, valga adelantar aquí que esta imprecisión puede resultar excesivamente problemática en la medida en que el juzgador queda facultado para que prácticamente cualquier concurrencia entre dos personas con fines criminales -aun sea para cometer un solo delito- puede circunscribirse dentro de los confines de una organización delictiva.

Detrás de esta consagración de los delitos propios de la criminalidad organizada como causal de prisión preventiva autónoma, se halla una auténtica catarsis colectiva que procura la aminoración del cúmulo de garantías constitucionales para los imputados por estos delitos²⁹⁵. Como bien lo ha expresado el autor español Silva Sánchez, acudimos a una

²⁹⁵ Valga reproducir en este punto uno de los más notables corolarios que pueden extraerse del Informe N° 35/07 de la CIDH, atingente a la inadmisibilidad de tomar aspectos propios de la respuesta punitiva -como la clase de delito incriminado-, para definir medidas que -como el encarcelamiento preventivo- son de orden eminente adjetivo: «141. En cuanto a este tipo de relación, en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimas de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como “alarma social”, “repercusión social”, “peligrosidad” o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad.» Cf. CIDH. Caso N° 12.553; José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 141.

verdadera “expansión del Derecho Penal”; constructo teórico que, si bien defiende la posibilidad de aplicar un ordenamiento jurídico penal de “tercera velocidad” en ocasiones excepcionales y ante fenómenos fácticos sumamente graves -lo cual no deja de generar polémica-, también reconoce que en la práctica los estados están acudiendo cada vez más a la lógica de la “perenne emergencia”²⁹⁶, la cual debilita en grado sumo el régimen clásico de las garantías de la tradición liberal.

El profesor Llobet Rodríguez nos ilustra de manera preclara que la causal autónoma de la delincuencia organizada como base para la prisión preventiva es incluso innecesaria, toda vez que las eventuales afectaciones al proceso que puedan derivarse ante el juzgamiento de un miembro de un grupo criminal, pueden ser solventadas a través de las causales clásicas del peligro de fuga y del peligro de reiteración delictiva -esta última de muy dudosa constitucionalidad-. Este autor señala que en los casos de criminalidad organizada es relativamente sencillo afirmar el peligro de fuga, debido a la facilidad de esta clase de agrupaciones delictuales para ocultar a sus miembros y que también es dable corroborar el peligro de reiteración criminal, puesto que la mayor parte de las estructuras delictivas poseen una sólida organización interna que impide o dificulta el fenómeno del transfuguismo y ello impele a sus miembros a persistir en la realización de conductas prohibidas por la ley. En definitiva, con la causal del inciso d) del artículo 239 bis CPP, *«lo que pretende el legislador es que no se valore en concreto por el juez el peligro de fuga, de obstaculización o de reiteración delictiva, sino que se parte de una presunción de los mismos, lo que es inadmisibile»*²⁹⁷.

Por último, recuérdese que la propia Corte IDH se ha pronunciado en multitud de casos acerca de la incompatibilidad de la instauración de delitos no excarcelables con la regla de libertad del artículo 7 CADH. Es decir, no caben presunciones tales como que el imputado se fugará u obstaculizará el rito procedimental en delitos violentos, graves o de

²⁹⁶ Silva Sánchez, Jesús María (2008). *La expansión del Derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, pp. 187-188.

²⁹⁷ Llobet Rodríguez, Javier (2009). *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*. 4° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 387.

“criminalidad organizada”; sino que, ante todo, deberán evaluarse las particularidades de cada caso para hablar, o no, de la existencia de un peligro procesal que justifique el recurso a la prisión de previo a la condena. En relación con esta temática, es encomiable el pronunciamiento de la Corte IDH en el caso *López Álvarez v. Honduras*, en que este tribunal adujo la inadmisibilidad de las normas del derecho interno del estado hondureño que restringían la concesión de la excarcelación para delitos incriminados con penas mayores a cinco años de prisión, precisamente porque con disposiciones de este tipo se están otorgando finalidades sustantivas a un instituto jurídico meramente formal o adjetivo:

*«81. En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que —[J]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente”, el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que —n merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años”. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. **Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo.**»²⁹⁸*

Prosiguiendo este mismo hilo argumentativo, la corte regional deplora en algunos de sus fallos la catarsis colectiva y la alarma ciudadana, que se ha venido generando en los últimos años en relación con ciertos delitos, especialmente aquellos atinentes al tráfico de sustancias narcóticas y estupefacientes. Si bien se reconoce la consustancial problemática aparejada a este fenómeno criminal, la Corte IDH apunta que ello no constituye una motivación válida *-per se-* para disminuir los derechos y garantías constitucionales hacia este sector de la población y, mucho menos, para excluir al referido colectivo de las reglas

²⁹⁸ Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*, sentencia de 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 69. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original. Sobre este mismo tópico de la ilicitud de los delitos no excarcelables, cf. también la doctrina que emana de los informes de la CIDH; por todos, el Caso N° 12.553; *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo), par. 141. *Vid.* nota al pie N° 295.

y beneficios que en materia de prisión preventiva, el ordenamiento jurídico-penal consagra con carácter de generalidad y uniformidad a toda la población. Esta postura es particularmente visible en los casos tramitados en contra de la República de Ecuador, en que el órgano regional de DD.HH. condena a dicho estado por mantener una política antinarcóticos refractaria a los postulados de la CADH, y que ni siquiera cumple sus objetivos propuestos de reducción de la delincuencia²⁹⁹.

*** **

Ciertamente, las nuevas regulaciones en materia de prisión preventiva, cuyos aditamentos más perspicuos acaban de reseñarse, encuentran un rechazo casi unísono en la doctrina y en la dogmática jurídica, puesto que en verdad resulta difícil compatibilizar estos nuevos cánones con los preceptos que aseguran la supremacía formal y sustancial del Derecho de la Constitución, a lo interno de la sociedad políticamente organizada. En esta línea, es factible captar la profunda preocupación que subyace en el comentario que el autor Briceño Cruz elabora en torno a la integralidad de la reforma practicada por la LPVT:

«Como bien se entrevé en la lectura de los artículos 238, 239, 239 bis del Código Procesal Penal, se endurece las medidas cautelares privativas de libertad, lo cual violenta groseramente el principio de culpabilidad, el principio de presunción de inocencia, el principio de “nulla poena sine culpa” y el derecho a una sentencia justa y célere. De ello se deduce que el sistema penal se aleja del fin primordial del proceso penal constitucional que, según nuestro criterio, es el descubrimiento de la verdad real de los hechos y la actuación de la ley dentro del marco de la constitucionalidad del proceso, en estrecha relación con el precepto jurídico del Debido Proceso; en ese sentido, un uso irrestricto y abusivo de esta figura jurídica, por parte de un sistema penal que no es capaz de brindar respuestas o fundamentos para su aplicación -ya sea porque los tribunales estén colapsados, que el Ministerio Público no tenga la capacidad de tramitar el volumen del caso- acarrea uno de los problemas más serios en nuestro país y el mundo, la complejidad de una significativa

²⁹⁹ Sobre la catarsis colectiva desplegada en torno a esta clase de delitos; cf. *Infra*, Sección E.3.2. y nota al pie N° 401.

masa de “presos sin condena”, o sea, a todos los imputados que no se les ha impuesto una pena o castigo por medio de una sentencia, a raíz de una declaratoria de peligrosidad contra la ciudadanía.»³⁰⁰

La Sala Constitucional no ha tenido la oportunidad de apadrinar o de refutar la conformidad de estas nuevas causales de prisión preventiva respecto al Derecho de la Constitución, dado que, sorprendentemente, no ha sido instaurada todavía -a cuatro años de la vigencia del texto legal correspondiente- una acción de inconstitucionalidad que cuestione la reforma normativa incorporada por la LPVT en esta materia. No obstante, a juzgar por los precedentes fallados en asuntos similares, es posible que nuestro Tribunal Constitucional -si se le presentara la ocasión propicia para ello- emitiese un pronunciamiento encomiástico de las reformas a las causales de la prisión preventiva, operadas por el nuevo artículo 239 bis CPP. Es decir, lo más probable sería que se calificaran como legítimos y constitucionales estos nuevos presupuestos del encarcelamiento preventivo, subestimándose y velándose el hecho de que estas causales no persiguen ningún fin de índole procesal. Escenificando estas mismas conclusiones, encontramos que nuestra Sala Constitucional se decantó por afirmar implícitamente la constitucionalidad del inciso d) del artículo 239 CPP (por el que se introdujo la causal de prisión preventiva de peligro para la víctima, el denunciante o el testigo), sin hacer la más mínima consideración al fin procesal que debía perseguir dicha causal para su legitimidad:

«De la simple lectura del contenido del artículo 53 del texto actual del proyecto [el artículo 53 del entonces proyecto de la LPVM, consultado ante la Sala, introducía un inciso d) al artículo 239 CPP], que lo que pretende es establecer un supuesto especial para la imposición de la prisión preventiva en caso de que el juez considere que existen elementos de convicción suficientes de los que pueda desprenderse, en esta etapa primigenia del proceso penal, la presunción razonable de un peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo, en los supuestos en que podría estar frente a la investigación de un delito cometido en el marco que establece el proyecto consultado, resulta la conexión que guarda no solo con el

³⁰⁰ Briceño Cruz, Eduardo (2012). *La Ley 8720: “Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal”, a la luz del precepto jurídico del Debido Proceso* [Trabajo para optar por el grado de Licenciado en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 373. Lo resaltado no pertenece al original.

propósito fundamental que se persigue con la aprobación de esta ley, que se expresa claramente en la iniciativa y al que se aludió anteriormente.»³⁰¹

Como se aprecia, el hecho de que la Sala Constitucional haya declinado pronunciarse sobre la ilegitimidad de este nuevo inciso d) del artículo 239 CPP, a pesar de haber tener una oportunidad inigualable para ello, representa un claro indicador de que no existe voluntad política, ni jurídica para tachar de inconstitucionales las reformas legislativas practicadas por la LPVT. El análisis de los más recientes precedentes de nuestro Tribunal Constitucional nos muestra que, cuando no se adhiere expresamente a una peligrosa corriente populista, este foro judicial opta por huir por la tangente y guarecerse bajo efugios, con el cometido de mantener una buena imagen ante la opinión pública. Estas conclusiones se ven acrecentadas, considerando la gran cantidad de recursos de *habeas corpus* que han sido rechazados por esta instancia -muchos de ellos relacionados con la temática de la prisión preventiva-, bajo el argumento de que las órdenes de prisión que recaen sobre ciertos imputados, encuentran su fundamento normativo y iusfilosófico en los supuestos de encarcelamiento contemplados en el número 239 bis CPP³⁰². Es decir, la Sala Constitucional está desarrollando una postura de abierto desdén hacia los DD.HH. y los instrumentos internacionales que los recogen y tutelan; y con ello, concomitantemente, se

³⁰¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2004-3441, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo del dos mil cuatro.

³⁰² La Sala Constitucional no solo ha tolerado, sino que inclusive ha espoleado de cierta manera a los tribunales penales ordinarios, en la aplicación de las nuevas causales de prisión preventiva del artículo 239 bis CPP, como se ve con pulcritud de seguido: «*Por último, se indica que no se ha acreditado cambio alguno de circunstancias que permita admitir la petición planteada, **considerando además que la prisión preventiva es la medida idónea y única que permite neutralizar los peligros procesales existentes, no solamente el de fuga analizado sino además los contemplados en el artículo 239 bis de la normativa procesal vigente, como lo son la flagranza y la delincuencia organizada**, ya que al momento de la diligencia de allanamiento final se logró el decomiso de gran cantidad de dinero producto del comercio de la droga, así como el alijo, y se declaró la criminalidad organizada desde setiembre de 2010. De lo anterior, se descarta el alegato sobre la falta de motivación. Pesa sobre el endilgado el grado de probabilidad de autoría en los hechos, suficiente para motivar el presupuesto de la prisión preventiva.*» Cf. Sala Constitucional de la Corte Suprema Justicia. Resolución N° 2012-015095, de las diez horas cinco minutos del veintiséis de octubre de dos mil doce. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original. En el mismo orden de ideas, cf. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; Resolución N° 2010-014198, de las ocho horas y treinta minutos del veintisiete de agosto del dos mil diez; *et id.*, Resolución N° 2009-012258, de las nueve horas y cuatro minutos del siete de agosto del dos mil nueve.

debilita su papel de centinela y celadora de los derechos fundamentales y de vigía de la constitucionalidad de las normas y otros actos del poder público.

Para constatar la efectiva aplicación de estas nuevas causales de prisión preventiva en el sistema de administración de justicia costarricense, es sumamente útil acudir al exhaustivo trabajo de recopilación estadística sistematizado por Sáenz Villalobos. A través del metódico cotejo de ciertos datos recopilados de expedientes judiciales en materia penal, tramitados en los juzgados penales del Primer y del Segundo Circuito Judicial de San José, durante los años 2008 y 2009; se arriba a importantes conclusiones, entre las que cabe destacar la de que los nuevos supuestos de encarcelamiento preventivo contemplados en la LPVT -si bien aplicados en algunos casos- todavía son menos utilizados que las clásicas causales de prisión preventiva del art. 239 inc. b) CPP (peligro de fuga, de obstaculización de los procedimientos, de reiteración delictual y peligro para la víctima). Sáenz pudo percatarse del dato de que en la muestra analizada, hubo mayor proclividad en el Primer Circuito Judicial de San José a la hora de aplicar las más recientes causales de prisión preventiva³⁰³. La mayor recurrencia a las causales clásicas consagradas en el artículo 239

³⁰³ Para comprender de primera mano lo que aquí se vindica, repárese en los planteos conclusivos que pergeña la expositora Sáenz Villalobos, respecto a la aplicación de la prisión preventiva en los circuitos judiciales primero y segundo de San José, según el tipo de delito bajo investigación fiscal y según las causales de encarcelamiento que han justificado la emisión de la medida cautelar consabida. *Vid.:* «(...) referente al tema de los delitos investigados en los expedientes analizados, se encontró que en el Juzgado Penal de San José la mayoría de delitos en los que se dictó la prisión preventiva corresponde a los delitos contra la propiedad, específicamente los robos agravados (en ocho casos). A su vez, en el Juzgado Penal de Goicoechea, también fueron los robos agravados, los delitos en los cuales se dictó mayoritariamente esta medida cautelar (en nueve de los casos). Esto representa una similitud o semejanza en la práctica judicial de ambos despachos y permite concluir, que los delitos contra la propiedad tienen un alto índice de incidencia en la problemática de la criminalidad, máxime que el estudio de expedientes se efectuó en la provincia de San José, zona urbana que se caracteriza por sus altos índices de delincuencia. (...) Asimismo, dentro del tema de las causales de prisión preventiva, es importante hacer la comparación entre las contempladas en el artículo 239 y en el 239 bis del CPP y su utilización. De este modo, hay que resaltar que en el Juzgado Penal de San José, el presupuesto procesal clásico menos utilizado fue el peligro para la víctima (en 3 casos), mientras que respecto a las nuevas causales solamente en una ocasión se aplicó el contemplado en el inciso b del numeral 239 bis (que el imputado haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio). En ese sentido, debe notarse que el peligro para la víctima fue superado en número de veces de aplicación, por la causal de flagrancia (art. 239 bis inciso a) que se utilizó en siete ocasiones, e igualado en número por la causal de reincidencia en hechos delictivos en los que ha mediado violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas (art. 239 bis inciso c). Por su parte, en el Juzgado Penal de Goicoechea, el peligro procesal clásico menos utilizado también fue el peligro para la víctima, pero a diferencia de San José se aplicó en seis casos. Y el menos utilizado de los nuevos presupuestos contemplados en el artículo 239 bis, fue el del inciso a referente a la flagrancia, con dos casos únicamente,

id., puede deberse a una mayor reticencia de los juzgadores en la aplicación de un conjunto de reglas muy recientes y de dudosa constitucionalidad; y además, en última instancia, ha de enfatizarse en el punto de que, con todo, la reforma de la LPVT no era necesaria, pues los “peligros” que se buscaban difuminar con esta legislación ya se hallaban a cubierto con las reglas vigentes hasta antes del año 2009. No obstante, el mero hecho de que se hayan aplicado en bastantes supuestos los nuevos “peligros” que justifican la prisión preventiva según la LPVT y que ciertas órdenes de detención se hayan fundado en los mismos, envía una mala señal para la subsistencia del estado de derecho, pues ello quiere decir que el Ministerio Público los considera legítimos y los ha empleado en múltiples ocasiones para solicitar un encarcelamiento y también significa que la autoridad jurisdiccional se ha mostrado complaciente con dichas pretensiones fiscales.

D.1.4. Requisitos formales de la prisión preventiva

Dentro de los llamados **requisitos formales** de la prisión preventiva y realizando una interpretación sistemática de los numerales 142, 237 y 238 del Código Procesal Penal, se desprende la existencia de al menos tres de estos requerimientos: a) la petición de prisión preventiva por parte del Ministerio Público, b) la resolución del Juez que la decreta, y c) la debida fundamentación, en el marco de una audiencia oral, de la decisión de adoptar esta medida cautelar. Obsérvese al respecto el propio texto del artículo 238 de la ley procesal penal codificada:

siendo el presupuesto menos utilizado de todos, solamente superado por los presupuestos procesales de los incisos b, c y d del 239 bis, pues en ningún expediente de los estudiados en este despacho fueron aplicados.» Cf. Sáenz Villalobos, Stephanie (2011). *Análisis de la prisión preventiva: antes y después de la vigencia de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal y la Ley Contra la Delincuencia Organizada, en las jurisdicciones penales del I y II Circuito Judicial de San José, durante los años 2008 y 2009.* [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 120-123.

«Artículo 238.- Aplicación de la prisión preventiva.-

La prisión preventiva solo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este Código, **mediante resolución judicial fundada**, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley. **Cuando el Ministerio Público estime que procede la prisión preventiva, solicitará al juez correspondiente que convoque a una audiencia oral**, en la que se discutirá sobre la procedencia o no de esa medida. Si la persona se encontrare detenida, la solicitud de audiencia deberá pedirse dentro de las veinticuatro horas, contadas desde que el encausado se puso a la orden del juez; la audiencia deberá celebrarse dentro de las cuarenta y ocho horas y la resolución deberá ser dictada dentro de ese plazo.

Corresponde al Ministerio Público y la defensa del imputado, aportar la prueba en la que fundamente sus peticiones.

Terminada la audiencia, **el juez resolverá sobre lo solicitado**. Si contare con medios de grabación, el respaldo de ellos será suficiente para acreditar la existencia de la celebración de la audiencia y de lo resuelto.

Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados. La privación de libertad, durante el procedimiento, deberá ser proporcional a la pena que pueda imponerse en el caso.»³⁰⁴

Resulta lógica y comprensible la idea de que la prisión preventiva solo pueda ser adoptada por autoridad jurisdiccional y ante requisición del Ministerio Público, ya que precisamente una de las ideas más conspicuas que inspiraron la emisión del Código de 1996, lo fue el despojar al juzgador de toda función instructiva e investigativa³⁰⁵. Así las cosas, es impropio que el juez pueda disponer de oficio un encarcelamiento preventivo, cuando el

³⁰⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7594. *Código Procesal Penal*, del 10 de abril de 1996. Artículo 238. Lo subrayado y lo resaltado no pertenecen al original.

³⁰⁵ Llobet Rodríguez, Javier. (2005) *Derecho Procesal Penal. Aspectos generales* [Tomo I]. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 156ss. Con respecto a las características del nuevo procedimiento preparatorio consignado en el CPP de 1996, se señala lo siguiente en la obra doctrinaria antes citada: «El procedimiento preparatorio, cuya principal finalidad es "(...) determinar si hay base para el juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y la defensa del imputado", se le encarga al Ministerio Público, bajo el control de un juez, con lo que se pretende el fortalecimiento del principio acusatorio. Efectivamente uno de los cambios fundamentales establecidos en el código de 1996 es la eliminación de la instrucción a cargo de un juez, encomendándole la investigación preparatoria al Ministerio Público, ello conforme a la tendencia internacional al respecto. Así se convierte al Ministerio Público en el "dueño" de la investigación preparatoria (Art. 290 C.P.P.). Por ello el Ministerio Público es quien dirige la investigación preparatoria y no un juez de instrucción, como en el código de 1973. Para esto cuenta con el auxilio de la Policía Judicial.» Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *Op. Cit.*, p. 156. Lo subrayado pertenece a su original.

mismo no tiene por qué conocer de previo los motivos por los que se le sigue proceso a un sujeto concreto. Además, ello contradiría las funciones propias del juzgador en el marco de un sistema procesal acusatorio, las cuales lo definen como un tercero imparcial que únicamente está encargado de conocer los pedimentos de las partes y resolver sobre ellos. Por ello se dispone que sea la agencia fiscal la legitimada para, una vez examinados los autos y el acervo probatorio de la investigación, solicitar formalmente al juez penal la emisión del decreto de prisión preventiva, si se considera conveniente. El jurista nacional Cruz Castro desentraña estas consideraciones, al hablar de la inconveniencia que representaba que el juez encargado de la fase instructiva del proceso, fuera el llamado a garantizar los derechos del imputado:

«Las transformaciones en la instrucción judicial deben cumplir con los siguientes objetivos político criminales: Separar claramente la investigación de las funciones de vigilancia y tutela de las garantías constitucionales del proceso. Actualmente existe una inconveniente confusión entre las funciones mencionadas, asumiendo el Juez de Instrucción un rol que en último término es esencialmente contradictorio, ya que por una parte tiene el compromiso de ser eficaz en su investigación y por otra, debe autolimitar sus potestades para asegurar la vigencia de los derechos del imputado. El origen de esta insoluble contradicción es consecuencia inevitable de un compromiso histórico que no logró incorporar totalmente el espíritu republicano al proceso, especialmente en la etapa de investigación; la figura del juez de instrucción propicia la supervivencia de los vicios que caracterizan al proceso inquisitivo, porque como se ha dicho en muchas ocasiones: el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor (...) Se deben separar las funciones a partir de la instrucción preliminar, atribuyéndole al Ministerio Público el poder requirente y de investigación, y a otro órgano separado, en este caso, los jueces, la función contralora sobre las funciones que ejerce el ente acusador.»³⁰⁶

Ha existido cierta discusión en nuestro medio, en torno al punto de si la prisión preventiva puede ser solicitada por otros sujetos procesales que ejercen la acción pública con independencia del Ministerio Fiscal, como por ejemplo el querellante; o bien, si esta

³⁰⁶ Cruz Castro, Fernando (1994). *Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal penal mixto. El caso de Costa Rica*, en *Revista de Ciencias Penales*. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 8, p. 46. Lo resaltado no pertenece al original.

medida puede ser peticionada por el actor civil. La doctrina nacional ha admitido, con ciertas reservas, estas posibilidades:

«Hay controversia sobre si el querellante público puede pedir el dictado de la prisión preventiva. Debido a que el querellante puede ejercer la acción con independencia del Ministerio Público, debe interpretarse que el querellante puede pedir también la prisión preventiva. No puede pedir la prisión preventiva, sin embargo, el actor civil, debido a la naturaleza de su reclamo. A pesar de ello la ley contra la delincuencia organizada en su artículo 9 autoriza que no solamente el querellante, sino también el querellante y el actor civil puedan pedir la prórroga de la prisión preventiva.»³⁰⁷

También se justifica el que se haya de acudir al juez para disponer un encarcelamiento preventivo, vedándose esta prerrogativa a la simple voluntad del Ministerio Público en tal sentido. Y ello porque, a pesar de ser el órgano persecutor el director de las primeras fases del procedimiento penal³⁰⁸, el Ministerio Público debe ceder al tribunal de la etapa respectiva, la facultad decisoria sobre todos aquellos puntos o aspectos que impliquen una eventual intromisión en el régimen de derechos fundamentales de la persona. Y como cuando se aplica la prisión preventiva entra en juego, nada menos que la libertad ambulatoria y personal de un sujeto de derecho; la posible restricción a estas garantías es materia propiamente jurisdiccional, sea, se trata de aspectos que solo pueden ser decididos por un juez de la República.

Es de resaltar, no obstante, que no siempre la prisión preventiva ha quedado restringida al ámbito propiamente jurisdiccional, puesto que antaño era común que esta medida se

³⁰⁷ Llobet Rodríguez, Javier (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 280.

³⁰⁸ Considérese a este respecto, lo que en punto a las facultades y atribuciones del Ministerio Público determina el artículo 290 del Código Procesal Penal, en donde se postula que *«El Ministerio Público practicará las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional. Podrá exigir informaciones de cualquier funcionario o empleado público, quienes están obligados a colaborar con la investigación, según sus respectivas competencias y a cumplir las solicitudes o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley.»* Quiere decir esto, que todos los tópicos atinentes a la indagación preliminar de la verdad de los hechos y su vinculación con un sospechoso determinado, es materia propia de la competencia del órgano fiscal.

aplicara por el Ejecutivo, por el príncipe o por el gobernante de facto de una localidad³⁰⁹; y no por esta simple circunstancia, la restricción a la libertad que se dictaba dejaba de constituir una prisión preventiva verdadera.

Se establece en la ley, asimismo, que la prisión preventiva solo pueda decretarse a través de una resolución debidamente fundamentada y tomada en el curso de una audiencia oral. El requisito de la fundamentación es común a todas las resoluciones judiciales; de manera que, tratándose de la actuación de un órgano del estado, el decreto del encarcelamiento preventivo deberá de ajustarse a los patrones básicos de corrección e interdicción de la arbitrariedad, so pena de perder su validez como pronunciamiento forense. La regla de la necesaria fundamentación de la prisión preventiva vuelve a desarrollarse por el artículo 243 CPP, el cual indica que el auto que acuerde esta medida cautelar, indefectiblemente habrá de contener, al menos, los siguientes elementos: a) los datos personales del imputado o aquellos que hagan a su correcta identificación, b) una escueta descripción o enunciación de los hechos delictivos que le son endilgados, c) la indicación expresa de todos aquellos motivos que a juicio del tribunal, ameritan la privación provisional de libertad; sea, la enumeración de los requisitos materiales y del material probatorio contra el imputado, que justifican la medida, d) la cita de las disposiciones legales aplicables al caso, según el principio *iura novit curia*, y e) la fecha concreta en la cual vence el plazo máximo de privación de libertad.

D.2. LOS NUEVOS PROBLEMAS DE LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El aspecto relacionado con la extensión y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva también exhibe unos vericuetos en extremo problemáticos. Ello en razón de que los postulados generales del CPP estatuyen que el plazo de prisión preventiva no ha de igualar el tiempo efectivo de la pena a imponer (derivación insoslayable del principio de

³⁰⁹ Cf. *Supra*, Sección A.2.

proporcionalidad) y que, en todo caso, su lapso no ha de sobrepasar el año de encierro; no obstante, casi inmediatamente después se contempla en el Código de rito un sinnúmero de excepciones y de supuestos de prórroga del plazo, que convierten el aludido plazo de un año en una llana y trivial enunciación de principios. La reglamentación del plazo de prisión preventiva se contiene, en nuestro ordenamiento codificado, en los artículos 257 y 258 CPP, el cual solo aplica ante los delitos comunes, existiendo otras reglas un tanto distintas para los delitos que se hayan declarado de trámite complejo y para las delincuencias relacionadas con el crimen organizado.

D.2.1. El plazo de duración de la prisión preventiva en delitos comunes

El artículo 257 CPP establece tres supuestos distintos en los que debe cesar la orden de encarcelamiento: a) cuando los elementos de juicio que habilitaron su emisión se disipen o desaparezcan, o hagan recomendable su sustitución por otra cautela no privativa de libertad, b) cuando su duración efectiva sea igual o mayor al posible monto de la pena a imponer en el caso, en cuya determinación se han de tomar en cuenta -incluso- las reglas sobre remisión de pena o libertad anticipada, y c) cuando su duración exceda de doce meses³¹⁰.

Sobre las reglas estatuidas en el numeral comentado en el párrafo precedente, caben varias acotaciones. En primer lugar, es sumamente criticable el que se disponga que la prisión preventiva no debe subsistir si se esfuman los elementos y condiciones que determinaron su dictado y, simultáneamente, que se impida al imputado una gestión tendiente a la revisión de la medida en los primeros tres meses de emitida la cautela, según lo prevé el número 253 párrafo primero de la ley procesal penal. En otro orden de ideas, también merece cuestionamiento el inciso segundo del referido artículo 257 CPP, puesto que parte, implícitamente, de una prognosis de la pena por imponer, según el caso concreto, y no toma en consideración, más bien, el extremo mínimo de la escala punitiva

³¹⁰ Cf. CPP, Art. 257, incs. a), b) y c).

con la que se reprime el delito, lo cual violenta el principio de presunción de inocencia según la más reciente jurisprudencia de la CIDH³¹¹. Además, diversas instancias de la justicia supraestatal consideran que lo razonable y lo más respetuoso de los DD.HH. es que se libere al reo cumplidas las dos terceras parte de la escala mínima del delito respectivo; pues ello, ciertamente, es un corolario del principio de prohibición del exceso y está en sintonía con la regla que impide tratar al procesado de la misma manera que al delincuente condenado. Finalmente, el plazo máximo de doce meses, aplicado como correctivo a la duración de la prisión preventiva, no deja de ser más que una simple declaración de intenciones sin ninguna aplicabilidad práctica, pues -como de seguido veremos- el artículo 258 CPP³¹² desarrolla un conjunto de reglas y de posibilidades de prórroga que sitúan al inciso c) del referido artículo 257 CPP como una mera caricatura.

Las posibles factibilidades de prórroga de la prisión preventiva se contienen en el número 258 CPP, como pudimos apreciar; y son las siguientes:

- a) En cualquier estado del proceso y hasta antes de la finalización del debate, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal puede emitir la prórroga de la prisión preventiva hasta por **un año más**; siempre ante pedido del Ministerio Público e indicándose en la resolución las medidas necesarias para diligenciar el trámite del procedimiento. En algunas ocasiones, el Tribunal de Casación Penal, órgano

³¹¹ Cf. *Supra*, Sección C.2.2.

³¹² El artículo 258 CPP establece cinco supuestos fácticos distintos para habilitar la emisión de una prórroga de la prisión preventiva, según el siguiente tenor literal: **«Artículo 258.-Prórroga del plazo de prisión preventiva.** A pedido del Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el Tribunal de Apelación de Sentencia, hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento. / Si el tribunal de juicio dicta sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, el plazo de prisión preventiva podrá ser prorrogado mediante resolución fundada, por seis meses más. Esta última prórroga se sumará a los plazos de prisión preventiva señalados en el artículo anterior y en el párrafo primero de esta norma. / Vencidos esos plazos, no podrá acordarse una nueva ampliación al tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este 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, 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».

jurisdiccional ya extinto que efectuaba funciones análogas a las del actual Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, se decantó por denegar la prórroga de la prisión preventiva sobre la base de que en la investigación se había producido una serie de atrasos y de dilaciones en la actividad investigativa no achacables al imputado, y que ordenar la prórroga en estos supuestos constituía un serio quebranto a las reglas de la excepcionalidad y de la proporcionalidad, que deben guiar en todo momento la aplicación del encarcelamiento preventivo³¹³.

- b) Cuando al final del plenario se dicta sentencia de condena contra el imputado, que imponga sanción privativa de libertad, y en caso de considerarse la subsistencia de los requerimientos sustantivos y de los peligros procesales que habilitan la prisión preventiva; el Tribunal de Juicio respectivo puede prorrogar el plazo de prisión preventiva por **seis meses más**, lapso que se aúna a los plazos ordinarios de encarcelamiento provisorio o a la prórroga del primer párrafo del art. 258 *idem*.
- c) Como una medida pretendidamente excepcional, se dispone que el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal podrá prorrogar el plazo de prisión preventiva hasta

³¹³ En esta línea existió el extinto Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, en su sentencia N° 65-2004: «La secuencia antes expuesta nos demuestra, sin duda alguna, que la investigación ha sido sumamente lenta, pese a que carece de dificultad, y que no hay razón alguna que justifique que no se haya concluido la investigación en cuanto al aquí encartado, con la decisión correspondiente, por parte del representante del Ministerio Público. Esta situación no puede ignorarse por el Tribunal de Casación, para cumplir con su función de control de la prolongación de la medida cautelar, luego del agotamiento de un año de la privación preventiva de la libertad. **Para la procedencia de la prórroga de esta medida, no solo deben darse, o mantenerse, los presupuestos de su procedencia, como la existencia de elementos probatorios que vinculen al procesado con los hechos, el peligro de fuga o de evasión, así como reiteración delictiva según lo autoriza nuestra legislación y los pronunciamientos de la Sala Constitucional, sino que también es necesario que la prolongación de la medida resulte proporcionada**, artículos 10 y 258 del C.P.P., lo que tratándose de la prórroga de la prisión que compete al Tribunal de Casación no solo debe considerarse con respecto a la gravedad de los hechos y a su alta penalidad, que en este caso se cumple, sino también con la investigación requerida y desplegada por el órgano encargado, lo que en este caso no se cumple, (en este sentido véase el Voto del Tribunal de Casación N° 2004-19, de 9:00 hrs. del 22 de enero de 2004). Se afecta la proporcionalidad de la medida cautelar que priva de libertad en forma preventiva, cuando se excede, injustificadamente, el término razonable para culminar la investigación, sin que ello se haga. **No es posible prorrogar en forma extraordinaria la prisión preventiva, manteniendo a una persona detenida, sin haber sido condenada, más allá de lo que la actividad investigativa del caso requiere**, pues si bien el fundamento de la medida estriba en su necesidad de cumplir con los fines del proceso penal, también es claro que la ventaja que la restricción de la libertad del imputado puede acarrear para culminar el proceso, debe ser aprovechada por el órgano acusador en tal sentido, no pudiendo pretender que se prolongue la privación de la libertad más allá del tiempo que una investigación concreta requeriría.» Cf. Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 65-2004, de las quince horas con treinta y cinco minutos del treinta de enero de dos mil cuatro. Lo resaltado y subrayado no pertenecen al original.

- por **seis meses más**, ello cuando se estime que es necesario para tramitar un juicio de reenvío.
- d) De manera análoga a la regla sentada en el punto antecedente, se habilita para que la Sala de Casación Penal, en los asuntos sometidos a su conocimiento, amplíe la prisión preventiva de un sujeto por **seis meses más**; incluso cuando los demás tribunales hayan autorizado las demás prórrogas de las que se habla en el artículo de comentario.
- e) Finalmente, se dispone una regla genérica y desprovista de concreción alguna en el artículo 258 párrafo tercero CPP, en virtud de la cual es admisible privar de libertad al imputado a efectos de lograr la “buena marcha” del proceso, puesto que se habilita esta restricción al derecho a la libertad ambulatoria, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización del proceso de averiguación de la verdad o la reincidencia.

Todos estos múltiples supuestos en los que se permite la ampliación del plazo de la prisión preventiva, no hacen sino limitar sensiblemente la provisionalidad que debe revestir esta cautela y, en definitiva, con estas posibilidades prórroga, la limitación temporal de los doce meses consignada en el artículo 257 inciso c) CPP, no deja de ser sino la excepción a la regla. Sumando todas las posibles prórrogas que puede descontar un procesado, encontramos que al mismo se lo puede mantener en la cárcel, a título de prisión preventiva, hasta por un lapso de **tres años**, ello sin que exista pronunciamiento sancionatorio de fondo en su contra. Ello es todavía más preocupante, si se visualizan las previsiones para prorrogar el plazo de encarcelamiento, consagradas en el párrafo tercero del artículo 258 CPP, pues con esta norma los plazos ordinarios y extraordinarios pierden toda su fuerza obligante y se permite encarcelar de manera genérica, “por el tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de las disposiciones procesales”. Esta problemática ha sido concebida por el Dr. Llobet Rodríguez, como una “relativización del plazo máximo de la prisión preventiva”:

«La posibilidad de prolongación de la prisión preventiva más allá de los plazos establecidos, lleva en definitiva en forma problemática a una relativización del plazo máximo de la prisión preventiva, puesto que el “tiempo absolutamente indispensable para cumplir la finalidad de la disposición”, puede ser el tiempo necesario para la realización del debate oral y público. Sin embargo, dicha prolongación más allá del término de la prisión preventiva, solamente podría decretarse en supuestos excepcionalísimos, y debería ajustarse a la normativa que ordena el derecho del detenido a ser juzgado en un plazo razonable (Art. 7.5 CADH). Así la Sala Constitucional ha autorizado la prórroga de la prisión preventiva por el Tribunal de Juicio incluso luego de vencidos los plazos ordinarios y extraordinarios de la prisión preventiva, para asegurar la realización del juicio oral.»³¹⁴

Ejemplos concretos de esta relativización del plazo máximo de la prisión preventiva, los hallamos en algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, así la resolución N° 439-2007 de esta Alta Cámara, en que se adujo que cuando el expediente se encontraba en fase de plenario, no cabía acudir a la limitación de los plazos legales ordinarios y extraordinarios del encarcelamiento preventivo:

«II.- Sobre el fondo. En ocasiones anteriores ha indicado la Sala que si el proceso se encuentra en la fase de debate, es posible mantener sujeto a éste al imputado mediante la prisión preventiva, aún si se han sobrepasado los plazos ordinarios y extraordinarios que para esa medida cautelar establece el Código Procesal Penal, sin que con ello se viole el Derecho de la Constitución. Por ejemplo, en la resolución #2006-008979 de las 11:12 horas del 23 de junio del 2006 se dijo:

“V.- (...) Por su parte, la resolución del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, de las 11:00 horas del 2 de junio del 2006, que dispuso la prórroga de la prisión preventiva del amparado a partir del 3 de junio del 2006 hasta el dictado de la parte dispositiva del fallo que se origine en esa causa, se fundamentó en la facultad legal que le otorgan los artículos 258 y 329 de Código Procesal Penal, en razón de que la medida tiene el propósito de asegurar la realización del debate y por el tiempo necesario para la culminación de aquel. (...) VI.- Debe tenerse en cuenta que la duración de la prisión preventiva, aún y siendo prolongada, no se convierte en pena anticipada por ese solo hecho, y no se podría

³¹⁴ Llobet Rodríguez, Javier (2009). *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*. 4° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 408-409. Lo resaltado no pertenece al original.

entender arbitraria, cuando se dicte por medio de resolución debidamente fundada, siempre y cuando cumpla una función de aseguramiento procesal como sucede en este caso.”»³¹⁵

D.2.2. El plazo de duración de la prisión preventiva en delitos de tramitación compleja

Para el juzgamiento de cierta clase de delitos, se consignan en la ley algunas reglamentaciones especiales, como la dilatación de plazos y la amplitud de las facultades investigativas para las agencias estatales, en razón de las especiales necesidades que deben cubrirse ante determinadas circunstancias fácticas. La finalidad que inspira este procedimiento “para asuntos de tramitación compleja”, descansa en la exigencia de otorgar un trato diferenciado a asuntos cuyo rito procedimental es más complicado; por esto es que, en dichos casos, se ensanchan los plazos consignados para el procedimiento ordinario, en que los asuntos son normales. Además, con este tipo de procedimiento se busca evitar que asuntos relacionados con delincuencia económica queden impunes, por ejemplo cuando el imputado se da a la fuga debido al cumplimiento de los plazos de prisión preventiva, o bien, cuando el juez está impelido a pronunciar sentencia de sobreseimiento definitivo por haberse agotado el plazo máximo para concluir la investigación.

La disciplina normativa de los asuntos de tramitación compleja se recoge en los artículos que van del 376 al 379 CPP, de los cuales es especialmente revelador el número 376 *idem*, puesto que este último integra las tres posibles eventualidades en las que puede aplicar este procedimiento especial: a) ante la multiplicidad de los hechos investigados en un solo expediente -en virtud de la aplicación de la figura de la acumulación de causas-, b) cuando se presente un voluminoso número de imputados o de víctimas, y c) cuando se someta a conocimiento e indagación del Ministerio Público cualquier asunto relacionado con delincuencia organizada. No obstante, no puede dejar de considerarse el punto de que con la entrada en vigor de la LCDO, se instituyó un nuevo procedimiento especial para el

³¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2007-00439, de las catorce horas y treinta y tres minutos del diecisiete de enero del dos mil siete. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

juzgamiento de crímenes relacionados con grupos delictivos organizados; con lo cual, por conducto del aforismo jurídico *lex posterior derogat priori*, las reglas aplicables y vigentes en esta materia son las que contempla la nueva normativa legal aprobada en el año 2009.

El inciso a) del artículo 378 CPP establece una serie de reglas precisas atinentes a los lapsos máximos -ordinarios y extraordinarios- de la prisión preventiva en delitos de trámite complejo, cuyo fin no es otro que el de lograr esquivar los obstáculos procesales que puedan erigirse en entorpecimientos para una eficaz administración de justicia. En este acápite de la ley, se consigna que el plazo inicial del encarcelamiento sin sentencia puede extenderse hasta por **dieciocho meses** (al contrario del plazo de doce meses para delitos no complejos), prorrogables por el tribunal de apelaciones por otros **dieciocho meses** en caso de requisición del Ministerio Fiscal (mientras que en delitos de tramitación ordinaria la posible prórroga admite un máximo de doce meses), y finalmente, se dispone que en caso de sentencia condenatoria la prisión preventiva es extensible hasta por **ocho meses** más (y no por seis meses, como en los delitos comunes). Es decir, en el juzgamiento de delitos de trámite complejo, el límite máximo por el cual puede habilitarse el encarcelamiento es de **cuarenta y cuatro meses**, o lo que es lo mismo, tres años y ocho meses de prisión.

D.2.3. El plazo de duración de la prisión preventiva en la LCDO

El palmarés de las complicaciones surge, ante la configuración normativa que se puede observar en la LCDO. Los problemas aparejados a esta ley surgen desde el momento mismo en que se define lo que debe entenderse como “crimen organizado”, pues el predicamento de esta clase de delincuencias es tan amplio que prácticamente cualquier conducta puede eventualmente inscribirse como tal. El propio artículo primero de esta normativa legal define a la delincuencia organizada como «*un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves*»³¹⁶, y a su vez, se cataloga al delito grave

³¹⁶ Cf. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 8754, *Ley contra la Delincuencia Organizada*, de 22 de julio de 2009. Artículo 1.

como aquel que admita dentro de su rango de sanciones, la pena mínima de cuatro años de cárcel o más, con lo cual encontramos que una ingente cantidad de tipos penales del Código Penal y de las leyes especiales podrían asentarse dentro de esta noción. Sosteníamos que esta definición legal del crimen organizado es sumamente anchurosa, en el tanto deja cabida para que, prácticamente, cualquier cosa sea considerada como delincuencia organizada; además de que relega otros criterios más objetivos para definir este fenómeno, como por ejemplo los que se contienen en la denominada Convención de Palermo.

En efecto, en esta materia debería ser aplicable la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional, comúnmente denominada como “Convención de Palermo”, adoptada el 15 de diciembre de 2000 y ratificada en nuestro país mediante la Ley N° 8302, del 12 de setiembre de 2002. Esta normativa internacional consagra criterios más taxativos y estrictos para hablar de “crimen organizado”, por lo cual es más respetuosa de las implicaciones y cánones que dimanen del principio de legalidad y de los DD.HH. Entre los predicamentos para que se pueda hablar de la concurrencia de un delito de esta clase, la Convención de Palermo exige que el grupo criminal esté articulado por un mínimo de tres personas y no de dos como lo dicta la LCDO; se requiere, además, que el móvil o finalidad del crimen radique en la obtención de beneficio económico o algún otro de índole patrimonial; finalmente, ambas normativas recogen la idea de que “delito grave” es aquel que en su escala de sanciones contempla los cuatro años de prisión como criterio definitorio mínimo³¹⁷.

³¹⁷ Cf. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)*, del 15 de noviembre de 2000. Artículo 2, incisos a) y b). Sobre las más salientes implicancias de la aprobación de este convenio internacional y su contraste con la normativa legal de la LCDO, Sáenz Villalobos plantea una certera crítica: «Sobre este aspecto, se considera que resulta más acertada la definición dada por la Convención en cuanto al número de miembros del grupo, que la otorgada por la ley, pues la idea de crear un procedimiento especial para procesar a las bandas u organizaciones que se dedican a la delincuencia organizada, se plantea con el fin de dar un trato diferenciado a grupos peligrosos que actúan con una clara distribución de funciones y que lógicamente están conformadas por más de tres personas, pues las actividades que realizan requieren de muchos miembros. / En segundo lugar, otra diferencia que se presenta entre ambas definiciones, es que la Convención establece la particularidad de referirse al propósito del grupo, pues se menciona en el artículo, que éste comete uno o más delitos graves con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. En ese sentido, se enfatiza que el grupo busca un beneficio de carácter económico o material, el cual puede ser interpretado como un beneficio de carácter patrimonial. Por

No es más promisorio la regulación que se hace en esta ley, en relación con el rubro de la prisión preventiva para aquellos casos en que se haya decretado la tramitación de un procedimiento especial de delincuencia organizada. El artículo 7 de la LCDO, de una manera inadmisiblemente y carente de justificación, impla el plazo ordinario del decreto de reclusión provisional, estableciendo que la misma puede fijarse inicialmente hasta por **veinticuatro meses**. El numeral noveno de la legislación citada, se refiere a las posibles prórrogas de este plazo inicial e, igualmente es hartamente gravoso, ya que se autoriza que cada prórroga se extienda hasta por el lapso de un año (**un año** en la etapa preparatoria o intermedia, previa requisición de la agencia fiscal y previa autorización del Tribunal de Apelación de Sentencia; **doce meses** más, ante imposición de sentencia condenatoria por parte del Tribunal de Juicio; **doce meses** adicionales, previa resolución del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, en el sentido de convocar un juicio de reenvío y, finalmente, es posible que se imponga hasta por **un año** más, si la Sala de Casación así lo considera, a efectos de desarrollar un nuevo procedimiento de reenvío ante una instancia inferior). Efectuadas estas acotaciones, vislumbramos como posible, según el *statu quo* de la norma legal, que el lapso de prisión preventiva en el juzgamiento de la delincuencia organizada se perpetúe hasta por **seis años**; circunstancia esta que, de verificarse, convertiría a los principios de proporcionalidad y provisionalidad en un mero giro discursivo, en una fútil presunción retórica, en un principio jurídico baladí.

Por último, ha de rescatarse el punto -ya tantas veces sostenido en esta investigación- de que aplicar plazos especiales de prisión preventiva o medidas cautelares más gravosas según la clase del delito imputado a la persona, deviene *eo ipso* en un quebranto a las reglas que sobre el particular se establecen en el DIDH, ello sobre la base de que el encierro preventivo debe ser en todo momento una medida precautoria y no punitiva, por

el contrario, en la ley no se especifica cuál es la finalidad última de la organización, aspecto que hace más amplia la definición de delincuencia organizada.» Cf. Sáenz Villalobos, Stephanie (2011). *Análisis de la prisión preventiva: antes y después de la vigencia de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal y la Ley Contra la Delincuencia Organizada, en las jurisdicciones penales del I y II Circuito Judicial de San José, durante los años 2008 y 2009.* [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 59.

lo cual la decisión estatal de encarcelar previamente a una persona antes de sentencia, no puede estar moteada por consideraciones de fondo o por motivaciones implícitas tendientes a la retribución o a la prevención general o especial de la delincuencia.

En última instancia, ha de reconocerse que el problema inherente a las prisiones preventivas excesivas y a la razonabilidad de su plazo, se reconduce a la más general dificultad de la razonabilidad del plazo del procedimiento penal considerado como un todo. En este nivel del análisis, no podemos menos que concordar con Daniel Pastor en el sentido de que poco se lograría, si se legislaran plazos fatales para el encarcelamiento provisorio, si no se hiciera lo mismo en relación con el problema de la extensión temporal del proceso; pues, aunque existiese y se cumplierse efectivamente, en un caso concreto, un plazo inexorable de “legitimidad” de la prisión preventiva, siempre estaría latente la posibilidad de volver a encarcelar al imputado, si así lo requiere “la buena marcha del procedimiento”. Los perniciosos efectos de esta dicotomía podemos observarlos en la propia jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional, la cual -como vimos *in supra*- ha estatuido la posibilidad de ampliar la orden de detención, incluso por encima de los plazos ordinarios y extraordinarios de la prisión preventiva, en lo que ha sido denominado por la doctrina como la “relativización de los plazos máximos de prisión preventiva”³¹⁸.

Todos estos problemas se zanjarían, si se llegara a identificar el plazo razonable de la prisión preventiva con el de duración del proceso penal íntegro, puesto que en este caso ya no existiría la posibilidad ni la facultad legal de seguir asegurando los fines procesales del juzgamiento y se disiparían también las posibilidades de fuga; pues no existiendo proceso jurídico válido que tramitar, tampoco posibilidades de evasión de la justicia. Además, con una medida como la propuesta, se llegarían a tutelar de una mejor manera los derechos y prerrogativas de la víctima a una justicia célere y cumplida y al propio imputado se lo apartaría de la continua incertidumbre provocada por la pendencia de una acusación irresoluta en su contra, cual espada de Damocles. Con un tono sardónico, y empleando las construcciones teóricas de la CEDH, Pastor se refiere justamente a estos aspectos:

³¹⁸ Cf. *Supra*, Sección D.2.1., y nota al pie N° 314.

«Los plazos de duración de la prisión preventiva deben ser tomados jurídicamente en serio y no como lo hace la jurisprudencia dominante que, en un caso patológico de arbitrariedad judicial, sostiene que el plazo de la prisión preventiva (o del proceso) no se mide en días, semanas, meses o años y que, cumplido (aunque, por lo antedicho, ningún ser humano sepa cuándo), no impide necesariamente que la prisión preventiva (o el proceso) continúe válidamente. ¡Vaya noción de plazo! Esta jurisprudencia fatiga la tolerancia del jurista con su idea acerca de que cumplido el plazo máximo fijado por la ley para la duración de la prisión preventiva la liberación del imputado no es automática y hay que examinar todavía si subsiste el temor de que se fugue. Este argumento marcadamente decisionista no parece percatarse (o no quiere percatarse) de que el imputado estaba aún en prisión preventiva, al cumplimiento del plazo, porque había temor de fuga.»³¹⁹

A manera de ilustración de todo lo que aquí se ha referido, repárese en el siguiente cuadro sinóptico, donde se contiene la síntesis de la regulación normativa de los plazos de prisión preventiva para el procedimiento ordinario, el procedimiento en asuntos de tramitación compleja y el procedimiento especial en materia del crimen organizado; según los postulados del CPP y de la LCDO:

³¹⁹ Pastor, Daniel (1993). *El encarcelamiento preventivo*, en Maier, Julio B.J. (coord.) El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., pp. 44ss. Lo subrayado no pertenece al original.

<u>Plazos de prisión preventiva</u>	<u>Procedimiento ordinario</u>	<u>Procedimiento para asuntos de tramitación compleja</u>	<u>Procedimiento especial para el juzgamiento de la delincuencia organizada</u>
Plazo inicial	12 meses	18 meses	24 meses
Prórroga por el Tribunal de Apelaciones	12 meses	18 meses	12 meses
Prórroga ante sentencia condenatoria	6 meses	8 meses	12 meses
Prórroga por reenvío decretado por el Tribunal de Apelaciones	6 meses	6 meses (*)	12 meses
Prórroga por reenvío decretado por la Sala de Casación	6 meses	6 meses (*)	12 meses

(*) La ley no regula de manera específica, un plazo adicional de prisión preventiva ante el reenvío en los delitos de tramitación compleja; de manera que el plazo de seis meses que se indica en la tabla, se asigna por analogía.

D.3. LA REFORMA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DE CARA AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Expuestas ya, en el cuerpo de este trabajo, las principales derivaciones conceptuales de la Corte IDH y de otros órganos internacionales sobre el tema de la prisión provisional, así como las posiciones que en torno a la misma gravitan en el ordenamiento jurídico-penal costarricense -tanto a nivel legislativo como jurisdiccional-; resta ahora el someter estos temas por el tamiz del análisis crítico, a fin de determinar si en el medio jurídico costarricense se están cumpliendo o no los estándares convencionales, o bien, dilucidar si es estrictamente necesario e indelegable su acatamiento.

En última instancia, lo que se encuentra aquí en el centro del debate es un modelo más amplio y genérico de lo que debería ser el Derecho, de lo que los estados podrían o no incorporar en los textos legislativos que aprueban, de si los derechos ciudadanos considerados “elementales” son o no indisponibles. Y es que la polémica acerca de la vigencia y la primacía del DIDH se reconduce finalmente hacia una cuestión iusfilosófica; puesto que la decisión sobre si se le dará realce o se reconocerá un mayor valor a las convenciones sobre DD.HH., o por el contrario, sobre si el carácter de estas últimas es solo enunciativo y programático y no vinculante, es un asunto en el que incide sensiblemente la política interna de cada estado y que, por ende, se supedita a la cosmovisión particular de cada sociedad. Con todo, y como lo resaltábamos al inicio, ha de reconocerse que en Costa Rica, siguiendo las reglas del positivismo jurídico y en virtud de recientes determinaciones legislativas y jurisprudenciales; los tratados internacionales, y en especial aquellos relativos a DD.HH., han adquirido una connotación particularizada al fungir como parámetro de constitucionalidad y al colocarse al mismo nivel que la Carta Magna o incluso por encima de esta, en la medida que reconozcan o brinden una mayor protección a la ciudadanía.

Estas conclusiones se ven favorecidas con la reforma parcial practicada a nuestra Constitución Política, en virtud de la aprobación de la Ley N° 7129, del 18 de agosto de 1989, la cual varió el texto del artículo 48 de la Carta Fundamental a efectos de que la recién creada Sala Constitucional pudiese controlar la adecuación y la conformidad de los

actos del poder público con respecto al DIDH. Es útil reparar *ad litteram* en lo que este artículo regula: «*Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas 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 de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.*»³²⁰

En el mismo entender, y complementando las posibles lagunas que pudiesen existir sobre el tema en nuestro texto fundamental; la Sala Constitucional³²¹ vino a zanjar definitivamente la cuestión, argumentando la prelación óptica y axiológica de las proclamas de los tratados de Derechos Humanos respecto de la legislación ordinaria, afirmándose expresamente que ante oposición entre lo que se dice en la Constitución y lo proclamado en los textos internacionales sobre la materia, ha de primar aquel instrumento normativo que asegure mayores derechos y garantías para el colectivo social. Considérese lo que al respecto afirmó nuestro contralor de constitucionalidad:

³²⁰ Cf. Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 48. Lo subrayado no pertenece al original.

³²¹ En el ordenamiento jurídico costarricense, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia está investida como el único y definitivo intérprete del Derecho de la Constitución, según puede advertirse de la relación armónica y sistemática de los artículos 10 y 48 de la propia Carta Magna, en adición a los artículos 1, 2 inciso b), 13 y 14 de la Ley N° 7135, Ley de la Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre de 1989. En tal condición, está habilitada para interpretar el contenido formal y sustancial de los preceptos constitucionales y los relativos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, validados y refrendados en nuestro país según los cauces formales atinentes. Así, es señero y ejemplificativo el número 1 del referido texto legal, que determina como atribución de la jurisdicción constitucional la de «*regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.*»

«V. PRECEDENTES DE ESTA MISMA SALA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

(...) La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país sirven en primer término, como lo indica la norma, como parámetros de decisión en los procesos de hábeas corpus y de amparo, pero en la jurisprudencia de la Sala también se acude a ellos en la decisión de cualquier asunto que se somete a su conocimiento y resolución, fundamentalmente porque el papel central que cumple, es el de garantizar el principio de supremacía de la Constitución, hoy, como se ve del artículo 48 citado, extendido más allá y por encima del mero texto constitucional. En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los "instrumentos internacionales", significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las —Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense. En este sentido puede citarse la sentencia N°2000-07484, del veinticinco de agosto último, en que por virtud de un hábeas corpus formulado por un recluso, esta Sala condenó al Estado por violar esas Reglas Mínimas, particularmente por el hacinamiento y falta de higiene constatadas en un centro penitenciario. En esa misma fecha, también se estimó un recurso de hábeas corpus planteado en favor de unos ciudadanos panameños que habían ingresado al país con visa de turismo y que, según las autoridades de Migración, solamente permitía —fiés de recreación” y que fueron sorprendidos ejerciendo una protesta pacífica ante las instalaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde pendía su caso, originado en alegadas violaciones a sus derechos por parte del Gobierno de la República de Panamá. Se les detuvo y se les iba a deportar, de modo que la Sala anuló las resoluciones que en tal sentido se habían dictado, porque, como se nota, sería absurdo que al ser Costa Rica sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impida a quienes tengan pendientes casos ante ella, entre ellos extranjeros, expresarse en forma pacífica y pública a favor de los derechos que considere les asisten (Sentencia N°2000-07498).

*Dentro de ese orden de ideas, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, en tratándose de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales “**tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución**” (Sentencia 2313-95).»³²²*

Con esta decisión, el Tribunal Constitucional puso fin a la acre disputa que había surgido en relación con el valor jurídico de los tratados internacionales; dicha disputa, con antelación a estos fallos, había sido oscilante, por ejemplo, la redacción original del artículo 7 de la Carta Política patria no aludía a la fuerza normativa de los instrumentos internacionales, en tanto que la Corte Plena sostuvo en su momento que esta normativa desplegaba supremacía respecto a las leyes ordinarias pero era inferior a la Constitución en fuerza y resistencia³²³. Por otra parte, ha de insistirse en el punto de que esta novedosa postura de nuestra Sala Constitucional se encuentra en armonía con la tendencia de la mayor parte de la doctrina e incluso con la propia jurisprudencia internacional e interna. A manera de ejemplo, baste referir la opinión del jurista Marco Feoli, quien señala de forma categórica -adhiriéndose al planteo de Norberto Bobbio³²⁴- que, si bien los principios generales del Derecho pueden revestir un aspecto etéreo e inasible dada su dimensión meta-normativa, se convierten en exigibles al recogerse en normas jurídicas vinculantes:

³²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2000-09685, de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del uno de noviembre de dos mil. Lo resaltado pertenece al original. Cf., en este mismo orden de ideas, las siguientes sentencias de la Sala Constitucional: N° 2771-2003, de las once horas cuarenta minutos del cuatro de abril de dos mil tres; N° 6830-98, de las quince horas seis minutos del veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho; y N° 4392-2002, de las dieciséis horas con veintidós minutos del catorce de mayo de dos mil dos.

³²³ Corte Plena. Resolución de las trece horas treinta minutos del veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y seis; adoptada en sesión extraordinaria. Cf. Acta de Corte Plena N° 28-86, p. 25.

³²⁴ Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los Derechos*. Madrid, España: Sistema, p. 91.

«Se entiende hoy que el nacimiento de los derechos fundamentales, se encuentra vinculado al surgimiento del Estado moderno. El paso del Estado liberal está marcado, por la relación entre Estado y derechos fundamentales. El carácter verdaderamente vinculatorio de los derechos fundamentales se alcanza una vez que aquellos se regulan normativamente. Hay que tener presente como dice Bobbio que mientras esos derechos fueron una teoría filosófica, podrían ser considerados universales. Pero esa universalidad carecía de eficacia jurídica. En el momento en que se incorporan a los textos constitucionales, su protección adquiere otro matiz. La entronización de los derechos fundamentales como categorías definitorias, no sólo de una moralidad básica -sustentada en la dignidad humana- sino también de una juridicidad básica, significan un replanteamiento fenomenológico del Estado, que se entiende ahora como Estado Constitucional de Derecho, expresión sincrética que refleja la satisfacción de derechos reivindicados en diferentes etapas históricas. El significado político de los derechos fundamentales tiene en su consagración constitucional, su fuente de legitimidad.»³²⁵

Avezadas posturas doctrinarias, tanto nacionales como foráneas, se han externado en sintonía con las proclamas que abogan por la primacía del DIDH sobre las reglas del Derecho interno de cada uno de los estados. Es este el caso de Eduardo Jiménez de Aréchaga, quien desarrolla la idea del carácter auto-ejecutivo (*self-executing*) de los derechos y los postulados jurídicos de normas internacionales incorporadas en tratados y convenciones, como por ejemplo los de la CADH: *«Se requieren dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.»³²⁶* Reconociendo también el carácter auto-ejecutivo de los tratados que

³²⁵ Feoli Villalobos, Marco F. (2010). *Sistema de justicia y prisión preventiva: entre el iure y el facto*, en Hermenéutica. Revista Jurídica Estudiantil. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. N° 19-20, noviembre de 2010, p. 104.

³²⁶ Jiménez de Aréchaga, Eduardo (1998). *La Convención Americana como Derecho Interno*, en Normas vigentes en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, p. 34.

incorporan materia de DD.HH., el autor Lorenzetti reconoce que en el momento en que una norma jurídica de este talante es debidamente aprobada y ratificada por los países signatarios, estos efectúan una especie de “renuncia” a una porción de su soberanía, reconociendo a los referidos tratados como parte integrante e indiscernible de un “bloque de constitucionalidad” más amplio que el texto constitucional propiamente dicho, como se aprecia:

«El análisis de los tratados como fuente de Derecho y su relación con el orden interno ha ido evolucionando. En la etapa histórica del surgimiento de las Naciones, la doctrina jurídica elaboró una teoría acorde con ello. Es una posición basada en la soberanía tal como se la entendió en el siglo XIX: toda regla de Derecho es estatal y el Estado se identifica con la Nación. El tratado internacional es algo inicialmente extraño al Derecho interno; necesita ser adoptado mediante una ley. El mundo ha ido cambiando y poco a poco se va conformando un sistema jurídico internacional que pretende establecer pautas mínimas o fundantes. Las Naciones no pueden ignorar este fenómeno, puesto que, de lo contrario, quedarían aisladas; (...) se pretende que el Derecho interno, en algunos aspectos, se vaya asemejando a los tratados internacionales.»³²⁷

³²⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis (2011). *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, pp. 135-136. Lo subrayado no pertenece al original. En idéntica opinión, el autor Pedro Nikken transcribe las implicancias del moderno DIDH señalando su prelación jurídica respecto a las normas de los ordenamientos internos: «Como ejecutor de la Convención, cada Estado parte está sujeto a ciertos deberes cuyo incumplimiento puede acarrear su responsabilidad internacional. Entre esos deberes se sitúa, con especial jerarquía, **el de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los requerimientos de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.** Este asunto ha sido abordado y resuelto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha venido precisando el sentido y alcance de la obligación legislativa de los Estados en lo que se refiere a la garantía jurídica de los derechos humanos protegidos por la Convención en el orden interno. De la jurisprudencia de la Corte pueden extraerse cuatro postulados, a saber: a) la obligación de adoptar medidas legislativas es inmediatamente exigible; b) legislar a favor de la Convención; c) abrogar las normas domésticas incompatibles con la Convención; y, d) jamás legislar contra la Convención.» Cf. Nikken, Pedro (s.f.). *Derecho internacional y Derecho interno en materia de derechos humanos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. XXV Curso Anual Interdisciplinario, pp. 4-5. Lo resaltado no pertenece al original. Estos mismos planteos se sistematizan ya, pingüemente y con la misma intensidad, en la opinión consultiva de la Corte IDH OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención” (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 09 de diciembre de 1994.

D.3.1. El principio de la buena fe convencional

El principio de buena fe convencional determina una obligación programática de cumplimiento de los contenidos de un instrumento internacional, por parte de los estados signatarios. Este postulado supone que en el momento en que se aprueba un tratado internacional, sus reglas deben ser cumplidas de buena fe por las partes firmantes; de manera que la normativa interna -de la clase o jerarquía que fuere- que contraríe las proclamas del instrumento internacional han de ser reformadas o al menos morigeradas, precisamente con el propósito de cumplir de buena fe las normas internacionales.

La tesis antecedente es desarrollada en cierto modo por Castillejos Cervantes, quien al comentar una reforma operada a la constitución mexicana en el año 2011, con el objeto de incorporar expresamente el DIDH como parte del bloque de constitucionalidad, señala la novedad y la utilidad de esta determinación:

«El Derecho constitucional en materia de derechos humanos ya no puede ignorar los avances logrados por el Derecho internacional público, pues ante el reconocimiento de jurisdicciones supranacionales, las normas internas eventualmente podrán ser cuestionadas ante esas jurisdicciones a la luz del Derecho internacional. A fin de cuentas, la tendencia mundial es a la subordinación del Derecho constitucional al internacional en materia de derechos humanos, por propia disposición del primero, que reconoce su supremacía, o, como en nuestro caso, al incorporar principios de interpretación que llevan a la inaplicación de lo constitucional por mayor beneficio a la persona por lo internacional. El nuevo artículo 1º constitucional dice: —Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia—. Impone como principios de interpretación el pro homine así como los de progresividad, interdependencia, universalidad e indivisibilidad.

De esta norma se sigue que los derechos humanos deben aplicarse mediante una “interpretación conforme” en la que congenien los derechos constitucional y el de los tratados, así como la jurisprudencia sobre los mismos. De no poder interpretar armónicamente sus normas por existir contradicción entre uno y otro, debe estarse al principio pro homine y de progresividad, de manera que el Derecho constitucional sólo prevalece al internacional de los derechos humanos cuando establezca una protección más

*amplia al derecho en cuestión; de lo contrario, debe estarse a lo establecido en los tratados y en la jurisprudencia o interpretación generada por sus órganos especializados.»*³²⁸

Estas mismas aserciones han encontrado una aceptación intermitente pero cada vez más sostenida y mayoritaria desde distintos enfoques teóricos, normativos y jurisprudenciales; demostración irrefragable de ello es la clásica regla del *pacta sunt servanda*, sentada en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que dicta que «(...) *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*»³²⁹. Es decir, el espíritu de la norma positiva internacional acabada de mencionar impone a los estados la obligación de cumplir los contenidos de los instrumentos internacionales que hayan aprobado, de manera que no se hagan nugatorias ni queden en el simple papel las reglas ahí incorporadas. En consecuencia, no sería lícito, razonable, ni coherente el que un estado se guarezca en las normas de su derecho interno, con el fin de incumplir un tratado internacional debidamente aprobado y ratificado, pues ello equivaldría a desnaturalizar su contenido y -en cierta medida- a traicionar sus promesas. Precisamente para prevenir estas posibles actuaciones de mala fe de parte de los estados, la Convención citada enuncia en su numeral 27: «**27. El derecho interno y la observancia de los tratados.** *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*»³³⁰

Daniela Nicoleta Popescu hace derivar el principio de *pacta sunt servanda* en la regla de la voluntad soberana de los estados y, en este nivel, se nos citan los constructos doctrinarios del neopositivismo jurídico³³¹ -cuyo más conspicuo expositor es el austriaco Hans Kelsen-

³²⁸ Castillejos Cervantes, Humberto (2011). *¿Estamos ante los estertores de la prisión preventiva?*, en Revista El Mundo del Abogado. México D.F., México. N° 150, octubre de 2011, página web.

³²⁹ Cf. Organización de las Naciones Unidas. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, del 23 de mayo de 1969. Art. 26.

³³⁰ Cf. Organización de las Naciones Unidas. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, del 23 de mayo de 1969. Art. 27. Lo resaltado pertenece al original.

³³¹ A pesar de que la teoría jurídica sistematizada por Kelsen es de corte positivista, no se dejan de lado algunos intersticios por donde se cuelan elementos propios del naturalismo jurídico; como por ejemplo, su concepción acerca de la existencia de una “norma hipotética fundamental”, la conciencia moral de la población, entre otros. Incluso, Kelsen afirmaba que la moral constituía parte de la justicia o la implicaba de

según el cual los tratados internacionales cobran fuerza jurídica en atención a la voluntad de cada parte contratante en los mismos, que los aceptan, los incorporan a sus ordenamientos en una escala jerárquica superior a la ley ordinaria y se obligan a cumplir sus postulados. Se nos explicita lo siguiente:

«Con todas estas críticas, la doctrina positivista, adaptada a las presentes realidades normativas internacionales, permanece como la única que puede explicar realista y jurídicamente el proceso de formación de la ley internacional a través del acuerdo de la voluntad de los estados sobre esta base -las obligaciones derivadas de los tratados-. El libre consentimiento de los estados en todas las fases de la celebración del tratado y en cuanto a la entrada en vigor es, y sigue siendo, de acuerdo con la Convención de Viena de 1969, el criterio determinante acerca de la validez y la obligatoriedad de los mismos, así como de la producción de los efectos jurídicos que los estados partes han tenido a la vista.»³³²

De todos modos, ha de enfatizarse en el punto de que la necesidad de la observancia rigurosa de los tratados válidamente adoptados, apareció en los tiempos más antiguos de la práctica de celebración de tratados y convenciones entre distintos grupos humanos y esta obligación de respetar los tratados, ha cristalizado y se ha generalizado en el curso de las centurias³³³. A la base del reconocimiento legal y jurisprudencial de este principio, se encuentra la regla según la que cada parte debe respetar la palabra dada en las relaciones

modo necesario; pero no exclusivamente, sino como un elemento anexo interconectado con la justicia (que es uno de los fines del Derecho). Así, en su Teoría pura del derecho dijo que «*en tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y Derecho*». Cf. Kelsen, Hans [1934]. *Teoría pura del derecho* [Traducción de Roberto J. Vernengo; 1982]. 2º ed. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Ciudad Universitaria, p. 67.

³³² Popescu, Diana Nicoleta (2009). *The principle pacta sunt servanda: doctrine and practice*, en Lex et Scientia International Journal. Bucarest, Rumanía: Universitatea Nicolae Titulescu. N° XVI-1, enero de 2009, p. 131. La traducción es propia.

³³³ Baste solo una muestra de ello: ya en el preámbulo de la Carta de la ONU, aprobada en San Francisco, California; se afirmaba que uno de los cometidos fundacionales de la organización radicaba en «*crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional*». Idénticas consideraciones caben respecto al principio rector de las relaciones internacionales contemplado en el artículo 2.2 *idem*, que propugna que «*[l]os Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*». Cf. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. *Carta de las Naciones Unidas*, del 26 de junio de 1945. Preámbulo y art. 2.2. Lo subrayado no pertenece al original.

contractuales. Sobre este necesario respeto a la palabra dada, se cimienta precisamente la noción convencional de la “buena fe” (*bona fides*) en el cumplimiento de las obligaciones.

Según estas apreciaciones, no obstante la regla por la cual los mecanismos de protección impuestos en el marco de un tratado internacional operan, solo de forma subsidiaria a los recursos y las instancias contemplados en la legislación interna de cada estado, debe indicarse que el texto de las convenciones supranacionales debe ser cumplido de una u otra forma. Sobre este mismo tópico el propio ordinal primero de la CADH, alude a la obligación de los estados de garantizar en el ámbito de su soberanía y del ejercicio de su jurisdicción, el respeto a los preceptos de la propia Convención: *«Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. 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.»*³³⁴

³³⁴ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 22 de noviembre de 1969. Artículo 1.1. Lo subrayado no pertenece al original. Sobre esta misma regla de la subsidiariedad de los postulados contenidos en la CADH y en otros tratados y convenciones de DI, se ha pronunciado con acierto la jurisprudencia de la Corte IDH, por ejemplo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras: «165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, “(...) la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (**La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).” / 166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica 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. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.». Cf. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo), pars. 165-166.

Acercándonos a las construcciones doctrinarias que aquí se han reseñado, debemos concluir que la opinión de la doctrina mayoritaria estriba en predicar fuerza obligatoria a los cánones de los instrumentos internacionales de DD.HH., en razón de que la voluntad de los estados al aprobar un tratado o un convenio de este talante no puede ser otra sino la de “despojarse” de algunas cuotas de su propia soberanía, en aras del respeto debido a los derechos de la ciudadanía. La jurisprudencia de los órganos internacionales, en cuanto “derecho vivo y aplicado”, y en su carácter de legítima intérprete y censora de los postulados y de las derivaciones jurídicas del texto de los tratados, también ha de ser respetada, puntualmente y sin ninguna clase de dilaciones o subterfugios, por los estados adherentes al respectivo convenio, en cumplimiento del principio de buena fe convencional³³⁵. Un proceder de los órganos de la jurisdicción interna encaminado a desechar deliberada o veladamente la opinión constante y sostenida de las cortes internacionales, equivaldría a una auténtica insensatez; puesto que con un accionar de este tipo se quebrantaría la médula del principio de la buena fe convencional y, junto con ello, el estado respectivo se expondría a que en su contra se emitiesen condenatorias similares a las que han dado pie a la jurisprudencia que controvierte o que inaplica³³⁶.

³³⁵ Podemos hallar una confirmación de ello, para el problema de la jerarquía de fuentes de derecho en el ordenamiento interno, en lo preceptuado por el numeral 7.1 de la Ley General de la Administración Pública, que alude al valor jurídico de las normas no escritas (la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho): «*Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.*» Cf. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 6227, *Ley General de la Administración Pública*, del 02 de mayo de 1978. Artículo 7.1. Lo subrayado no pertenece al original. Traslapando estos prenotandos al DIDH, no existiría óbice válido al reconocimiento de la vigencia y eficacia normativa de la jurisprudencia internacional; pues se trata de construcciones normativas elaboradas por órganos técnicos, y que ciertamente constituyen los más autorizados intérpretes del tratado respectivo, por lo que la jurisprudencia de estas instancias tendría el mismo rango de la convención que les otorga su particular competencia jurisdiccional.

³³⁶ La doctrina nacional ya ha tenido la oportunidad de exponer los efectos cada vez más vinculantes e incisivos que ha venido desplegando la jurisprudencia de las cortes internacionales, la cual paulatinamente ha ido permeando en distintos ámbitos del derecho interno de cada uno de los estados. Adepto de esta idea es Enrique Castillo: «(...) *no puede dejar de tomarse en cuenta la penetración que han ido logrando las normas internacionales, por medio de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los sistemas internos de Derecho Penal de los países de la región. En varios de ellos, los órganos judiciales y, particularmente, los tribunales constitucionales, han ido asentando como normas de derecho interno aquellas que provienen de los instrumentos internacionales, en especial de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Se discute si los países tienen algún margen discrecional para*

El texto de la CADH o de cualquier otra convención internacional -especialmente aquellas que innovan o que incorporan materia de DD.HH.- puede ser transgredido de múltiples maneras; aquí podemos efectuar una breve enumeración no taxativa: mediante actuaciones materiales de los órganos de policía o de algún otro agente estatal, a través de la emisión de decretos ejecutivos o cualquier otra normativa infralegal, responsabilidad internacional por actividad legislativa, responsabilidad por omisión legislativa o administrativa, a través de la ausencia de investigación oportuna de delitos o de otras violaciones a la convención respectiva y, finalmente, incluso puede producirse responsabilidad por la emisión o el mantenimiento de normas constitucionales contrarias a la protección debida a los DD.HH.³³⁷ Debe resaltarse que para la Corte IDH es indiferente la circunstancia de que la

adaptar esas normas a las realidades locales. Los órganos interamericanos, la Comisión y la Corte, se niegan a aceptarlo pero, como quiera que sea, la vigencia interna de los principios se abre camino.» Cf. Castillo Barrantes, Enrique (2007). *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Penal y Procesal Penal internos*, en Llobet Rodríguez, Javier (coord.) Justicia penal y estado de derecho. 1° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 78.

³³⁷ La Corte IDH se ha referido de modo abundante, a las variopintas formas en que el articulado de la CADH puede ser quebrantado por los estados que la han rubricado y aceptado regirse por sus preceptos, veamos: «26. *Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.* / 27. *En estas circunstancias, no debe existir ninguna duda de que la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podría expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. Dicho de otro modo, el hecho de que se trate de “leyes internas” y de que estas hayan sido “adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución”, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.* / 28. *Podrían mencionarse situaciones históricas en las cuales algunos Estados han promulgado leyes de conformidad con su estructura jurídica pero que no ofrecieron garantías adecuadas para el ejercicio de los derechos humanos, impusieron restricciones inaceptables o, simplemente, los desconocieron. Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional “no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos” (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra 25, párr. 22). (...) 30. En el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado.» Cf. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-13/93, “Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 16 de julio de 1993; pars. 26, 27, 28 y 30.*

En el mismo sentido, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención” (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 09 de diciembre de 1994; pars. 30-40. En esta última oportunidad se dijo de modo

normativa contraria al ordenamiento jurídico internacional -ya se trate de una disposición con rango de ley, ya estemos ante norma inferior a la ley- haya sido aplicada en un caso concreto, estimándose que la Convención deviene violentada desde el momento mismo de la adopción de la norma contraria a los postulados del DIDH³³⁸.

D.3.2. El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano

Con el objeto de promover de una manera concertada el desarrollo económico, el progreso social y cultural común y los procesos de diálogo multilateral y toma de decisiones a nivel regional, veintiuna naciones del hemisferio occidental se reunieron en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada el 30 de octubre de 1948, en la ciudad de Bogotá; en este evento dieron origen a la firma de la Carta de la OEA, mediante la cual este órgano regional entraba en operaciones.

No obstante, los primeros esfuerzos dirigidos a la cooperación y a la asistencia en el ámbito del panamericanismo, pueden encontrarse ya desde el preludio de la vida independiente de las jóvenes repúblicas hispanoamericanas, otrora piezas territoriales de la Monarquía Española. Y ello porque ya en el Congreso Anfictiónico de Panamá de 1826, promovido de manera entusiasta por el libertador Simón Bolívar, se llegaron a delinear las plataformas para una “Unión, Liga y Confederaciones Perpetuas” de las naciones americanas; dicha organización tendría el cometido de garantizar la seguridad general, en caso de ataque contra un estado americano, defender recíprocamente la integridad territorial de las naciones coaligadas y procurar en general la solución pacífica de las controversias entre los estados miembros. Thomas Buergenthal *et al*, aluden ya a esta prolija trayectoria histórica

contundente que: «[e]s indudable que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, **comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.**» Cf. Corte IDH. *Op. ult. cit.*, par. 36. Lo resaltado no pertenece al original.

³³⁸ Así, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención” (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 09 de diciembre de 1994; par. 39.

del movimiento panamericanista, efectuando un compendio analítico desde los orígenes del mismo³³⁹.

Como una de las más importantes funciones de la OEA se ubica, también, la promoción, la defensa y la vigilancia de los derechos humanos en los distintos focos geográficos del continente. Se crea así un conjunto de órganos, la CIDH y posteriormente la Corte IDH, por la cual la defensa de los derechos fundamentales a nivel supranacional adquiere un matiz de subsidiariedad; en primer lugar, corresponderá a los estados miembros la garantía de estos principios jurídicos a nivel interno y cuando el ordenamiento estatal no satisfaga de manera convincente estos derechos constitucionales, entonces se abre el portal para que pasen a operar las instancias regionales del Derecho Internacional Americano. Un avance de enorme envergadura para la garantía de los derechos humanos en el continente se da con la adopción de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, la cual surge a la vida jurídica mediante la Resolución XXX de la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948); la cual ostenta un papel de primacía entre otros textos de su progeie, anticipándose incluso seis meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948).

³³⁹ «En un sentido general, la Organización de los Estados Americanos, establecida en 1948, y el Sistema Interamericano, son sinónimos. No obstante, el Sistema Interamericano, como tal, antecedente a la Carta de la O.E.A., la cual, vista en perspectiva histórica, puede calificarse como la manifestación política actual de un sistema regional que continúa evolucionando. Los orígenes del Sistema pueden retrotraerse hasta el Congreso de Panamá, de 1826, al que Simón Bolívar demandó estudiar la posibilidad de una confederación de Estados Latinoamericanos. El Tratado de Unión Perpetua, Liga y Confederación adoptado en él habría unido a Colombia (que incluía Ecuador, Panamá y Venezuela), a México, a Centroamérica y al Perú, pero sólo Colombia lo ratificó. No obstante, este Congreso fue el precursor de una serie de reuniones regionales para considerar la defensa recíproca y otras formas de cooperación. Antes de 1890, estas reuniones, o congresos, se convocaban para responder a problemas o necesidades específicos; pero fueron institucionalizados a raíz de la Primera Conferencia Internacional Americana (Washington, D.C., 1889-1890), la cual estableció la “Unión Internacional de las Repúblicas Americanas”, con la función de promover la colección y distribución de información comercial. Sus fines habrían de ser realizados por la “Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas”, que se creó al mismo tiempo. Tales conferencias internacionales de los Estados Americanos se reunieron regularmente hasta 1938, con una interrupción causa por la I Guerra Mundial. (...) En unos pocos años más, se suscribieron el Tratado de Asistencia Recíproca (1947), conocido también como “Tratado de Río de Janeiro”, y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Bogotá, 1948).» Buergenthal, Thomas; Norris, Robert; Shelton, Dinah (1983). *La protección internacional de los Derechos Humanos en las Américas*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro S.A. - Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 27-28.

La CIDH, uno de los principales órganos de la OEA, surge con motivo de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1950). Esta nueva instancia debía cumplir funciones de protección de los derechos inalienables de la persona humana, reconociendo a la paz como el fundamento de la dignidad intrínseca del hombre. La función de la CIDH se restringía a aspectos meramente consultivos y orientativos; tiene la capacidad de formular informes y recomendaciones para la protección de los derechos humanos, pero desprovistos de fuerza coercitiva. Por su parte, ya desde el año 1948, se hace notar la preocupación de algunos estados por crear una corte regional destinada a procurar la vigencia irrestricta de los derechos del hombre, esfuerzos que finalmente hallan su concreción con motivo de la promulgación de la Convención Americana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica; 1969); en que se dota a la recién creada Corte IDH de la potestad de emitir fallos en casos contenciosos, pronunciar opiniones de carácter consultivo y dictar medidas provisionales, de obligatorio acatamiento para los estados americanos que reconozcan su competencia. En realidad, este fenómeno hacia la decidida protección de los DD.HH. en el continente, que ha cobrado un mayor énfasis a partir de la segunda mitad del siglo XX; hace parte de un más amplio proceso de reconocimiento de derechos y principios propios del Derecho Natural en textos jurídico-positivos internacionales, tanto a nivel universal (Carta de la ONU, sus declaraciones y protocolos), como regional (cartas y convenciones de DD.HH. en Europa y África):

«En consecuencia, siendo las normas de derechos humanos de —Jus Cogens— o sea normas imperativas aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, no puede concluirse que el respeto de los derechos humanos sea un asunto que corresponde exclusivamente a cada Estado sino obligación fundamental de todos los Estados que tiende a reconocer la dignidad y valor de la persona humana y valores como la libertad, la justicia y la paz. En el considerando 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se dice que es —esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión—. Se refiere sin duda al hecho de que hay unos principios éticos que se reflejan en todos los hombres (en la humanidad) y deben ser respetados y cumplidos por todos los pueblos y por todos los Estados.»³⁴⁰

³⁴⁰ Recasens Siches, Luis (1965). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México D.F., México: Editorial Porrúa S.S., p. 499.

La CADH, texto normativo fundamental del SIDH, establece una aglutinación de derechos fundamentales mínimos, cuya aplicación debe ser puntualmente respetada por los estados signatarios, de acuerdo con los postulados del *pacta sunt servanda* y el principio de la buena fe convencional. Más aún, como hemos observado, el propio artículo 2 de la CADH establece una regla que obliga a los estados partes a adecuar su derecho interno para acoplarlo a los postulados convencionales en donde haya disensión normativa -inclusive tomando las medidas administrativas, judiciales o legislativas, que fueren precisas, para el logro de estos fines-. No obstante, debe reconocerse que estas normas programáticas, muchas veces son irrespetadas incluso por los gobiernos que deben implementarlas y, en otras ocasiones, se apela deliberadamente a la sanción de leyes y de otros actos normativos que se ubican en las antípodas -en lo formal y en lo sustancial- de las reglas recogidas en la CADH y otros textos de DD.HH.

Frente a la constatación del referido fenómeno, la jurisprudencia de la Corte IDH y en los últimos años también la doctrina, se han abocado al estudio de esta peculiar situación, de este divorcio palpable entre el ser y el deber-ser, entre la realidad jurídica y el mundo ideal de las leyes. A grandes rasgos, la situación es similar a la que se presenta cuando en el ámbito del ordenamiento interno, se suscita un “conflicto de constitucionalidad de las leyes”: aquí, el andamiaje de normas y de fuentes de derecho dispone de mecanismos que hacen valer el principio de supremacía de la Constitución Política, disponiendo la inaplicabilidad de la ley o del acto normativo infralegal que se contraponga al texto de la Carta. Por paridad de razones, desde hace algunos años la Corte IDH ha incorporado a la palestra de discusión jurídica la noción del “control de convencionalidad”, como mecanismo propicio para hacer valer el DIDH, el cual sería aplicable por igual tanto en la judicatura ordinaria como en la jurisdicción de las cortes internacionales y supranacionales:

«Los órganos jurisdiccionales locales –y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional– ejercitan el llamado control de constitucionalidad que importa una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos

hablar entonces de un contralor concentrado, típico de algunas Constituciones Europeas, a partir de la Austriaca de 1946, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines; o en su caso –como es por demás sabido–, del control difuso que debe ser llevado a cabo, como en Estados Unidos y en Argentina, por todos y cada uno de los magistrados judiciales.

Pero como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos de los Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso Myrna Mack Chang el “Control de Convencionalidad”, lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado, como luego veremos, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo.»³⁴¹

Téngase en cuenta que la función de la Corte IDH no es la de sustituir o la de avocarse los papeles y las funciones que deben cumplir los órganos judiciales internos de los estados partes, sino la de evaluar la conformidad o divergencia de su actividad gubernamental *vis-à-vis* los parámetros convencionales, como bien lo argumenta Monroy Cabra³⁴². Por ello, no debe considerarse a los órganos de la justicia panamericana como una cuarta instancia que permita controvertir, en general y por la libre, las disposiciones legales y las resoluciones judiciales de los estados partes; pero sí es preciso reparar que se trata de órganos que deben velar por el respeto puntual de los preceptos del DIDH en los casos que se someten a su conocimiento, incluso declarando la incompatibilidad de la producción

³⁴¹ Hitters, Juan Carlos (2009). *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, en *Estudios Constitucionales*. Talca, Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 7, N° 2, 2009, p. 110.

³⁴² «Los Estados tienen el deber principal de respetar los derechos humanos ya que se trata de una obligación internacional consagrada en las Cartas de la ONU, la OEA, los Pactos de Naciones Unidas, las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y numerosos instrumentos internacionales relativos a derechos humanos. La protección internacional en el ámbito americano a cargo de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos es subsidiaria y complementaria de la protección interna que los Estados deben brindar a toda persona. En este aspecto, la labor de la Corte no solamente ha sido doctrinaria sino que al decidir los casos ha demostrado que la violación de los derechos humanos tiene importantes efectos internacionales para los Estados involucrados en las mismas.» Monroy Cabra, Mario Gerardo (1994). *El Sistema Interamericano*. 1° ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, p. 407.

normativa estatal cuando ello devenga inevitable, y ordenando las medidas de reparación - judiciales y legislativas- que correspondan³⁴³.

El caso *Almonacid Arellano y otros vs. la República de Chile*, resuelto en sentencia del 26 de setiembre de 2006, es el primero en el cual la Corte en pleno evalúa, de manera más o menos sistemática, el tópico del control de convencionalidad y sus implicaciones más salientes. En este fallo, el órgano regional argumentó que efectivamente los tribunales internos están sujetos al imperio de la ley formal y por ende, deben irremisiblemente aplicar las normas vigentes del ordenamiento jurídico. Pero si el estado del que son portavoces ha renunciado a una parte de su soberanía con la adopción de tratados internacionales, se concluye que los jueces domésticos también se encuentran vinculados por estas normas, que forman parte indisoluble del ordenamiento jurídico interno y que deben ser seguidas en su espíritu y en su finalidad, y no eludidas mediante estratagemas que puedan desnaturalizar el objetivo y el fin de las convenciones internacionales. Es decir, el juzgador se encuentra compelido, en primer lugar, al pulcro respeto de la letra de los textos

³⁴³ Desde las primeras sentencias en casos contenciosos y en opiniones consultivas de la Corte IDH, se ha llegado a afirmar la responsabilidad estatal por la expedición de leyes y normas contrarias a la CADH. Prototípicos han sido los votos razonados y disidentes de los jueces Sergio García Ramírez y Antonio Augusto Cançado Trindade, quienes desde los prolegómenos de la jurisprudencia de este órgano forense, han estimado que no son válidas las leyes que afecten DD.HH. internacionalmente reconocidos; ilustrativo de ello fue el Voto Disidente de este último en el caso *El Amparo v. Venezuela*: «22. **Un Estado puede, por consiguiente, tener su responsabilidad internacional comprometida, a mi modo de ver, por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones internacionales convencionales de protección, o por la no-adequación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas.** Es llegado el tiempo de dar precisión al alcance de las obligaciones legislativas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos. *El tempus commisi delicti es, en mi entendimiento, el de la aprobación y promulgación de una ley que, per se, por su propia existencia, y su aplicabilidad, afecta los derechos humanos protegidos (en el contexto de un determinado caso concreto, ante la existencia de víctimas de violaciones de los derechos protegidos), sin que sea necesario esperar por la aplicación subsiguiente de esta ley, generando un daño adicional.* / 23. *El Estado en cuestión debe remediar prontamente tal situación, pues, si no lo hace, puede configurarse una “situación continuada” violatoria de los derechos humanos (denunciada en un caso concreto). Es perfectamente posible concebir una “situación legislativa” contraria a las obligaciones internacionales de un determinado Estado (v.g., manteniendo una legislación contraria a las obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, o no adoptando la legislación requerida para dar efecto a tales obligaciones en el derecho interno) (...)*» Cf. Corte IDH. Caso *El Amparo v. Venezuela*. Resolución de la Corte del 16 de abril de 1997 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas). Voto Disidente del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, pars. 22-23.

normativos de protección de los DD.HH., efectuando un “control de convencionalidad” de las leyes ordinarias cuando estas pretendan sobreponerse a los tratados:

«124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.»³⁴⁴

En el caso citado, la Corte IDH criticaba con acervo el hecho de que el Poder Judicial chileno haya decidido el archivo de una sumaria en la cual se investigaba el asesinato de un ciudadano, decisión jurisdiccional que fue tomada al abrigo de un decreto legislativo recientemente promulgado. El Tribunal Interamericano pasó a considerar que un proceder de este tipo lesiona las reglas vinculantes de la CADH, pues se las desdeña para favorecer la aplicación de una serie de normas infralegales más restrictivas de los DD.HH; y esta actuación es considerada como ilegítima. Se trata éste de un juzgamiento paradigmático, pues es el primer caso en el cual la Corte IDH establece que los jueces ordinarios deben preferir las normas internacionales, sobre aquellas disposiciones de Derecho interno que - no obstante ser eficaces y estar vigentes- las confuten.

Es digno de mención el pronunciamiento de fondo de la Corte en el caso “La Última Tentación de Cristo” vs. Chile, pues con motivo de una serie de disposiciones constitucionales que interferían la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa, el judicante interamericano ordenó al estado chileno el modificar algunos apartes de

³⁴⁴ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Sentencia del 26 de setiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 124.

su propia Carta Política; ello luego de efectuar un control de convencionalidad en que se definió que ciertos sectores de la Constitución de este país colisionaban con los postulados del Pacto de San José:

«87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. (...)

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.»³⁴⁵

Sobre el control de convencionalidad, Llobet Rodríguez nos recuerda que se trata del mecanismo más eficaz para respetar y desempolvar los instrumentos normativos del SIDH y la propia jurisprudencia de la Corte IDH, dado que *«(...)la Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma expresa ha venido indicando que las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los Estados parte del sistema interamericano de*

³⁴⁵ Cf. Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile. Sentencia del 05 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), pars. 87-89. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original. Comentando las implicaciones de este caso, se expresa con acierto el maestro argentino Sagüés: *«(...) cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma, y por ende, está captada por dicho control. Incluso, la constitución nacional no está exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de “La Última Tentación de Cristo”, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después.»* Sagüés, Néstor Pedro (2009). *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 2009-B, p. 17.

*protección de los derechos humanos deben realizar un control de convencionalidad con respecto a la normativa de sus respectivos Estados, para lo cual deben considerar no solamente la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino además la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La exigencia expresa del control de convencionalidad se estableció por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (...)*³⁴⁶

Todo lo que aquí se ha afirmado puede trasladarnos a la discusión de si ello importa el tránsito de un modelo de control concentrado a uno de control difuso de constitucionalidad, o en su caso, de “convencionalidad”. La idea que se intenta exponer en este ensayo -y sobre la que se insistirá más adelante³⁴⁷- radica en que esta discusión es estéril y está mal enfocada; ya que la Constitución nacional y, *a fortiori*, los tratados internacionales sobre DD.HH. (en su carácter de pilares normativos supremos del ordenamiento jurídico), deben ser aplicados no sólo por la jurisdicción constitucional, ni siquiera sólo por el Poder Judicial, sino por todos los poderes públicos y por la misma ciudadanía. Querer depositar un monopolio interpretativo de la Constitución y de los tratados sobre un solo órgano de control de constitucionalidad, equivaldría a consolidar una especie de “tiranía de la toga”; ya que ello entrañaría serios peligros para la independencia judicial y significaría privilegiar y dotar con un mayor rango axiológico las decisiones del contralor concentrado, frente a las propias normas constitucionales, las convencionales y la jurisprudencia de los órganos de justicia internacionales.

³⁴⁶ Llobet Rodríguez, Javier (2012). *El debido proceso en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. N° 4, 2012, pp. 250-251. Lo resaltado no pertenece al original.

³⁴⁷ Cf. Sección D.3.3, y nota al pie N° 350.

D.3.3. La aplicación de los instrumentos internacionales por el juez ordinario

Ya hemos fundamentado *in extenso*, en las secciones D.1 y D.2, que buena parte de las disposiciones de *lege lata* del ordenamiento jurídico costarricense en materia de prisión preventiva, contravienen los mandamientos de los números 7 y 8.2 de la CADH, tanto en su texto expreso como en su explanación y deslinde jurisprudencial. El decretar encarcelamiento preventivo en supuestos de flagrancia, criminalidad organizada y reiteración procesal, constituye un quebranto a la regla de que la prisión preventiva persigue un fin procesal (al ser admisible solo cuando la libertad del imputado obstaculice el curso de las investigaciones o la actuación de la justicia). Las desmedidas excepciones al plazo máximo de la prisión preventiva, consignadas en los artículos 258 CPP y 9 LCDO, hacen nugatorios los principios de provisionalidad y de limitación temporal del instituto en cuestión. Establecida esta *“anti-convencionalidad”* de las normas legales patrias, queda ahora la tarea de dilucidar hasta qué nivel un juzgador penal ordinario podría decantarse por otorgar primacía a los textos internacionales, desaplicando las nuevas regulaciones surgidas con motivo de la aprobación de la LPVT y la LCDO.

Esta interrogante parece disolverse con el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que en su primer inciso prohíbe a los funcionarios judiciales el aplicar cualquier postulado normativo o el ejecutar actos contrarios a la Constitución Política y al Derecho Internacional o Comunitario vigente en la república³⁴⁸. No obstante, acto seguido, permite la consagración en nuestro ordenamiento del denominado “control concentrado de constitucionalidad”, al exigir a los jueces que, en caso de duda sobre la constitucionalidad de las normas o los actos que deban aplicar, deberán efectuar una consulta ante la sala especializada del Poder Judicial encargada de los asuntos de constitucionalidad. Es decir, la función de anulación de normas por su contrariedad a la Carta Política o a los instrumentos internacionales, está asignada en nuestro sistema jurídico a un solo órgano del poder público, el cual ejerce esta función con exclusividad. Esta teoría ha sido

³⁴⁸ Cf. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7333, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, del 05 de mayo de 1993. Artículo 8.1.

defendida por la Sala de Casación Penal de la Corte, la que considera que el juez no puede dejar de formular consulta facultativa de constitucionalidad en estos casos:

«Para el a-quo, el numeral citado, en el cual se prohíbe la venta de licor dentro de las reservas indígenas, contraviene el Convenio 169 de la OIT, en el tanto en este último se ordena que los Estados signatarios tomen medidas efectivas para garantizar la igualdad de derechos de los indígenas con el resto de la población. (...) Todo órgano jurisdiccional está sometido a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (ver los artículos 48, 152 y 154 de la Constitución, así como el 8 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero no puede dejar de aplicar esta última por su propia autoridad. En el presente asunto, es necesario resaltar el problema que representa el razonamiento del Tribunal; éste considera que el artículo 6 de la Ley Indígena implica una discriminación contraria a la Ley Fundamental, toda vez que esa actividad no es prohibida en otras partes del territorio ni para individuos de otra ascendencia cultural (véase lo que expone el a-quo entre los folios 388 y 389, donde asume como propio el criterio del testigo Hurtado Morales). Con base en esa apreciación, el órgano de mérito decide que esa ley no se puede aplicar, sino que debe utilizarse directamente el Convenio N° 169 de la OIT, con lo cual implícitamente la declara contraria a la Carta Política. Con ese proceder, el a-quo obvia que para lograr la ineficacia erga omnes de disposiciones legales, el poder reformador de la Constitución introdujo en ella un órgano especializado en materia del control de constitucionalidad de las leyes, el cual se ejerce de manera concentrada. En efecto, en 1989 se creó la Sala Constitucional tras una modificación del artículo 10 de la Ley Fundamental. De conformidad con dicha disposición, sólo a ese Tribunal corresponde declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza. Además, según lo dispone el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a ésta compete controlar la constitucionalidad de todo tipo de normativa. Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ciertamente establece en su inciso 1) que no pueden los órganos jurisdiccionales aplicar leyes ni otras normas que sean contrarias a la Constitución o a las disposiciones de Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país. Pero ello no implica una autorización a los jueces ordinarios para decidir por sí mismos cuáles leyes contravienen el ordenamiento constitucional y deben ser eliminadas de éste. Ello significaría un desconocimiento no sólo del artículo 10 de la Constitución, sino que además equivaldría a una violación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el tanto en ésta se ordena que cuando haya duda sobre la constitucionalidad de una norma, debe formular el Tribunal la consulta correspondiente ante la Sala Constitucional. Si ello es obligatorio en un estado dubitativo, con mayor razón lo es cuando hay certeza de que la disposición de que se trate es contraria a la Carta Política. Esto por cuanto sólo el órgano creado por el poder

reformador de la Constitución en 1989 es competente para declarar la inconstitucionalidad de normas jurídicas. Ahora bien, tampoco podría obligarse a un cuerpo de la Administración de Justicia a aplicar una ley evidentemente contraria a la Constitución, pero -vale la pena reiterarlo- para decretar su ineficacia erga omnes, de conformidad con el ordenamiento costarricense, el mecanismo con el que cuentan los jueces es la consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional. Según lo expuesto, efectivamente incurrió en un serio error el a-quo, toda vez que no puede desconocer la Ley Indígena y aplicar directamente un Convenio de la OIT, si no se ha declarado por el órgano competente que el cuerpo legal citado vulnera la Carta Política. En todo caso, esta Sala no aprecia vicio alguno de constitucionalidad en relación con dicho artículo, de forma tal que no deviene necesario el formular la consulta.»³⁴⁹

El precedente jurisprudencial de la Sala Tercera que acaba de extractarse, así como el propio texto del artículo 8.1 LOPJ, sobrevienen hartamente cuestionables e incluso deben ser calificados como inconstitucionales en sí mismos. En efecto, el exigir que se formule consulta facultativa de constitucionalidad en todos los casos en que el juzgador muestre duda sobre la conformidad de una ley o de un acto de cara a un instrumento internacional, equivale a cerrar los ojos ante la posibilidad manifiesta o latente de que la Sala Constitucional interprete el asunto de manera contraria al texto del tratado respectivo³⁵⁰. Es

³⁴⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1021-2000, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del uno de setiembre de dos mil. Lo resaltado no pertenece al original.

³⁵⁰ A propósito de este tema, el Dr. Luis Baudrit ha opinado en un interesante artículo, de manera certera, que la pretensión de la Sala Constitucional de fungir como el único y exclusivo intérprete de la Constitución es "tiránica"; y del mismo modo, califica a la LJC como una ley con "complejos de superioridad" por querer atribuir a la Sala Constitucional una serie de competencias que no le vienen atribuidas desde el propio texto constitucional. Baudrit Carrillo considera que la idea de que la jurisprudencia y los precedentes del contralor constitucional obligan a todos, no tiene ningún sustento explícito ni implícito en el texto de la Carta Magna; y por ende, postula que los fallos de la Sala Constitucional no pueden ser tratados como si fuesen leyes: «*La Constitución Política no contiene disposición alguna que atribuya a la Sala Constitucional la facultad de conocer de las consultas judiciales de constitucionalidad, ni la de sujetar y someter a los tribunales al imperio de sus resoluciones. Con relación a los tribunales de justicia, la Constitución Política en forma expresa señala que están sometidos únicamente a la propia Constitución y a la ley. No indica que los Jueces estén sujetos a todos los precedentes y jurisprudencia emanados de la Sala Constitucional.*» Cf. Baudrit Carrillo, Luis (1999). *Algunas competencias e incompetencias de la Sala Constitucional*, en *IVSTITIA*. San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, año 13, N° 149-150, mayo a junio de 1999, pp. 16-17. De la misma manera, sostiene que los jueces no tienen por qué estar formulando consultas de constitucionalidad, si se suponen que ellos conocen el Derecho y solo están sometidos a la Constitución y a la ley: «*Las funciones específicas de interpretación de la ley y de aplicación de la ley corresponden directamente al Juez que está resolviendo el caso concreto. No sería correcto que el Juez delegara esas funciones en otra persona (asistente o letrado), como tampoco sería correcto que otra autoridad judicial le impusiese determinada interpretación de las leyes o llegara a indicarle cómo debe aplicarlas al asunto en estudio. Lo primero sería irresponsabilidad o grave dejación en el*

decir, con un proceder de este tipo, el juez estaría otorgando *carte blanche* a la jurisdicción constitucional para que esta decida a su antojo en temas muy sensibles; por lo que no sería recomendable que un juzgador respetuoso de la Constitución Política y del DIDH, formulara la consulta de que habla la ley, especialmente en materias en que la jurisdicción constitucional ya haya demostrado una tendencia sostenida a fallar en contra de la protección debida a los DD.HH.

La propuesta de acción, que aquí se esboza, cobra un gran sentido gráfico en temas como el que nos ha ocupado a lo largo de esta investigación, es decir, si el juez debe aplicar las nuevas causales y regulaciones de prisión preventiva -refrendadas y autorizadas por la Sala Constitucional y por la propia Corte Suprema de Justicia- o si, por el contrario, se halla impelido a desaplicar estos recientes cambios normativos, en acatamiento a la jurisprudencia de los órganos internacionales. Somos del criterio de que el juez debe aplicar *eo ipso* la CADH y los otros tratados y convenios pertinentes, aun en detrimento de la propia jurisprudencia constitucional. Reconocemos que en el momento en que se suscita la disyuntiva que acabamos de reseñar, el órgano jurisdiccional se halla en un dilema complejo y acuciante, pues su decisión está sometida al escrutinio de dos censores y el mismo se halla en un estira y encoge entre dos lealtades distintas y excluyentes. A pesar de que es problemático que un órgano inferior o subordinado pueda contrariar las decisiones de otro cuya jurisprudencia se dice vinculante, es más cuestionable todavía el que se desnaturalice la radical importancia y la ejecutividad y ejecutoriedad de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los DD.HH. Así, debe concluirse que si el juez aplica primeramente la CADH o cualquier otro conjunto de reglas por el estilo -con prelación incluso a la ley interna de su propio estado- no estaría infringiendo ninguna

*cumplimiento de los deberes. Lo segundo constituiría una inaceptable intromisión en el ámbito propio de competencia del Juez. El Juez debe encontrar en las fuentes de Derecho el criterio idóneo para sentenciar el caso conflictivo. Por eso se dice que el Juez ya conoce él el Derecho y no hay necesidad de enseñárselo: iura novit curia (la curia, o sede judicial, conoce los derechos). (...) El Juez no está obligado a consultar a la Sala sobre la inconstitucionalidad. Sí está obligado a no retrasar la redacción de la sentencia, lo mismo que a no utilizar trámites dilatorios. Al Juez, con sujeción directa a la Constitución y a la ley, le corresponde fallar los asuntos que le corresponden. Además, el Juez debe interpretar y aplicar todas las fuentes de Derecho conforme al orden jerárquico respectivo. El Juez puede -y debe!- aplicar la Constitución Política y las normas de Derecho internacional.» Cf. Baudrit Carrillo, Luis (1999). *Algunas competencias e incompetencias de la Sala Constitucional*, en *IVSTITIA*. San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, año 13, N° 149-150, mayo a junio de 1999, pp. 15, 16, 24 et passim.*

obligación funcional, ni tampoco estaría actuando ilegítimamente; pues, como se ha insistido aquí hasta la saciedad, los tratados debidamente aprobados y ratificados según los cauces preestablecidos, están hechos para que sus normas y proclamas sean cumplidas de buena fe por las partes que se adhieren a ellos³⁵¹. En última instancia, no podría predicarse la validez de una ley que entraña restricciones tan sensibles a derechos humanos -como lo hacen, e.g. la LPVT y la LCDO en lo atinente al derecho a la libertad personal de la ciudadanía-, puesto que es de la definición misma del concepto de “ley”, el que esté destinada y ceñida al aseguramiento del bien común; *ergo*, si con una ley promulgada no se logra el bien común, la misma no tiene validez y no puede ser aplicada³⁵².

Subyacente a este desenlace y detrás de esta proposición -de seguro controversial y polémica-, no se encuentra otro fin sino de garantizar el máximo respeto posible hacia los derechos de la persona humana; pues se parte de la consciencia y del convencimiento de que en una gran cantidad de ocasiones, las garantías del individuo son atacadas precisamente por las agencias estatales y por los órganos encargados de conducir los destinos de la nación. Hacia la demostración de este último punto está encaminado el cuerpo de este trabajo. La apoteosis de las normas del DIDH que se efectúa en este acápite -colocándose incluso en un rango epistemológico y axiológico superior a la propia legislación interna-, no obedece a una pretensión en el sentido de proteger

³⁵¹ La jurisprudencia internacional ha desarrollado constructos teóricos de relevancia, mediante los cuales se establece que la mejor forma de cumplir las disposiciones particulares de los tratados consiste en captar y asumir el objeto y fin de los mismos; es decir, percibir su “espíritu”, y actuar de manera tal que las finalidades que estos textos incorporan no sean desnaturalizadas. Se ha dicho a este respecto, que: «39. *Los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, sin apartarse de los cánones de la regla general de interpretación de los tratados (artículo 31 (1) de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969 y 1986), han desarrollado una interpretación teleológica, con énfasis en la realización del objeto y fin de los tratados de derechos humanos, como la más apropiada para asegurar una protección eficaz de dichos derechos. Al fin y al cabo, subyacente a la mencionada regla general de interpretación estipulada en las dos Convenciones de Viena (artículo 31 (1)), encuéntrase el principio, con amplio respaldo en la jurisprudencia, según el cual hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios (el llamado *effet utile*). Este principio -ut res magis valeat quam pereat-, mediante el cual la interpretación debe propiciar efectos apropiados a un tratado, ha, en materia de derechos humanos, asumido particular importancia en la determinación del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección.*» Cf. Corte IDH. Caso *López Álvarez v. Honduras*. Sentencia del 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Razonado del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, par. 39.

³⁵² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-06/86, “*La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, del 09 de mayo de 1986; par. 38.

indiscriminadamente a los delincuentes, como muchos afirman, sino que está dirigida a colocar todos los problemas sociales en su justa dimensión, obligando a las autoridades del estado a buscar medidas profilácticas y preventivas para disminuir la criminalidad y a otorgar a la persona humana el lugar que le corresponde. Naturalmente que existe una radical controversia alrededor de todos estos puntos, pues el estado de derecho fluctúa incesantemente entre momentos de mayor y menor autoritarismo; entre medidas populistas y proclamas garantistas³⁵³. Pero nada se avanza en la dogmática jurídica y en la sistematización de una realidad social más inclusiva y armoniosa, si no se repara en la naturaleza prístina y originaria de los Derechos Humanos, “estatuto del hombre libre” según el profesor Faúndez Ledesma:

«Sugerir que el Derecho de los Derechos Humanos es un conjunto de garantías del delincuente, para que se sienta seguro y pueda actuar impunemente, más que una tergiversación abusiva del lenguaje y las instituciones, es una insensatez. La función del Derecho de los Derechos Humanos es servir de estatuto del hombre libre, para que toda persona sea tratada con el respeto inherente a su dignidad; con tal fin, se ha dispuesto que los agentes del Estado no pueden ser la excepción en lo que concierne al imperio del Derecho, y que éstos no pueden ejercer el poder en forma ilimitada, con pleno desprecio de los ciudadanos que están llamados a servir y de los principios y valores que sirven de fundamento a la vida en comunidad. En correspondencia con lo anterior, insinuar que quienes luchan por el imperio de la ley y la vigencia del Estado de Derecho están defendiendo a delincuentes es un argumento maniqueo e inmoral, que intenta escamotear la verdad y desvirtuar el papel que le corresponde al Estado en una sociedad democrática, pretendiendo presentar como legítimo el que -parafraseando a George Bernard Shaw- los misioneros se coman a los caníbales. Sin duda que los bienes jurídicos involucrados pueden ser los mismos y que, desde el punto de vista ético, pudiera sostenerse que en cualquier caso se han violado los derechos humanos. Pero, sin perjuicio de la responsabilidad penal del delincuente, la responsabilidad jurídica y política por el respeto de los derechos humanos corresponde solamente al Estado,

³⁵³ Para una discusión a profundidad de estos tópicos, consúltese *ut infra*, Sección E.

*en cuanto garante de los mismos, y en cuanto ente del que tenemos derecho a esperar un comportamiento digno y decente.»*³⁵⁴

Estas consideraciones generales sobre la primacía del DIDH frente a los ordenamientos locales que se hallen en contradicción con sus postulados -doctrina receptada por la mayor parte de los autores y por la jurisprudencia- plantean profundas interrogantes sobre el futuro de la legislación costarricense sobre la prisión preventiva. El ordenamiento nacional exhibe así grandes fisuras, provocadas por la actitud inconsecuente de aprobar ciertas leyes populistas cuando previamente se han adoptado -a nivel normativo- ciertas reglas de mayor rango y resistencia, que opugnan a aquellas casi en su totalidad. Rosaura Chinchilla sintetiza el panorama sombrío que se cierne sobre la legislación de nuestro país, de la forma que sigue: *«Es cierto que C.R. sufre el riesgo de ser condenada nuevamente por la CIDH [sic] pero, si ello es así, no lo será por la no adopción de ese texto, sino por la reciente aprobación de un proyecto en que la aplicación de la prisión preventiva se torna automática para cierto tipo de delitos (cfr.: art. 239 bis inc. a) del Código Procesal Penal aprobado en la Ley de Protección a Víctimas...), contra votos de la Sala Constitucional (N° 688-91, N° 193-92) y de la jurisprudencia de dicha CIDH [sic] (casos Chaparro Álvarez de 21 de noviembre de 2007, N° 93 y Suárez Rosero).»*³⁵⁵

³⁵⁴ Faúndez Ledesma, Héctor (2004). *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3° ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 17-18. Lo resaltado y lo subrayado no pertenecen al original.

³⁵⁵ Chinchilla Calderón, Rosaura. "Justicia penal y CIDH", en La Nación [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 19 de abril de 2009. Sección Opinión. Extraído de la dirección electrónica: http://www.nacion.com/ln_ee/2009/abril/19/opinion1938060.html. Consultado el día 03 de agosto de 2013.

CAPÍTULO QUINTO

-La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres.

Don Quijote de La Mancha

E. VISIÓN RETROSPECTIVA: LA PRISIÓN PREVENTIVA ENTRE LOS AVATARES DEL POPULISMO PUNITIVO Y EL GARANTISMO PENAL

En el decurso de los diversos compendios que ya se han bosquejado como médula de la presente investigación, se han intentado exponer de una manera preclara los principales postulados atinentes a la prisión preventiva como figura jurídica, tanto aquellos de orden lógico-formal o axiológico, como los que se circunscriben básicamente al análisis empírico de la cuestión. Como se habrá podido comprobar, los dos primeros capítulos se han abocado a la práctica de una exploración descriptiva del fenómeno en comentario, resaltándose el talante y las vicisitudes que ha asumido el encarcelamiento a lo largo de la Historia y, muy particularmente, la manera en la cual este instituto es concebido por la doctrina; aspectos estos de una utilidad indiscutible, a la hora de valorar los fines y las funciones que la prisión preventiva despliega al presente.

Sin desmedro de lo aseverado con antelación, el principal desarrollo de esta investigación queda supeditado al paralogismo entre el ser y el deber-ser de la prisión preventiva, a la luz de los más modernos y perspicuos estándares del DIDH, los cuales se receptan en el cuerpo de esta tesis, precisamente en virtud de su amplia aceptación intersubjetiva. Es decir, tal como se viene insistiendo desde las notas liminares de este trabajo, el objeto de la mayor parte de nuestro análisis consiste en confrontar la regulación legislativa y la aplicación forense de la prisión preventiva en Costa Rica, con lo que al respecto se ha esbozado desde

cortes internacionales, de reconocida raigambre. De esta forma, se ha logrado poner en evidencia que buena parte de la regulación normativa sobre el encarcelamiento preventivo en nuestro país, conculca los prenotandos expuestos por la Corte IDH y por la CADH a este respecto; y, siguiendo este mismo hilo argumentativo, se estaría quebrantado en última instancia el propio ordenamiento jurídico patrio, el cual ha reconocido a los tratados internacionales sobre DD.HH. como fuente del Derecho, avanzándose así hacia la teoría monista del DI.

No obstante, no deja de ser importante analizar el tópico de las reglas de la prisión preventiva a un nivel macro, es decir, entendiéndola y dimensionándola dentro de su propio contexto de producción normativa y de aplicación. Aunque de alguna forma estas ideas ya están insinuadas -expresa o implícitamente- en los apartados anteriores, en el presente se colocará un especial ahínco en la cuestión, dilucidando los principales fines y funciones del encarcelamiento preventivo en el marco del sistema jurídico-penal como un todo y en la sociedad contemporánea y, fundamentalmente, desenmascarando y develando la proyección ideológica que subyace bajo el fenómeno que estudiamos y que en muchas ocasiones se oculta bajo el manto de un tétrico sigilo.

E.1. LA DIMENSIÓN IDEOLÓGICA DE LA FIGURA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Desde los más modernos flancos de análisis del ordenamiento jurídico-penal, se ha venido insistiendo en la idea de que la mayor parte de constructos de este subsistema normativo se hallan embebidos en definitiva por las diversas nociones ideológicas que pugnan a lo interno del mismo. Quiere esto decir, que los mecanismos de producción de las normas jurídicas referentes al encarcelamiento preventivo, así como la forma en que estas mismas normas se ejecutan por los operadores judiciales, responden a posturas ideológicas muy concretas, a una visión de mundo particular y predefinida que normalmente se vincula con la que se prohija por parte de los sectores dominantes de la sociedad, por los detentadores del poder político, económico y cultural en un contexto determinado.

Es sugerente la definición que se ha planteado en torno a la “ideología” como mecanismo legitimador de muchos de los institutos jurídicos que se prevén en la ley y se aplican en la jurisprudencia, pues se nos muestra de primera mano la indisoluble conexión que se verifica estos elementos y la realidad social que los contornea y los engloba:

«La palabra —ideología— puede designar desde una actitud contemplativa que desconoce su dependencia de la realidad social, hasta un conjunto de creencias orientadas a la acción, desde el medio indispensable en el que los individuos viven sus relaciones con una estructura social, hasta las ideas falsas que legitiman un poder político dominante.»³⁵⁶

Cabe acotar, en este caso, que la práctica totalidad de la producción cultural, científica e intelectual del ser humano debe caer irremisiblemente bajo el arquetipo de lo ideológico. Como sujeto axiológico, sea como ser constantemente expuesto e influido por el mundo de los valores, la persona humana deberá hacer uso o patrocinar a cada momento una ideología concreta y determinada; aunque debe reconocerse asimismo que este proceso puede asumir una modalidad implícita o velada, e inclusive puede pasar desapercibido para el propio sujeto emisor o pensante.

La problemática surge desde el momento en que esta ideología es utilizada para propiciar el auge de argumentos lógicamente inválidos, conclusiones inconvenientes para la sociedad en su conjunto, o bien para promover un discurso que oculta sus verdaderos objetivos. Es decir, cuando por intermedio de la ideología que se aplica se favorece cualquier forma de oprobio, de dominación o de subyugación, surge un inconveniente en el plano de lo axiológico que desaconseja las consecuencias y las implicaciones de las referidas proclamas ideológicas. Es de destacarse, asimismo, que los distintos discursos ideológicos pueden afincarse en motivaciones o postulados verdaderos, así por ejemplo, el discurso de la prisión preventiva como medida cautelar se sustenta en su fin ciertamente fructífero para evitar o dificultar la fuga de los indiciados; no obstante, ello no debe llevarnos a descartar su carácter de mecanismo para legitimar ciertas prácticas del sistema que contravienen los

³⁵⁶ Žižek, Slavoj (2003). *Ideología. Un mapa de la cuestión*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica, p. 110.

Derechos Humanos positivizados, de manera que se favorezcan ciertos intereses muy concretos de los diversos colectivos sociales. Es esto lo que ocurre precisamente en el discurso de la opinión pública y en los nuevos cambios legislativos que se están sucediendo en Costa Rica en materia de prisión preventiva: a pesar de que algunas de nuestras máximas instancias jurisdiccionales espetan que el costarricense es un estado respetuoso de la legalidad y de los DD.HH., que existe una jerarquía normativa preestablecida que debe ser respetada, que lo más vinculante para todos los poderes públicos es el respeto irrestricto a la ley y a las libertades del hombre; en la práctica se opera por la vía contraria, se crean legislaciones cada vez más draconianas y avanzan sin cesar los discursos populistas, que pretenden granjearse el favor del público mediante acciones y decisiones a corto plazo, poco meditadas y con hondas y funestas repercusiones para el orden jurídico en su totalidad.

Como se explicitó ya de manera pingüe en la primera sección de esta investigación, no es una labor tenaz la de recopilar diversos ejemplos históricos que puedan confirmarnos el uso ideológico del encarcelamiento provisional. Ya los aedos del esclavismo en las sociedades antiguas -sobre todo la egipcia, la mesopotámica, la romana y, con algunos matices, también la griega- acudieron a la prisión preventiva como a un instrumento temporal e indispensable para asegurar la efectividad de otras sanciones más atroces. Los abanderados del poder feudal y los adalides del Santo Oficio se dedicaron a hacer lo propio en la Edad Media, y con el uso indiscriminado del encarcelamiento mantenían la estratificación social imperante y conservaban así los intereses de los grandes señores y príncipes eclesiásticos. Algo similar se ha venido produciendo desde entonces, pues los instrumentos del control penal siempre han sido utilizados frontalmente contra los más desprotegidos, baste analizar las astrosas consecuencias que, a nivel penal y procesal penal, surgieron desde el barullo populista del positivismo criminológico y del fascismo italiano y español, así como del nacionalsocialismo alemán³⁵⁷. Llobet Rodríguez demuestra esta ilación argumentativa, al

³⁵⁷ Tendencias populistas y utilización ideológica de la prisión preventiva también pueden apreciarse en nuestro medio, incluso en jurisprudencia muy reciente de nuestros más altos foros judiciales. La Sala Constitucional ha mantenido una postura fluctuante sobre la temática en cuestión; pues a pesar de que ciertos precedentes tuvieron el atinado mérito de contener el ejercicio del poder punitivo en sus justos límites, incluso anulando cierto articulado abiertamente inconstitucional, también se ha plegado acomodaticiamente a un populismo poco reflexivo. Para estos fines, es útil la indagación que se hace *in*

manifestar de modo certero que los debates ideológicos entre prisión preventiva y presunción de inocencia no han distendido y, consecuentemente, no dejan de tener actualidad:

*«La temática de las relaciones de tensión entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia, contrario a lo que se podría creer, no cesa de tener actualidad. Debe recordarse que las críticas a la presunción de inocencia lanzadas desde el positivismo criminológico, el fascismo, el nacionalsocialismo, el comunismo soviético y el de sus satélites y el comunismo chino, correspondían a la pretensión de librar de ataduras el dictado de la prisión preventiva, lo que se justificaba con base en el interés de la colectividad frente al delito, reclamando que la presunción de inocencia no era sino un exceso del individualismo y de la revolución francesa. Hoy día las argumentaciones en tal sentido se repiten en Latinoamérica y como solución a la inseguridad ciudadana que se presenta, se propone la extensión de la prisión preventiva, criticándose que los derechos humanos y entre ellos la presunción de inocencia, son protectores de los delincuentes y desconsideran los derechos de las víctimas.»*³⁵⁸

supra, D.1.3. y D.2.; aunque también son señeras las palabras esbozadas por el señor Carvajal Mora en su trabajo final de graduación, en un examen que -a pesar de su antigüedad- no deja de tener vigencia, al mostrarnos cierto sesgo autoritario y antigarantista en la jurisprudencia de nuestro tribunal de garantías constitucionales: «*La Sala Constitucional ha esgrimido como fundamentos legitimantes de la prisión preventiva, razones que nos recuerdan las dadas para tales efectos por el positivismo criminológico, fundamentalmente la "alarma social". (...) En otras oportunidades se recurre a razones que, según la doctrina vista, para que sean conformes al principio de inocencia deben estar referidos al peligro de fuga; tal es el caso de los antecedentes, que en el voto 70-89, además de hacer alguna alusión a la sospecha suficiente de culpabilidad, es el único argumento esgrimido para declarar sin lugar el recurso de habeas corpus respectivo. Véase por ejemplo: "(...) el Tribunal sí establece en forma clara los motivos por los que procede la revocatoria al decir 'que la naturaleza de delito acusado es grave y otorgar tal beneficio sin haber transcurrido un mes siquiera desde que el hecho se dio, generaría un gran escándalo y malestar social.'* (folio 17 del legajo de excarcelación). Tome en cuenta el accionante que el artículo 312 del Código Penal contiene las razones por las cuales puede ser revocada la excarcelación y que la motivación que establece el Tribunal para revocarla, sí son circunstancias que exijan la detención del encartado. Por lo anterior y habiendo cumplido el ad-quem con la fundamentación de la revocatoria, lo pertinente es declarar sin lugar este hábeas corpus. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 122-89, de las catorce horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve).» Cf. Carvajal Mora, Jorge Alberto (1998). *Indeterminación de los supuestos jurídicos de la prisión preventiva en la jurisprudencia de la Sala Constitucional* [Tesis de grado para alcanzar el título de Licenciado en Derecho]. San José, Costa Rica. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 111-113.

³⁵⁸ Llobet Rodríguez, Javier (2009). *Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988*, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. N° 1, 2009, p. 161.

La ideología que se encuentra detrás de las tendencias a favor de la vigorización y la extensión de la prisión preventiva, entonces, ha sido artífice y condicionante de tal cúmulo de contradicciones y de abusos, que sus desmanes han sido constatados, inclusive por importantes teóricos sociales. Es el caso de Eduardo Galeano, que no sin cierto uso inteligente de la retórica, arguye sobre el fenómeno penitenciario en general: *«(...) se condena al criminal y no a la máquina que lo fabrica. Así se exonera de responsabilidad a un orden social que arroja cada vez más gente a las calles y a las cárceles, y que genera cada vez más desesperanza y desesperación. Pero los discursos oficiales invocan la ley como si la ley rigiera igual para todos.»*³⁵⁹

Bajo este mismo nivel de apreciaciones, hallamos que desde distintos flancos de la doctrina se esgrimen sugerentes puntos que nos muestran el carácter selectivamente ideológico en la justificación teórica que se le da a la prisión preventiva. La crítica formulada por el autor nacional Monge Navarro no deja de ser sugestiva y provocadora, pues plantea toda una sistemática controversia desde los cimientos mismos del instituto, llegando a poner en entredicho la afirmación de la distinción entre prisión preventiva y prisión como pena sobre la base de los fines asegurativos de aquella y los fines sancionatorios de esta última. Desde una sagaz perspectiva, y empleando los constructos teóricos de la filosofía del Derecho, el referido autor llega a analogar los dos tipos de encarcelamiento desde la perspectiva de sus consecuencias, controvirtiendo así el discurso oficial:

«La distinción entre pena de prisión y prisión preventiva es ideológica, pues esconde u omite referirse a todos los alcances de dichos postulados o conceptos, pese a que dilucida aspectos que, si bien son ciertos, cumplen la función de obnubilar las demás aristas; reflejando como es sumamente efectivo mentir con el ropaje de la verdad, pues como se dijo, una ideología no se debe sustentar necesariamente en falsedades, en cuanto a su contenido puede ser cierta, bastante precisa, puesto que lo que realmente importa no es el contenido afirmado como tal,

³⁵⁹ Galeano, Eduardo (1998). *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*. Madrid, España: Siglo XXI de España Editores, p. 96.

sino el modo como este contenido se relaciona con la posición subjetiva supuesta por su propio proceso de enunciación.»³⁶⁰

El acervo conceptual y analítico defendido por el precitado autor gira en torno a la idea de que la mayor parte de los institutos del Derecho Penal ocultan una concreta posición ideológica, ora explícita, ora latente. En el concreto respecto de la prisión antes de sentencia firme, se nos asegura que la finalidad o el “espíritu fundacional” de la misma radica en el garantizar la consecución del objeto del proceso y, en contrapartida, los fines de la sanción de prisión se equiparan a los fines mismos que la doctrina asigna a la pena (retributivos, preventivos, rehabilitadores, *et cætera*). Monge Navarro introduce una idea que no deja de exhibir un sólido fundamento, cual es la de que el discurso mayoritario acerca de la prisión provisional esconde -mediante efugios- ciertos aspectos y fines del encarcelamiento que no es conveniente revelar. Esto es, se argumenta que si bien son válidos y verdaderamente ciertos los fines tradicionales asignados a la prisión preventiva, en el entendido de que esta medida sí previene la fuga, la obstaculización de la actividad probatoria e impide la reiteración del sujeto en las mismas delincuencias acusadas (en tanto a un encarcelado le es más dificultoso fugarse, influir sobre testigos o alterar documentos), ello no obsta para afirmar que la prisión preventiva también defiende otras motivaciones y obedece a otras inconfesadas proclamas, como por ejemplo la de aislar a sujetos considerados “peligrosos”, garantizar la cohesión y la estabilidad del tejido social, apaciguar los ánimos de la opinión pública y, en cierta medida, este instituto también buscaría la retribución por la retribución misma, en última instancia, se perseguirían los mismos fines clásicamente atribuidos a la pena³⁶¹. Para ilustrar esta utilización ideológica

³⁶⁰ Monge Navarro, Roy Arturo (2012). *Prisión Preventiva y Principio de Inocencia -un intento por problematizar la discusión-* [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 83-84.

³⁶¹ Supuesto paradigmático de esta aplicación ideología de la prisión preventiva la encontramos en el examen estadístico, para ello, remitimos al ya tantas veces mencionado estudio de las eximias juristas Chinchilla Calderón y García Aguilar, en donde fundadamente se llega a la conclusión de que los delitos con los mayores indicadores de encarcelamiento preventivo, son los atinentes a tráfico de sustancias psicotrópicas, contra la vida y contra la propiedad. Cf. Chinchilla Calderón, Rosaura; García Aguilar; Rosaura (2003). *Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, p. 70. En este mismo sentido, obsérvense las conclusiones de un reportaje periodístico: «En uno de los apartados del estudio del Departamento de Planificación se detalla que la mayoría de personas a quienes se les impone prisión preventiva es por estar involucrados en delitos contra la propiedad. En diciembre, por

de algunos institutos penales en el ordenamiento jurídico-criminal, conviene acudir a las modélicas palabras de García Aguilar:

«Por demás, esa percepción subjetiva -inseguridad- se orienta hacia lo más visible (violencia patrimonial o física), pero no hacia las graves y profundas contradicciones o falencias del modelo económico costarricense, es decir las amenazas cuya solución depende, en gran medida de las decisiones y acciones gubernamentales en tales esferas, y en que, a falta de señalización, no son evaluadas ni afrontadas en su verdadera magnitud.»³⁶²

E.2. LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA ÓPTICA DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

E.2.1. Prenotandos de la sociología jurídica

Desde la perspectiva de la sociología jurídica, se ha sistematizado un remarcado interés en la búsqueda de un análisis de la realidad subyacente a la producción de las normas jurídicas y de las pautas que regulan la actividad de regulación de las conductas humanas. Las dimensiones teóricas patrocinadas al abrigo de estas nuevas corrientes, por ende, vienen a afirmar que la ciencia jurídica ya no puede reconducirse al mero análisis de los principios y reglas asentadas en las leyes y las codificaciones; sino que en todo momento deviene indispensable la apelación a la realidad, a las condiciones extrínsecas a las propias normas, que, sin embargo, las implican, las presuponen y las determinan.

ejemplo, fueron enviados a la cárcel 378 individuos vinculados en robos, asaltos hurtos. Le siguieron los sospechosos de infringir la Ley de Sicotrópicos [sic] (tráfico, tenencia de drogas y legitimación de capitales, entre otros) con 376 y 107 por estar involucrados en un homicidio.» Cf. La Nación. “Jueces incrementan el uso de la prisión preventiva”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 28 de abril de 2008. Extraído de la siguiente dirección electrónica: http://www.nacion.com/ln_ee/2008/abril/28/sucesos1512887.html. Consultado el día 27 de diciembre de 2012.

³⁶² García Aguilar, Rosaura (2008). *El fantasma de la “(in)seguridad ciudadana” y el espejismo de la estabilidad social a través de la prisión preventiva*. San José, Costa Rica: Escuela Judicial, p. 14. Lo resaltado no pertenece al original.

Autores como Arnaud nos insisten en la necesidad de no perder de vista esta doble perspectiva en el análisis del sistema jurídico; sea la consideración de las normas en sí mismas, y su naturaleza de elementos condicionados por la propia realidad social:

«Evidentemente, el sistema jurídico tiene un significado diferente según sea tomado como objeto de conocimiento desde la perspectiva jurídico-dogmática, o desde la perspectiva socio-jurídica. Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, el sistema jurídico aparece como un conjunto lógico-formal de reglas jurídicas, cuyas características básicas son la sistematicidad, la generalidad, la plenitud, la unidad, y la coherencia. Sin embargo, desde el punto de vista socio-jurídico, el sistema jurídico es considerado, por una parte, como un ámbito de interacción, esto es, como un sistema de comunicación formado por símbolos normativos, que cumplen una función persuasiva; y por otra parte, este sistema de símbolos normativos actúa como un elemento causal de los comportamientos sociales. Por lo tanto, la sociología del Derecho toma también como objeto de conocimiento al sistema jurídico -no limitándose sólo a los comportamientos sociales que tienen que ver con el Derecho- desde las dos perspectivas anteriormente señaladas, pero teniendo en cuenta las interpretaciones jurídico-dogmáticas que los juristas dan de las normas jurídicas, porque éstas operan también como elementos determinantes de las conductas de los individuos.»³⁶³

El análisis puntual que se realizará en este acápite, estará dirigido a mostrar las más notables y perspicuas vicisitudes y tensiones que subyacen bajo un fenómeno jurídico como el de la prisión preventiva. Muchas veces estos problemas se analizan solo desde una óptica formalista; al aplicar la ley, los jueces y magistrados creen que se pliegan en exclusiva al texto de la norma y actúan sin ningún criterio de sujeción o sin ninguna consideración a la realidad social y política que impregna su actividad. Por el contrario, aquí se intentará demostrar -aprovechando todo el abordaje teórico y casuístico precedente- que toda actividad de creación o de aplicación de Derecho, aparte de mostrar una selectividad y en ocasiones una arbitrariedad patentes, está fuertemente incidida por los hechos sociales, ya se tome consciencia de esto, ya se actúe inconscientemente.

³⁶³ Arnaud, André-Jean. *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*. Madrid, España: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, p. 33.

El encarcelamiento preventivo, ciertamente, constituye uno de los fenómenos jurídicos mayormente sometidos a los vaivenes de la política y a los avatares y proclamas de la más diversa índole, promovidos también por la más distinta suerte de actores sociales. Es importante destacar que la prisión preventiva, de la misma forma, se incardina dentro de la más genérica noción de la prisión como sanción penal; lo cual algunos han querido ver como un reducto o como un ámbito eminentemente jurídico, pero que en realidad circunscribe y aglutina toda una variopinta gama de elementos y de características que confluyen a predicar su indiscutible componente social.

E.2.2. Populismo punitivo y prisión preventiva

Las distintas corrientes y concepciones ideológicas que se favorecen a lo interno de una sociedad determinada, en conjunción con los discursos implícitos en el actuar del estado, indiscutiblemente, forman parte de los hechos sociales que tienen trascendencia y relevancia para el Derecho. Por ello, parecen existir algunos niveles de acuerdo en la teoría moderna, en el sentido de que si en el ambiente social fulguran peroratas de represión, populismo punitivo y fundamentalismos de la más diversa calaña; todo esto creará una correspondencia natural que se traducirá en la tendencia cada vez mayor de los sistemas jurídicos hacia focos de autoritarismo. Ahora bien, la circunstancia de que los sistemas sociales se perciban más y más amenazantes conforme al paso de los años, sin duda, es un fenómeno que está definido en buena medida por el talante propio de la sociedad en que vivimos, y por las concretas peculiaridades de la posmodernidad en que nos desenvolvemos.

Debe enfatizarse, en este punto, que la sociedad posmoderna nos ofrece un pase de abordaje directo hacia un mundo de riesgos, en el cual, paradójicamente, lo que resulta más digno de protección no es la persona considerada en su individualidad y en su esencia, sino un colectivo amorfo al que se llama la patria, la comunidad o la nación, cuya seguridad es defendida a toda costa, a pesar de que ello signifique operar una auténtica injusticia para las concretas individualidades. La respuesta que brinda el populismo punitivo hacia los

fenómenos sociales es automatizada y espontánea, el mismo solo sabe adherirse a proclamas vagas pero eficaces para el logro de sus objetivos: se defiende la inmediatez, la respuesta acrítica a las coyunturas problemáticas de la sociedad, se desdeña la reflexión teórica y se privilegia una praxis mal entendida y mucho peor enfocada. Como decíamos, el paradigma de la sociedad de riesgo en que vivimos ha determinado que entre a operar de lleno un estado securitario; pues cada vez son percibidos nuevos peligros, asechanzas por doquier, reales o ficticias. Es ejemplificativo de esta situación, el argumento que nos refiere Beck en su afamada obra La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad:

«Los paralelismos con la actualidad son evidentes: lo inofensivo (vino, té, pasta, etc.) se convierte en peligroso. Los fertilizantes se convierten en venenos duraderos con efectos a escala mundial. Las, en una época sobrevaloradas, fuentes de riqueza (energía nuclear, química, tecnología genética, etc.) se transforman en fuentes de peligro imprevisibles. La evidencia de los peligros genera cada vez más oposiciones en contra de las rutinas normalizadas de minimización y de encubrimiento. Los agentes de la modernización en economía, ciencia y política se ven desplazados a la incómoda situación del acusado que lo niega todo y al que la concatenación de indicios le lleva a entrar en sudores.

(...)

*Las personas no están en la miseria sino que en general están acomodadas, viven en una sociedad de la abundancia y de consumo masivo (lo cual puede ir ciertamente acompañado por una mayor agudeza en las diferencias sociales); en su mayoría están bien informadas y educadas pero tienen miedo, se sienten amenazadas (...)*³⁶⁴

Los enfoques que privilegia la posmodernidad, el populismo y todo su séquito de doctrinas y de apreciaciones, se hallan dirigidos fundamentalmente hacia la búsqueda de nuevos espacios de poder en el plano político y jurídico. Pero, como se sostiene también por sus mismos adalides, las luchas llevadas a cabo por el populismo y por las diversas ideologías de la Nueva Derecha, no se restringen a un plano exclusivamente político-formal, sino que se apela a una transformación integral y holística de la sociedad y de la cultura. En este entender, bien se afirma que los esfuerzos emprendidos por estas corrientes de pensamiento

³⁶⁴ Beck, Ulrich (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, pp. 57-59. Lo resaltado no pertenece al original.

y de acción son meta-jurídicos y meta-políticos³⁶⁵. Por ello, es útil rescatar en cuáles de estos puntos y sectores de lo jurídico, se ubican exactamente las tendencias del populismo punitivo; ello con miras a definir el nivel de complejidad planteado por esta situación y la posibilidad de enmendar la plana para lograr la sostenibilidad del estado de derecho.

E.2.3. Nuevas regulaciones en materia de prisión preventiva en Costa Rica

Una de las aristas donde se aprecia con una mayor intensidad el fenómeno de la extensión y la generalización del populismo punitivo en Costa Rica, es en lo referido a la regulación con que el instituto de la prisión preventiva se ha caracterizado, en el lapso de los últimos tres años aproximadamente. Estos temas, como se pudo apreciar en la secciones D.1. y D.2., fueron ya tratados con cierta prolijidad, no obstante, conviene realizar una sucinta recapitulación para vislumbrarlos en su justa dimensión, sea comprendiendo sus choques frontales, con las posturas de un Derecho Penal garantista.

Las reformas de las que hablamos, operadas al abrigo de modernos cambios normativos suscitados en nuestro país, hallaron importantes elementos para su concreción, gracias a la aprobación de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, que es la Ley N° 8720 del 04 de marzo de 2009; así como la Ley contra la Delincuencia Organizada, N° 8754 del 22 de julio de 2009. La primera de las legislaciones, como ya se dijo, instaura todo un novedoso régimen en materia de protección a las víctimas y testigos de hechos punibles, inaugurando las figuras de la protección procesal y extraprocesal de los mismos, lo cual ha generado acendrados debates en torno a la posible inconstitucionalidad de estas disposiciones. La segunda de las regulaciones legales establece un estricto régimen sancionador en materia de criminalidad organizada, la cual es definida en términos excesivamente vagos y anfíbológicos y, además, implementa un procedimiento especial contra el incremento de capital sin causa lícita aparente, el cual no deja de tener graves inconvenientes de constitucionalidad.

³⁶⁵ Antón Mellon, Joan. (s.f.). *“La sangre vale más que el oro”. ¿Son fascistas las ideas-fuerza de la Nueva Derecha Europea (ND)?* Barcelona, España: Universidad de Barcelona, p. 10.

De ellas dos, sin duda alguna, la normativa que ejemplifica de la mejor forma el acecho contra el régimen de libertad, lo es la LPVT. Porque por conducto de esta legislación, se incrementan exponencialmente las causales que habilitan al juzgador para decantarse por la emisión de la medida cautelar del encarcelamiento preventivo. Es el artículo 17 la ley de cita, el que contiene la disciplina de la nueva regulación sobre las causales de encarcelamiento preventivo en nuestro medio; así, este numeral incluye un artículo 239 bis al CPP, en el cual se estipulan cuatro nuevos supuestos que habilitan esta medida. Todos ellos con graves problemas de constitucionalidad, pues las nuevas regulaciones comprometen sensiblemente las obligaciones internacionales de Costa Rica en cuanto estado signatario de múltiples convenciones internacionales de DD.HH. Se pierde de vista la posición reiterada de la Corte IDH, en el sentido de que las dos únicas causales admisibles del encarcelamiento preventivo lo son la necesidad de asegurar la acción de la justicia, mediante la garantía de que el imputado no obstaculizará los procedimientos, ni se sustraerá del legítimo accionar de los órganos jurisdiccionales.

En suma, lo que está ocurriendo en Costa Rica a nivel legislativo y jurisdiccional, representa, en la práctica, un ludibrio hacia el SIDH, pues se evidencia aquí que importan más los ánimos por congraciarse con la opinión pública que el respeto debido a los derechos de los acusados de haber incidido en un ilícito penal, según las garantías clásicas del debido proceso. Así lo expresan claramente Carranza y otros autores: *«La persona bajo detención es un ser humano, y como tal, es titular de Derechos Humanos. La persona bajo detención pierde el derecho a la libertad, pero no pierde su libertad ni el resto de los Derechos Humanos.»*³⁶⁶

Y en lo que atañe al rubro de la duración de la prisión preventiva, en aquellos procedimientos en que se haya declarado el juzgamiento de un asunto de criminalidad organizada, la situación no es menos crítica. Para corroborar esto último, baste observar que

³⁶⁶ Carranza, Elías -compilador-; Houed, Mario; Mora, Luis Paulino; Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009). *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: ¿Cómo implementar el modelo de derechos humanos y obligaciones de las Naciones Unidas?* México D.F., México: Editorial Siglo XXI Editores, p. 250.

el plazo ordinario del encarcelamiento preventivo se dispone hasta por veinticuatro meses, sea doce meses más que el plazo previsto en el artículo 257 inciso c) CPP para todos los delitos. Si a esta consideración del plazo ordinario de veinticuatro meses, se le suman las posibles prórrogas que pueden acordarse durante el resto del procedimiento (doce meses más a pedido del Ministerio Público, del querellante o del actor civil; doce meses más en virtud de sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad; y por último, doce meses más cuando así se disponga por el Tribunal de Apelación de Sentencia o por la Sala de Casación al decretarse un juicio de reenvío, todo de acuerdo al artículo 9 de la Ley N° 8754); encontramos que el imputado en una causa por criminalidad organizada, podría eventualmente llegar a descontar hasta seis años consecutivos de presidio provisional, lo cual echa por tierra los clásicos principios sobre los cuales se asienta la prisión preventiva: proporcionalidad, excepcionalidad, provisionalidad y carácter cautelar³⁶⁷.

Es por esto que, entonces, no es sorprendente que algunos connotados autores nacionales sostengan posturas marcadamente adversas hacia esta forma de proceder tanto de la LPVT como de la nueva LCDO, entre los cuales destaca el Dr. Chirino Sánchez, quien asegura: *«No es que pretendamos decir que esta facultad no sea necesaria o siquiera útil para el combate de este tipo de criminalidad. Solo queremos decir que la definición de «rimen organizado» y las peculiaridades de la forma escogida para ampliar las prerrogativas de investigación, podría extender el uso de todo este conjunto de herramientas a mucha criminalidad común que quizá no merezca, desde el punto de vista de proporcionalidad, la utilización de tales herramientas que lesionan de manera tan intensiva los derechos fundamentales de los ciudadanos.»*³⁶⁸

Lo que se encuentra en el fondo de todo esto, es decir, detrás de la arremetida normativa contra la vigencia de la libertad y a favor de la extensión de la prisión preventiva, no es más

³⁶⁷ Bigliani, P. y Bovino, A (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. 1° ed. Buenos Aires, Argentina: Defensoría General de la Nación, pp. 11-23.

³⁶⁸ Chirino Sánchez, Alfredo (2012). *La noción de “delito grave” como criterio para intervenir en las comunicaciones privadas*, en Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica (Análisis de los recientes cambios normativos). San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 417-418.

que un discurso posmoderno que quiere acabar con las garantías constitucionalizadas, creyendo que así se va a reivindicar la sociedad. Como se ha venido insistiendo a lo largo de todo este abordaje, detrás de los fenómenos jurídicos, de todos y cada uno de ellos, se ubican hechos sociales muy concretos en los que encuentran su explicación. Pero lo que se percibe ominoso en todo este panorama, es que la coyuntura social actual, movida a ello por una interesada opinión pública y por los medios de comunicación de masas, favorecen la idea de que las tesis del garantismo penal no sirven para nada y que la solución es acudir con cada vez mayor intensidad a un Derecho Penal de enemigos.

E.3. LA PERSPECTIVA TEORÉTICA DEL GARANTISMO PENAL EN EL ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En el marco de nuestro sistema normativo procesal penal, que se constituye en un nivel macro como una importante instancia de control social, debemos apuntar la circunstancia de que al menos en los dos últimos lustros se ha venido produciendo una cada vez más amplia tendencia hacia la expansión del accionar del *ius puniendi* estatal, hacia la explosión indiscriminada de los tipos penales y al aumento del número de sanciones. Con posturas normativo-legislativas y con aplicaciones jurisprudenciales de esta naturaleza, se colocan en entredicho, no solo las previsiones legales concretas, las disposiciones procesales que son directamente afectadas por las nuevas regulaciones, sino que se dan verdaderos pasos hacia el debilitamiento del cúmulo de garantías nacidas a raíz del pensamiento ilustrado, se afecta al sistema garantista en su conjunto, en su integralidad, y no solo marginal o accesoriamente.

Y es que, en efecto, en las más recientes épocas del mundo contemporáneo venimos asistiendo a un fenómeno que significa, en la práctica, el quiebre de las distintas nociones de sentido y la crítica acerba de la visión de mundo racionalista-empirista, de la postura por la defensa del régimen de libertades y la potenciación de los derechos ciudadanos, en una palabra, se emprende la confrontación contra los dogmas centrales que se sitúan a la base de la teoría de la modernidad.

En esta tesitura, no es extraño que una de las puntas de lanza del discurso de la posmodernidad la constituya precisamente el ataque contra el régimen de garantías que circunscriben el ejercicio de las potestades estatales dentro de límites prefijados, pues se trata ésta precisamente de una de las principales implicancias del pensamiento ilustrado. Porque al ponerse en tela de juicio el principio de legalidad, al flexibilizarse en grado sumo el régimen de la prescripción de los delitos, al preverse juicios sumarísimos para cierta clase de delitos, al aumentarse draconianamente el margen lícito de aplicación de la prisión preventiva, en fin, al implementarse un auténtico estado leviatánico, un estado tiránico, al observarse peligros por todas partes; no solo son las garantías procesales concretas de que hablamos las que son violadas, sino que se embate directamente contra el pensamiento de la modernidad, contra las tesis que desde siglos se vienen esbozando por grandes pensadores para la contención del poder punitivo hacia cauces que permitan que el mismo no llegue a desbordar sensiblemente los valores que hacen a una convivencia pacífica.

Ahora bien, curiosamente encontramos que gran parte de los postulados que someten a crítica las nociones y concepciones de un Derecho Penal liberal, se fundamentan en pretendidas nociones de respeto hacia los DD.HH. Surgen así a la palestra del pensamiento jurídico, apreciaciones tan cuestionables como las de la necesidad de seguridad ciudadana, la defensa de la patria, del orden público, entre otras. Se instauran disposiciones legales leoninas bajo la bandera de la humanidad y del imperio del Derecho. En fin, cada vez se alega más insistentemente la imperiosa necesidad de proteger derechos humanos de las víctimas, se nos intenta exponer una pretendida situación de inseguridad rampante, se nos dice que nuestro régimen de libertades y derechos solo subsistirá precisamente si son vulnerados y puestos en entredicho las libertades y los derechos. Como bien lo exponía el autor alemán Cornelius Prittwitz:

«La política criminal se —earma: el derecho penal y las penas se expanden. La regulación y la práctica del proceso penal se han adaptado a las elevadas exigencias que resultan de esto. La ejecución de la pena se decanta crecientemente hacia la mera custodia y el —arresto preventivo” (Sicherungsverwahrung), que había sido casi relegado al olvido, experimenta un insospechado y variado renacimiento. La —epresividad” ha sido anunciada.

(...)

El llamado a una —lucha contra el terrorismo” resulta mucho más peligroso, en especial si consideramos la unanimidad, la intensidad y la autoridad con que se hace ese llamado. Pues aquí convocan a luchar grupos muy poderosos, quienes tienen a su disposición armas de un carácter totalmente diferente. Y esas armas quizás no dan en el blanco en los —enemigos atacantes”, sino, y sobre todo (indiscutida e incuestionablemente), respecto de lo defendido: la constitucionalidad liberal de nuestras sociedades, la constitucionalidad del Estado de Derecho de nuestros Estados y, como se ha apuntado, la dignidad humana. Las guerras, objetables desde el punto de vista del derecho internacional (palabra clave: Afganistán), o enteramente contrarias al derecho internacional (palabra clave: Irak), y sus consecuencias (palabra clave: Abu Ghraib y Guantánamo), demuestran esto de la manera más evidente).»³⁶⁹

En relación con la temática acotada, podemos efectuar una retroalimentación incorporando el expresivo concepto de “hojarasca retórica”³⁷⁰, prohijado por el profesor Antillón Montealegre: hojarasca retórica es el discurso que pretende deslegitimar la genética incompatibilidad del populismo punitivo con las garantías procesales y sustantivas que se han constitucionalizado en la mayoría de nuestros países, hojarasca retórica es el populismo punitivo mismo. Porque el populismo punitivo apela a un proceder engañoso, distrae la mirada de los hechos y de las situaciones que verdaderamente deberían estar bajo su óptica; es decir, ante el fenómeno cada vez más generalizado del aumento de los índices de violencia y de las tasas de criminalidad -fenómeno de por sí innegable, dicho sea de paso-, pretende que todo se solucione a través del simplista recurso a la violencia institucionalizada, a través del aumento de las penas, de los tipos penales, de la criminalización primaria, de la población carcelaria. Como antes lo sugeríamos, con esta estrategia la corriente del populismo punitivo pretende apartar la mirada de los verdaderos problemas que aquejan e imposibilitan un sano accionar del cuerpo social: los problemas nunca resueltos de la exclusión social, la desigualdad en la distribución de las riquezas, los

³⁶⁹ Prittwitz, Cornelius (2007). *¿Los enemigos nos rodean? Acerca de la limitada compatibilidad entre seguridad y libertad*, en Llobet Rodríguez, Javier (coord.) *Justicia penal y estado de derecho*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 103-106.

³⁷⁰ Antillón Montealegre, Walter (2012). *El discurso de la seguridad ciudadana en las recientes reformas procesales*, en *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica (Análisis de los recientes cambios normativos)*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 19.

malestares internos y las graves confrontaciones políticas, factores estos todos que se encuentran a la base misma de la fenomenología de la delincuencia.

Ahora bien, como en muchas ocasiones verdaderamente se da una expansión considerable de grupos que se articulan alrededor de estrategias organizadas de criminalidad y, ante las carencias y deficiencias del estado para asegurar o al menos combatir los problemas que se ubican en la génesis de la conformación de organizaciones delincuenciales, entonces se acude al discurso entusiasta y acrítico que propugna la “mano dura”, el endurecimiento de las penas y castigos y la vigorización de las potestades del estado como pretendida técnica para hacer frente al delito. Verónica de la Torre y Alberto Martín argumentan que es por esta incapacidad estatal de hacer frente a los cada vez más nuevos avatares de la sociedad moderna y de su complejidad orgánica, que nace una ansiedad popular que finalmente desemboca en lo que aquí hemos denominado “populismo punitivo”:

«Esta ansiedad pública y la incapacidad de los Estados para enfrentarla se han concretado en una serie de respuestas de parte de la ciudadanía, de entre las que este artículo destaca el apoyo a medidas de justicia expresiva representadas por las políticas de —mano dura— contra el crimen. La extendida percepción de inseguridad ha sido también responsable de que se la politice, y ha abierto la puerta al aprovechamiento político del miedo al crimen y al uso del populismo punitivo como estrategia para originar consenso acerca de las medidas de justicia expresiva adoptadas, y para capitalizar electoralmente la ansiedad de la población.»³⁷¹

E.3.1. Los postulados del garantismo de Luigi Ferrajoli

Las garantías penales y procesales penales propias de la tradición clásica del Derecho criminal, la necesaria contención del estado que fue defendida por autores de la talla de Beccaria, Carrara, von Feuerbach, Romagnosi, Carmignani, entre otros; ha sido magistralmente condensada por el tratadista italiano Luigi Ferrajoli, quien defiende un

³⁷¹ De la Torre, Verónica; Martín Álvarez, Alberto. *Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central*, en *Revista Perfiles Latinoamericanos*, N° 37, enero a junio de 2011, p. 34.

modelo de justicia penal basado en la teoría de la “estricta legalidad”, misma que solo tiene cabida en un estado democrático de derecho:

«Más exactamente, el principio de —estricta legalidad” puede ser re-definido como una norma meta-legal que somete la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales: la tipicidad del uso de la fuerza que constituye el uso de la sanción penal, la taxatividad de los hechos empíricos previstos como delictivos, de los perjuicios que de ellos se derivan y de la culpa del sujeto o de los sujetos intervinientes, así como la verificación del delito cometido por un juez imparcial y en un proceso público contradictorio, en el que el que acusa tiene que probar lo que afirma y el que se defiende puede desmentirlo. Por tanto, de acuerdo con tales principios, son legítimas todas aquellas -y solo aquellas- formas de violencia taxativamente previstas en la ley como sanciones penales frente a comportamientos culpables, a su vez predeterminados legalmente y confirmados judicialmente como delictivos.»³⁷²

Esta concepción del moderno estado de derecho, como un sistema garantista que abra paso a la estricta legalidad³⁷³, está sigilosamente transmutándose más bien hacia un Derecho Penal que parte de una visión belicista de la sociedad, misma que trata de proyectar la finalidad del poder punitivo como una “guerra al delincuente”³⁷⁴. Esta apreciación

³⁷² Ferrajoli, Luigi (1990). *La legalidad violenta*, en *Cuadernos de política criminal*. Madrid, España: Ministerio de Justicia. N° 41, p. 176. Lo subrayado no pertenece al original.

³⁷³ Debe rescatarse que las ideas más conspicuas y elaboradas en torno al garantismo penal pertenecen al distinguido jurista y exjuez italiano Luigi Ferrajoli, quien incluso las sintetizara cabalmente en su obra *Diritto e Ragione*, publicada en el año 1995. Este propio autor refiere tres hipótesis o definiciones en que se nos muestra lo que a su criterio son los linderos y los contornos del garantismo: «1° **Garantismo**, en efecto significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra las arbitrariedades de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas de juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente, la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad.» Cf. Ferrajoli, Luigi (1997). *Derecho y Razón*. 2° ed. Madrid, España: Editorial Trotta S.A., p. 336. De la misma forma, el tratadista precitado recoge también otras dos acepciones para este *definiendum*: «2° El **garantismo** es una teoría de la validez y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también distintas de la existencia o vigencia de las normas; 3° El **garantismo** designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela constituye precisamente la finalidad de ambos.» Cf. Ferrajoli, Luigi (1997). *Op. Cit.*, p. 85.

³⁷⁴ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Slokar, Alejandro; Alagia, Alejandro (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, p. 17.

particular del poder represor estatal, valga recalcar, tiene el nocivo efecto de reproducir los conflictos sociales y los antagonismos que se ubican a la base de la sociedad moderna, y ello genera -a pesar de las nuevas oleadas por la desmedida criminalización de la mayor parte de conductas- que en ningún momento los índices de criminalidad experimenten una constante tendencia a la baja, pues el trasfondo problemático continúa latente.

A estas mismas conclusiones allega el profesor Ferrajoli, quien efectúa una voluminosa crítica de los sistemas jurídico-penales actuales. Él se expresa de la manera que sigue sobre la dogmática y la praxis en el Derecho criminal:

*«Hemos visto cómo el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción, o peor aún, a las prácticas administrativas y policiales.»*³⁷⁵

Sobre el apunte de la primacía formal del Derecho de la Constitución, pero su falta de aplicación en la práctica, Ferrajoli construye gran parte de sus postulados, realizando la importante crítica de que esta forma de proceder atenta contra la vigencia del principio democrático. Asimismo, representa un quebranto del garantismo penal, en razón de que así se deja insubsistente este particular “sistema normativo de derecho”: un sistema que en el plano epistemológico se verifica como un sistema cognoscitivo o de reducción del Derecho Penal a su mínima expresión, en el plano político como una técnica capaz de minimizar la violencia institucionalizada y de maximizar el régimen de libertades y en el plano jurídico como un prediseño enfocado a contener lo más posible el ejercicio del *ius puniendi* estatal para así consolidar el disfrute de los derechos ciudadanos.

La reestructuración de los patrones económicos clásicos de las sociedades occidentales, genera las dificultades que hemos venido señalando en torno a la diferenciación social que se encuentra a la base de una criminalización más amplia de la vida cotidiana. En lugar de

³⁷⁵ Ferrajoli, Luigi (1997). *Derecho y Razón*. 2° edición. Madrid, España: Editorial Trotta, p. 851.

privilegiarse las corrientes que abogan por la reducción del Derecho Penal, nuevas cavilaciones surgen cada día más hacia la penalización indiscriminada de distintos sectores del comportamiento humano. En el derecho norteamericano, esta apreciación puede observarse por ejemplo en los discursos de “Zero-Tolerance”, los cuales hacen parte de la llamada “criminología de la vida cotidiana”³⁷⁶; verdadero nombre-símbolo bajo el cual se agrupan diversas formas de reacción frente a la delincuencia; en efecto, aquí tenemos que incluir las pulsiones sociales hacia el pragmatismo en la punición de conductas prohibidas, e igualmente debemos incluir las tesis que abogan por reprochar criminalmente incluso aquellas conductas a las cuales, tradicionalmente, se las ha considerado como desprovistas de la entidad como para llegar a constituir justificantes del despliegue del Derecho sancionador: consumo de drogas en público, “graffittis”, pedir dinero a las personas que parquean su vehículo en la vía pública, mendigar, dormir en los parques, vagabundear, y otras conductas de esta naturaleza.

En este entendido, importa destacar que la teoría del garantismo penal de Ferrajoli se erige como una concepción que procura, sobre todo, hacer patente la divergencia que existe en muchos ordenamientos entre modelos normativos tendencialmente garantistas y prácticas normativas tendencialmente antigarantistas³⁷⁷. El garantismo penal es entendido, desde este punto de vista, como una doctrina en la constante búsqueda de la legitimación y deslegitimación interna del Derecho Penal, siempre requiriendo de los juzgadores una actitud crítica hacia las leyes vigentes y ello para equilibrar el punto de vista normativo del derecho válido y el punto de vista fáctico del derecho que se aplica en la realidad.

A pesar de los importantes aportes bosquejados desde la teoría del garantismo en la labor de depuración del Derecho Penal hacia moldes más democráticos, no podemos perder de vista que este movimiento no se encuentra exento de críticas, algunas de ellas fundadas. Por ejemplo, el señor Monge Navarro argumenta que, si bien muchas consecuencias del garantismo son válidas, esta doctrina finalmente ha incurrido en lo que denomina una

³⁷⁶ Hassemer, Winfred; Muñoz Conde, Francisco (2001). *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 329.

³⁷⁷ Ferrajoli, Luigi (1997). *Derecho y Razón*. 2° edición. Madrid, España: Editorial Trotta, p. 852.

“hipóstasis” de sus postulados; con este término filosófico que quiere dar a entender que al fin de cuentas, para Ferrajoli el sistema penal, la pena y el mismo proceso penal acaban por ser en sí mismos una garantía para el inculpado, independientemente de sus contenidos concretos³⁷⁸. Esta noción es acerbamente controvertida desde el momento en que se advierte la incompatibilidad entre las medidas coercitivas y gravosas que utilizan el proceso y el Derecho Penal en general, frente a los discursos garantistas que los reivindican.

Es decir, el señor Roy Monge nos trae a colación la interesante arista de la incoherencia de los postulados de Ferrajoli; con el argumento de que un Derecho Penal que allana de madrugada la vivienda del imputado, lo encierra mientras lo presume inocente, le aplica juicios sumarios sin posibilidad de defensa y en que debe enfrentarse a testigos desconocidos; en fin, un proceso penal que estigmatiza socialmente y que lesiona la dignidad humana de sus destinatarios, no puede considerarse como proveedor de garantías y de beneficios. Estas mismas ideas son sugeridas veladamente por el profesor Salas Solís:

«Quien ha sufrido un daño en su persona, en su patrimonio, en su honor, o en sus seres queridos desea castigar al delincuente. El resto es pura palabrería. En no raras ocasiones, especialmente el campo de los delitos pasionales o de —sangre» (lesiones, homicidios, violaciones), las víctimas exigen, incluso, que el autor del delito pague con su vida. Esto explica la pervivencia de la pena de muerte. Es decir, que más allá de todo discurso teórico o de todo postulado normativo-ideal sobre los fines que persigue el derecho penal, lo cierto

³⁷⁸ La palabra “hipóstasis”, del griego ὑπόστασις; es un término que designa habitualmente, aunque de un modo impreciso, la cualidad de ser o sustancia, pero en el tanto y en el cuanto que realidad de la ontología. A menudo se la traduce como “ser de un modo verdadero”, “ser de un modo real” o también “verdadera realidad”. Por la “hipóstasis de los propios postulados del garantismo”, el autor nacional Monge Navarro entiende y critica esta tesis de la siguiente manera: *«En una palabra, Ferrajoli no sólo plantea que sus postulados sirvan o ayuden a proteger derechos y garantías y a limitar el poder punitivo -cosa que me parece sí hacen en buena parte-, sino que dice que el propio derecho penal y el proceso, así como los fines de la pena de prisión nacieron y son garantía para el ciudadano. Pues una cosa muy distinta es decir que gracias a ciertas ideas o teorizaciones aportadas por el garantismo penal se han logrado crear garantías o normar derechos que antes no poseía, por ejemplo, el imputado, a decir que el proceso mismo tiene como finalidad principal ser una garantía; es decir, que se investiga, persigue, pena mientras procesa, encierra preventivamente y demás por poseer aquel una función estrictamente garantista de protección de garantías procesales.»* Cf. Monge Navarro, Roy Arturo (2012). *Prisión Preventiva y Principio de Inocencia -un intento por problematizar la discusión-* [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 124-125. Lo resaltado no pertenece al original.

*del caso es que la sanción cumple (y no se ve cómo pueda ser de otra manera en nuestro mundo), un fin vindicativo.»*³⁷⁹

Como hemos visto y como se señala por algunos connotados teóricos, en muchas ocasiones, el subsistema penal opera fundamentalmente a un nivel retributivo y solo en muy exiguos supuestos desempeña un papel protector de las garantías ciudadanas. Esta crítica al accionar del Derecho Penal moderno, genera una profunda llamada de atención para algunas posturas del garantismo, en el sentido de que su fe ciega en el proceso penal no está devengando los réditos esperados. No obstante, lo rescatable de todo ello es que por su conducto, es decir, mediante la aplicación de postulados garantistas, el ejercicio del *ius puniendi* estatal es contenido dentro de límites saludables, evitando o amainando así, en la medida de lo posible, la arbitrariedad y la selectividad con que opera el sistema, sin necesidad de acudir a tesis tan utópicas y contraproducentes como la del abolicionismo, con las cuales lo único que se lograría es la reinstauración de la venganza privada³⁸⁰.

Una crítica consistente y multicomprendiva de las proclamas del garantismo es la que ejercita el autor nacional Gabriel Ortega Monge, quien censura como quiméricos y contrarios a los principios democráticos la mayoría de los aspectos definitorios de la tesis garantista. Para sustentar sus derivaciones teóricas, Ortega Monge aduce que el garantismo olvida los problemas sociales que se encuentran en la base del Derecho Penal, desdeña el hecho criminoso mismo y las graves consecuencias que el mismo ocasiona en el tejido social, y trastoca la discusión acudiendo a las ramas, criticando por ejemplo la distribución inequitativa de la riqueza o el papel desinformador de los medios de comunicación. Para el

³⁷⁹ Salas Solís, Minor E. (2008). *La teoría de los fines de la pena: un intento por combatir sus vicios argumentativos*, en [El Dial.com](http://ElDial.com) [Versión en línea]. Buenos Aires, Argentina: Biblioteca Jurídica online.

³⁸⁰ Comentando algunos corolarios lógicos que se derivarían de la implantación de un sistema abolicionista, Ferrajoli sistematiza un interesante comentario: «*Pero defenderé al mismo tiempo, en contra de las hipótesis abolicionistas propiamente dichas y de las sustitucionistas, la forma jurídica de la pena, como técnica institucional de minimización de la reacción violenta a la desviación socialmente no tolerada y de garantía del inculpado frente a las arbitrariedades, los excesos y los errores ligados a sistemas jurídicos de control social. Históricamente en efecto, el derecho penal nace no como desarrollo sino como negación de la venganza (...) En ese sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza.» Cf. Ferrajoli, Luigi (1997). *Derecho y Razón*. 2° edición. Madrid, España: Editorial Trotta S.A., pp. 332-333. Los resaltados y los subrayados pertenecen al original.*

citado autor, parece un disparate el proceder del garantismo de defender la existencia de un estado y el proceso penal consustancial al mismo, y de otro lado criticar el uso de la fuerza y de los mecanismos de control social -instrumentos ínsitos al poder de policía atribuido al mismo estado-:

«Antes he descrito el error más grave en el que incurren los garantistas al abordar la cuestión, me refiero a la inconsistencia que reside en aceptar y justificar la existencia del estado y su forma -el derecho-, pero no así su poder. En términos ilustrativos, es como darle un arma descargada al estado, con lo que se consume la más grande perversión del fin tradicional del derecho penal. Todas aquellas prácticas que se dirigen a vaciar de contenido el aparato punitivo, cometen el error -quizá inconscientemente- de descargar al estado y al derecho de su componente esencial: el poder. Cuestionar el poder represivo, equivale a cuestionar la legitimidad del monopolio de la fuerza y de la violencia que ostenta el estado, pues la legitimidad política del estado y del derecho penal tienen la misma base.»³⁸¹

Frente a los dardos que contra el garantismo son lanzados por Ortega Monge, deben mostrarse ciertas suspicacias y recelos. Si bien debe reconocerse la coherencia interna y la impecable ilación argumentativa evidenciada en el ensayo de este expositor, a su tesis de fondo puede objetársele el que confunda -de alguna manera- las verdaderas luchas del garantismo, pues en algunos rubros de su análisis parece analogar demasiado los postulados garantistas con aquellos propios del abolicionismo. Ciertamente, el garantismo no controvierte del todo el ejercicio del poder estatal, pues reconoce que ello es impracticable y que generaría efectos contraproducentes en las comunidades políticamente organizadas; por el contrario, lo tolera como una especie de “mal necesario”, no sin dejar de apuntar que a lo largo de la historia el poder público se ha ejercido en múltiples ocasiones para lesionar los derechos de personas y comunidades enteras y para implar los números de la arbitrariedad, de la sinrazón y de las iniquidades. Por ello, el garantismo se concibe más bien como mecanismo de “acotación” racional de la escala del poder punitivo, para que la misma no traspase ciertos límites a partir de los cuales su ejercicio pueda devenir intolerable y pernicioso para la mayoría de la población organizada bajo formas estatales; y

³⁸¹ Ortega Monge, Gabriel (2011). *Crítica al garantismo penal desde los presupuestos de la democracia* [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, pp. 96-98.

en esta lucha opta por acudir a los instrumentos constitucionalizados y legalizados en la mayoría de fuentes del Derecho de los estados modernos.

Otro flanco de críticas se cierne también sobre el garantismo, desde la perspectiva de que se trata de una doctrina indisociablemente inspirada en un iusnaturalismo reformado; es decir, se expone que las ideas garantistas no podrían subsistir autónomamente si no defendieran *a priori*, como válidos, justos e inmutables, una serie de creencias y de valores que predicarían qué es lo bueno, lo justo y lo correcto en una sociedad y contexto determinados. Estos valores y principios se han recogido en diversos textos constitucionales y en instrumentos internacionales de protección de los DD.HH. e incluso han sido recibidos en la legislación ordinaria de muchos países y, tal es el nivel de aceptación de que gozan para algunos teóricos, que Ferrajoli ha construido con ellos un conjunto de diez máximas o axiomas para la producción, aplicación y ejercicio del Derecho Penal³⁸².

Y es que, ciertamente es irrefutable la idea de que tesis y discursos como el garantista, estén de alguna manera influidos por la simiente del Derecho Natural; ello al corroborar que las constituciones y los tratados internacionales -a los que se califica como el sustento del sistema de justicia penal “garantista”- no son sino el resultado de un paradójico fenómeno de “positivización” de ciertos principios y reglas considerados como sagrados e intangibles para muchos, a través de su inserción en textos escritos y promulgados. Este proceso de nuevo auge del iusnaturalismo, que se ha venido sucediendo en el tiempo y en la Historia de forma impertérrita, adquiere una nueva faceta en los últimos años, sobre todo a partir de

³⁸² Sobre el contenido de estas máximas, cf. Ferrajoli, Luigi (1997). *Derecho y Razón*. 2ª edición. Madrid, España: Editorial Trotta, p. 93. Baste, para los efectos de este trabajo, su simple reseña: 1) *Nulla poena sine crimini* (no hay pena sin crimen), 2) *Nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin ley que así lo defina), 3) *Nulla lex sine necessitate* (no hay ley si la misma no es necesaria), 4) *Nulla necessitas sine iniuria* (no hay necesidad si no hay daño), 5) *Nulla iniuria sine actione* (no hay daño si no se comete una acción), 6) *Nulla actio sine culpa* (no hay acción sin culpa del agente), 7) *Nulla culpa sine iudicio* (no hay culpa sin proceso judicial que así lo demuestre), 8) *Nullum iudicium sine accusatione* (no hay juicio sin actividad acusatoria), 9) *Nulla accusatio sine probatione* (no hay acusación sin actividad probatoria), y 10) *Nulla probatio sine defensione* (no hay actividad probatoria sin oportunidades de defensa). Asimismo, este autor adhiere implícitamente al iusnaturalismo en la expresión de juicios de valor como el que se reproduce: «*Argumento decisivo contra la inhumanidad de las penas es por el contrario el principio moral del respeto a la persona humana, enunciado por Beccaria y por Kant con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un “medio” o “cosa”, sino siempre como fin o persona.*» Cf. Ferrajoli, Luigi (1997). *Op. Cit.*, pp. 395-396.

lo acaecido en el marco de las dos primeras guerras mundiales del siglo XX, en que la humanidad comprendió la barbarie y la ignota gama de atrocidades de las cuales podía ser artífice la persona humana. Como respuesta a ello, se “constitucionalizan” o “convencionalizan” numerosos Derechos Humanos, situados allende el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los estados de la comunidad internacional y que ciertamente han ido siendo considerados por las cortes internacionales como principios superiores, válidos, justificados y justificables *per se*, y que de hecho deben inspirar la producción normativa de aquellos ordenamientos en donde sean receptados³⁸³. Así las cosas, el considerar al garantismo como una doctrina matizada de alguna manera por la corriente axiológica del iusnaturalismo deviene ineluctable; lo cual no obsta para asegurar que ello no es problemático, pues cualquier postura o idea que adopte el ser humano sobre cualquier particular, ha de estar indefectiblemente signada por la adopción de juicios de valor³⁸⁴.

Las elucubraciones teóricas que se han suscitado en torno a la tesis del garantismo penal -ya sea a favor o en contra-, encuentran un punto de concreción en el acendrado debate acerca de la admisibilidad o no de la prisión preventiva. Como observábamos con antelación³⁸⁵, los argentinos Gustavo Vitale³⁸⁶ y Eugenio Raúl Zaffaroni³⁸⁷ niegan

³⁸³ Sobre este proceso de “constitucionalización” y “positivización” de los Derechos Humanos, cf. *Supra*, Sección D.3.

³⁸⁴ Sobre la relativa arbitrariedad en que descansa todo fenómeno valorativo, el autor nacional Enrique Pedro Haba nos ilustra importantes criterios nacidos de la axiología jurídica: «*La cadena eventual de los fundamentos -fundamentos de fundamentos- es virtualmente inagotable. Por eso, el punto mismo de partida de cualquier razonamiento no tiene más remedio que significar, de hecho, una ruptura en la cadena de los posibles fundamentos. Un razonamiento se detiene en el fundamento n, aceptándolo como suficiente, a pesar de que resulta siempre posible (hipotéticamente) pedir que se proporcione todavía un fundamento n + 1 para aceptar a n. (...) Por ende, la circunstancia de elegir un fundamento determinado, apoyar cierta conclusión sobre un razonamiento dado, siempre comporta un cierto grado de arbitrariedad: ¿por qué tomar como base el fundamento X en vez del fundamento Y? En última instancia, esa elección se remite a un consenso. Se piensa que es legítimo -se toma como indiscutido o, muchas veces, hasta como indiscutible- el fundamento elegido, porque se está, o se piensa que hay que estar, de acuerdo acerca de él.*» Cf. Haba Müller, Enrique Pedro (2008). *Elementos básicos de axiología general: epistemología del discurso valorativo práctico*. 1º ed. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, pp. 150-151. Lo resaltado no pertenece al original.

³⁸⁵ Cf. *Supra*, Sección B.1.

³⁸⁶ Vitale, Gustavo L. (2007). *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Hammurabi, pp. 57-59.

radicalmente la posibilidad de encarcelar antes de la sentencia, en tanto que el italiano Luigi Ferrajoli³⁸⁸ y el también argentino Alberto Bovino³⁸⁹ mantienen una postura sumamente contestataria y combativa contra la prisión provisional, rayana a su total inadmisión como cautela válida en el proceso penal. Desde la vertiente opuesta, los exponentes del positivismo criminológico italiano -Ferri, Garofalo, Manzini-, junto con los grandes adalides de los movimientos fascistas, abogan más bien por la crítica al principio de presunción de inocencia, al considerarlo irrealizable y carente de sentido en la práctica.

Frente a estas dos nociones antipódicas, se erige una tercera vía que aboga por la compatibilidad, por la coherencia necesaria entre la prisión preventiva y los principios procesales recibidos en las constituciones modernas; esta última apreciación que funge a la manera de lenitivo para las aspiraciones de ambos bandos, ya que con las posiciones compatibilistas no se controvierte ni la presunción de inocencia -al menos formalmente-, como tampoco la figura de la prisión preventiva. En definitiva y para exponerlo en términos medianamente coloquiales, lo que aquí entra en juego es la discusión acerca de la legitimidad o justicia misma de la posibilidad de encarcelar inocentes³⁹⁰; aspecto que, como

³⁸⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl (1992). *Las penas crueles son penas*, en *Derecho Penal y Criminología*. Bogotá, Colombia. N° 47-48, 1992, pp. 39-40.

³⁸⁸ Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta, pp. 100-101.

³⁸⁹ Bigliani, Paola; Bovino, Alberto (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, p. 48 *et passim*.

³⁹⁰ El asunto no es improblematizado. Frente a multitud de voces que critican el garantismo y la acumulación formal de principios constitucionales a favor del imputado -voces muchas de ellas suficientemente fundadas, tal como puede derivarse del abordaje que hace el señor Gabriel Ortega Monge-; también se hallan otras posturas que, aunque minoritarias, evidencian un gran recelo contra el encarcelamiento provisional, como lo es la voz de Daniel Pastor, para quien en la disputa de la prisión preventiva está envuelta e implicada nada menos que la controversia sobre la legitimidad externa y la coherencia interna del Estado de derecho: «*En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho. Es un hecho que la privación de libertad procesal pone en cuestión todos los principios de protección de la persona acusada, pues el imputado detenido queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando, constitucionalmente, su situación jurídica debería ser la contraria. Por lo demás, la persecución penal estatal significa ya, con prisión provisional o sin ella, una pena de sospecha: la pena de proceso. O, si se quiere, sobre todo en los procesos prolongados, la persecución implica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de "semi-penalización", que se manifiestan en angustia, gastos, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito, etc. La falta de una determinación aproximadamente precisa de la duración del proceso coloca al enjuiciado en la llamada "situación de doble incertidumbre": no sabe cómo terminará su proceso y tampoco sabe cuándo. Para algunos la cárcel sin juicio*

ya hemos visto, no obedece sino a un simple y llano criterio valorativo e implicará inexorablemente el decantarse por una decisión.

De todos modos, debe reconocerse que si se llevan las críticas contra la prisión preventiva hasta el extremo -en atención al postulado axiológico de la presunción de inocencia-; entonces no solo el propio presidio provisional sucumbiría, sino las injerencias coercitivas del proceso penal mismo (allanamientos, registros de morada, interrogatorios, citaciones y órdenes de restricción, entre otros), e inclusive devendría inadmisibles la tramitación misma de la causa en contra de un imputado presumido inocente. Esta misma conclusión fue ya defendida por Julio Maier de manera impoluta: «[La presunción de inocencia y su correlato de la imposibilidad de imponer pena sin sentencia judicial previa] *no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento.*»³⁹¹

es una contradicción en los términos.» Cf. Pastor, Daniel (2004). *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en *Id.*, *Tensiones*. Buenos Aires, Argentina, pp. 182ss. Una posición conciliatoria, a caballo entre las sostenidas por el positivismo criminológico y los abolicionistas de la prisión preventiva, la podemos encontrar reflejada de primera mano en la obra de Hassemer, quien asegura que: «*No puede quedar sujeto a la voluntad del condenado el sustraerse prematuramente a la consecuencia penal (...) Así, en tanto deban permanecer firmes los presupuestos de nuestro procedimiento penal, sea la realización de la ley sustantiva por medio de un proceso de comprobación adecuada de los hechos; la prisión preventiva por fuga, peligro de fuga, y -menos necesariamente- por peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad debe ser jurídicamente posible, pues de otro modo estos presupuestos no serían realizables (...) Esta pérdida de la libertad, así entendida, es condición de la posibilidad de un procedimiento en interés jurídico.*» Cf. Hassemer, Winfred (1998). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires, Argentina: Editorial ad-Hoc, pp. 115-116.

³⁹¹ Maier, Julio B. J. (2002). *Derecho procesal penal. [Tomo I Fundamentos]*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., p. 510.

E.3.2. Populismo punitivo en Costa Rica: aproximación a un caso concreto

En los últimos años se ha venido dando un proceso de intervención cada vez más masiva del estado hacia lo interno de ámbitos que tradicionalmente estaban circunscritos a la sola esfera privada; *ergo*, la opinión pública y la opinión generalizada de la misma ciudadanía cobra un importante papel. Los medios masivos de comunicación generalmente desempeñan un papel de magnificación de los efectos de la criminalidad y de los conflictos sociales. Se crea así innecesariamente una sensación de alarmismo, pues los noticiarios y reportajes periodísticos tienen el efecto de acercar al común de la población a la percepción casi directa de los fenómenos criminales. A su vez y, ante la indiscutible expansión de los índices de criminalidad violenta, las autoridades gubernamentales pretenden granjearse el favor popular proponiendo medidas cándidas y simplistas frente al delito: implementación de políticas de “mano dura”, como si la mano dura pudiese solventar las enormes brechas sociales y los problemas de fondo que se encuentran a la base del aumento de los niveles de violencia en una sociedad determinada. La Carta Magna del delincuente de la que hablaba von Liszt, se va convirtiendo así progresivamente en la Carta Magna de un amorfo y etéreo conglomerado social. Se ha afirmado con razón al respecto, que *«los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos»*³⁹².

Esta invasión de la democracia por la emoción, la tenemos claramente ejemplificada en amplios sectores de la praxis judicial costarricense. Para lograr la explicación de estas tesis, es importante hacer un breve estudio de lo que ha ocurrido en nuestro país en un caso concreto, relacionado con el tópico de la aplicación práctica de las reglas de la prisión preventiva. Así por ejemplo, entre los meses de mayo y julio del año 2011, se presentó una situación en la cual dos sujetos de nacionalidad mexicana fueron incriminados por la comisión de un delito de tráfico internacional de drogas; causa en la cual, la jueza penal de

³⁹² Garapón, Antoine (1997). *Juez y democracia*. Barcelona, España: Editorial Flor del Viento, p. 94.

la localidad de Pavas, dispuso su arresto domiciliario, luego de más de seis meses en que los inculcados estuvieron descontando prisión preventiva. La causa penal había tenido su inicio el día 10 de octubre de 2010, data en la cual una avioneta fue siniestrada a pocos metros de su despegue, colapsando en las ramificaciones del río Torres, al evidenciar un inusitado sobrepeso, dado que estaba cargada con 177 kilogramos de clorhidrato de cocaína. Seis meses después de estos hechos, la agencia fiscal ni siquiera había formulado pieza acusatoria en contra de los extranjeros, encontrándose la causa aún en su fase preparatoria; por lo cual la jueza penal Kattia Jiménez optó por otorgar la sustitución de la cautela de prisión preventiva, disponiendo su arresto domiciliario según el artículo 244 inciso a) del CPP, considerando al efecto que el encarcelamiento es una medida de carácter excepcional.

Ante la situación antes esbozada, se produjo tanto en la prensa como en distintos sectores de la ciudadanía, un *mare magnum* de críticas dilacerantes contra la decisión de la jueza. El día 19 de mayo de 2011, apareció un reportaje periodístico en el diario “La Nación” que se titulaba *Mexicanos salen hoy de la cárcel, confirma el viceministro de Seguridad*, y en el cual se proporcionaba información en el sentido de que el propio viceministro de Seguridad manifestaba implícitamente sus reservas al cumplimiento de la orden judicial, indicando que: «Tengo que ejecutar la orden porque si no lo hago me puedo ver envuelto en un proceso legal por desobediencia. Estoy coordinando todo con el director de la Fuerza Pública, Juan José Andrade y luego iré a la vivienda para supervisar personalmente que se cumpla lo dispuesto por el Tribunal.»³⁹³

La subsecuente ola de protestas callejeras a que dio lugar la medida adoptada por el Tribunal, así como la arremetida de la prensa contra la decisión, motivó que un Juzgado Penal revocara la medida de excarcelación que fuera ordenada en su oportunidad, pero que nunca se cumplió. Así fue reconocido incluso por una nota periodística expuesta en el mismo rotativo, el día 20 de mayo de 2011, intitulada *Juez congela fallo que da casa por*

³⁹³ La Nación. “Mexicanos salen hoy de la cárcel, confirma el viceministro de Seguridad”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 19 de mayo de 2011. Sección Sucesos. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011.05.19/Sucesos/UltimaHora/Sucesos2783629.aspx?Page=4>. Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

cárcel a reos mexicanos, y en la cual se indica en su tenor literal, lo que sigue: «*La indignación de los vecinos del barrio Las Orquídeas, en Goicoechea, opuestos a tener en su comunidad a dos reos mexicanos bajo arresto domiciliario, pesó ayer para que un juez decidiera, al menos por ahora, mantenerlos en la cárcel La Reforma. La protesta contra la llegada de los investigados por narcotráfico, concluyó con la decisión del juez penal de Pavas, Joaquín Hernández, de congelar el fallo de casa por cárcel para los foráneos dictado por una colega suya.*»³⁹⁴ Como podemos observar, se acepta sin ninguna reserva y sin cuestionamientos, el que sean los desaforados clamores populares los que resuelvan, en definitiva, si una persona debe permanecer en libertad o debe ser sometida a la gravosa disciplina de las medidas cautelares. Pero lo que resulta todavía más problemático, es que nuestro sistema jurídico avanza con paso firme hacia un estado que hace de la independencia judicial una simple caricatura; pues en este mismo caso, la Corte Plena decidió sancionar disciplinariamente, con una suspensión por un mes, a la funcionaria judicial que se decantó por denegar la prórroga de la prisión preventiva a los indiciados³⁹⁵. El acto administrativo sancionatorio se sustentó en el artículo 199 LOPJ -tildado de inconstitucional por muchos sectores de la judicatura patria-; concomitantemente, los magistrados adujeron como motivos determinantes para la suspensión impuesta a Jiménez Fernández, una pretendida falta de fundamentación en su fallo:

«Si se analiza detenidamente el registro audiovisual citado, se colige que una vez establecido por parte de la jueza que se mantenía el peligro de fuga, pasó de inmediato a citar las condiciones que se acordaban en reemplazo de la prisión, sin detenerse a considerar o motivar si era razonable evitar la evasión o fuga de los imputados con las nuevas medidas.

³⁹⁴ La Nación. “Juez congela fallo que da casa por cárcel a reos mexicanos”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 20 de mayo de 2011. Sección Sucesos. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-05-20/Sucesos/NotasSecundarias/Sucesos2783951.aspx>. Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

³⁹⁵ La Nación. “Corte suspende un mes a jueza por dar casa por cárcel a sospechosos de narco”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 14 de noviembre de 2011. Sección Sucesos. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-11-14/Sucesos/corte-suspende-un-mes-a-jueza-por-dar-casa-por-carcel-a-sospechosos-de-narco.aspx>. Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

En este sentido, la resolución es ayuna en fundamentación, desconociéndose las razones que motivaron la decisión.»³⁹⁶

Esta alegación de una supuesta falta de fundamentación es en sí cuestionable, puesto que un análisis detallado de los autos revela que el aludido defecto achacado es ilusorio, toda vez que la jueza Jiménez Fernández consideró que efectivamente perduraba el peligro de fuga, pero que el mismo podía ser resuelto mediante la apelación a una medida más benigna que el encarcelamiento. En todo caso, la Corte Plena dejó de lado la consideración de que un vicio procesal como el apuntado por el Magistrado ponente -una falta de fundamentación de una resolución- debe ser combatido mediante el régimen impugnatorio ordinario; por lo cual la aplicación del ordenamiento jurídico disciplinario es abusiva, ilegítima y refractaria al principio de la independencia judicial³⁹⁷. Estos prolegómenos nos traen a colación los apuntes críticos que formulara el Dr. Cruz Castro, respecto a la vigencia del principio de independencia de los jueces en el ámbito interno del Poder Judicial -institución que muchas veces no hace sino revivir una estructura de poder de corte napoleónico-: *«El procedimiento disciplinario puede lesionar gravemente la independencia del Juez, ya que el irrespeto al principio de legalidad (especialmente en cuanto a la tipicidad de la falta) y el marco procedimental deficitario respecto de las garantías fundamentales, permite invadir sutilmente las atribuciones que competen exclusivamente al juzgador, convirtiéndose de esta forma en un instrumento de control ideológico que puede llegar a condicionar el contenido de la jurisprudencia y las actitudes de los funcionarios.»³⁹⁸*

³⁹⁶ Corte Plena. Resolución de las catorce horas del catorce de noviembre de dos mil once; adoptada en sesión extraordinaria. Cf. Acta de Corte Plena N° 37-2011, p. 31.

³⁹⁷ A esta misma conclusión crítica llegó con atino la jurista nacional Adriana Orocú, presidenta de la Asociación Costarricense de la Judicatura (Acojud), en el marco de una entrevista concedida al rotativo "La Nación" publicada el 21 de noviembre de 2011. Cf. La Nación. «"Sanciones de Corte a jueces son un peligro para ciudadanos"». [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 21 de noviembre de 2011. Sección El País. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-11-21/ElPais/-lsquo-sanciones-de-corte-a-jueces-son-un-peligro-para-ciudadanos-rsquo.aspx>. Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

³⁹⁸ Cruz Castro, Fernando (1989). *La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho*. San José, Costa Rica: ILANUD, pp. 10-11.

El panorama costarricense, entonces, no puede ser menos que desalentador. Los sucesos ocurridos en torno a este caso, representan una clara señal que se envía a los jueces de que sus pronunciamientos son estrictamente controlados por órganos superiores. Asimismo, también se envía el mensaje a la ciudadanía de que el encarcelamiento provisional debe irse convirtiendo en la regla y no en la excepción, especialmente en materia de delitos relacionados con narcotráfico o delitos violentos; y de esta manera, se dejan sin efecto, sin acudir al mecanismo de reforma constitucional y, mucho menos, al de denuncia de los instrumentos internacionales, los postulados de la tradición liberal de respeto y garantía al individuo procesado. Como bien lo ha manifestado Fernández Vindas, en un comentario crítico precisamente de este caso:

«La resolución de Corte Plena afirma falta de fundamentación de la resolución de la jueza, pero al leer lo que expone el magistrado Chinchilla, redactor del informe base de la sanción, se nota que a la jueza no se la disciplina realmente por ese vicio, sino porque debió mantener la prisión preventiva, y no disponer la medida sustitutiva. En este sentido dice: —las condiciones precedentes no dan pie para pensar en el cambio de medida de prisión preventiva a una medida menos gravosa como el arresto domiciliario y así se expone en el informe—. De seguido, realiza su propio examen del caso, para concluir que procedía continuar con la prisión preventiva (‘recomendaciones’, señala el magistrado Chinchilla). Esto evidencia, claramente, que se sanciona disciplinariamente a una jueza porque la Corte Plena tiene otro criterio sobre cómo debía resolverse, lo que viola groseramente la independencia jurisdiccional.»³⁹⁹

Esta verdadera situación de emergencia colectiva y de recelo perenne ante ciertos delitos considerados como sumamente gravosos ha sido cuestionada desde diversas ópticas de la doctrina jurídico-penal moderna, e incluso la jurisprudencia internacional en materia de DD.HH. ha planteado rigurosas reservas al respecto. Tal como fue expuesto copiosamente *in supra*⁴⁰⁰, la Corte IDH llegó a valorar con preocupación la política criminal

³⁹⁹ Fernández Vindas, Rosario. “Los jueces ante el terror, y los demás también”, en La Nación [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 30 de noviembre de 2011. Sección Opinión. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-11-30/Opinion/los-jueces-ante-el-terror--y-los-demas-tambien.aspx>. Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

⁴⁰⁰ Cf. *Supra*, secciones C.1.2., C.1.3., C.1.5 y C.1.9.

antinarcóticos implantada por el Ecuador, corroborando que, en muchos de estos juzgamientos la prisión preventiva, era aplicada de manera casi automática, y definiendo estos procedimientos como contrarios al DIDH. El tribunal internacional ordenó al estado demandado modificar de inmediato sus procedimientos internos para ajustarlos a los parámetros convencionales; habida cuenta de que ya con el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, el Ecuador contabilizaba un total de cuatro condenas de la Corte IDH por excesos y prácticas autoritarias en la persecución penal de delitos de tráfico de sustancias estupefacientes: «272. (...) Sin embargo, la Corte observa que con éste ya son cuatro los casos ecuatorianos ante esta instancia judicial internacional en los que se declara la ocurrencia de violaciones al debido proceso y otros derechos amparados en la Convención Americana en el marco de la política antinarcóticos del Ecuador. Por este motivo, y por las circunstancias del presente caso, el Tribunal estima pertinente reiterar las medidas de formación y capacitación similares a las ya ordenadas en el Caso Tibi vs. Ecuador.»⁴⁰¹

Las estadísticas nos indican que los vicios que aquí hemos señalado, se verifican también a nivel macro: según cifras del año 2010, las cárceles costarricenses albergan una cantidad cercana a los 2.500 presos sin condena, sea aproximadamente un 25% de la población penal nacional⁴⁰² para esa fecha. En ocasiones, estos sujetos permanecen hasta más de tres años en reclusión, a la espera de juicio. Un bien documentado estudio del profesor Llobet ahonda en el tema de los guarismos sobre la población carcelaria costarricense que descuenta prisión preventiva; sus conclusiones permiten afirmar que la cantidad de presos sin condena aumenta vertiginosamente y a paso sostenido en nuestro país. Así, Javier Llobet constata un total de 933 presos preventivos en 1996, 784 en 1997, 800 en 1998, 902 en 1999, 1289 en 2000, 1295 en 2001, 1427 en 2002, 1501 en 2003, 1436 en 2004, 1204 en 2005 y 1272 en 2006; contabilizándose para este último año un porcentaje de 20,6% de presos preventivos entre el total de la población penitenciaria⁴⁰³. Así las cosas, con los datos aquí vertidos se

⁴⁰¹ Cf. Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 272.

⁴⁰² La Nación. “Cárceles ticas encierran a 2.500 presos sin condena”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 30 de agosto de 2010. Sección El País. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2010-08-30/Sucesos/NotaPrincipal/Sucesos2500893.aspx>. Consultado el día 10 de setiembre de 2012.

⁴⁰³ Llobet Rodríguez, Javier (2008). *El derecho al acceso a la justicia*. San José, Costa Rica, p. 22.

logra demostrar una inusitada tendencia al aumento en el uso de la prisión preventiva como medida cautelar por parte de los jueces; prueba de ello es que estos números aumentan hasta un total de 1748 presos preventivos para el 2012, como se verá más adelante.

De la misma forma, según un estudio de la cadena británica BBC Mundo, realizado en el año 2006, Costa Rica es uno de los países con los mayores índices de encarcelamientos de la región en relación al total de la población del país (176 personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes), solo por detrás de Chile y Panamá, con 212 y 335 presos por cada 100.000 personas, respectivamente⁴⁰⁴. Las más recientes estadísticas oficiales del Poder Judicial Costarricense no son más halagüeñas; pues en efecto, los números arrojan que el recurso a la prisión preventiva es lo habitual en los delitos de robo agravado, venta de drogas y otros delitos relacionados con la infracción a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que en su conjunto abarcan al 51,9% de la población detenida sin estar sentenciada (26,3%; 19,1% y 6,5% respectivamente)⁴⁰⁵. Los datos a nivel absoluto, indican que al 30 de setiembre de 2012 está descontando prisión preventiva un total de 1748 personas; registrándose un incremento consecutivo respecto a los dos semestres anteriores⁴⁰⁶.

Un reciente estudio de campo publicado por el rotativo “La Nación” confirma los rasgos generales de esta tendencia hacia la mayor difusión del uso de la prisión preventiva, revelando que los jueces costarricenses imponen esta medida cautelar a 17 personas cada día. Además, se constata que al 23 de mayo de 2013, alrededor de una cuarta parte de la población penitenciaria nacional permanece descontando prisión preventiva, siendo que de

⁴⁰⁴ BBC Mundo. “Cárceles en Latinoamérica: agria estadística”. Artículo publicado el día 30 de enero de 2006. Extraído de la dirección electrónica: <http://prisionesypenas.blogspot.com/2006/01/crceles-en-latinoamrica-agria.html>. Consultado el día 16 de setiembre de 2012.

⁴⁰⁵ Sección de Estadística del Poder Judicial. Oficio N° 42-EST-2012, “Personas detenidas a la orden de los juzgados y tribunales penales del país, al 30 de setiembre del 2012”, del 20 de febrero de 2013; f. 3.

⁴⁰⁶ Sección de Estadística del Poder Judicial. Oficio N° 42-EST-2012, “Personas detenidas a la orden de los juzgados y tribunales penales del país, al 30 de setiembre del 2012”, del 20 de febrero de 2013; f. 5.

la cifra total de 13 460 reclusos, 3259 son reos sin condena en firme⁴⁰⁷. Además, se reitera el hecho ya conocido de que la mayor incidencia del encarcelamiento preventivo se da con ocasión de los delitos violentos y las delincuencias relacionadas con el tráfico de sustancias estupefacientes⁴⁰⁸. Todo ello confirma que en nuestro país la medida cautelar privativa de libertad efectivamente se utiliza, y de hecho se utiliza bastante.

Como colofón de lo expuesto, se puede entresacar que en torno al problema de la delincuencia y de los delincuentes, verdaderamente se ha desatado una catarsis colectiva, una alarma social estruendosa y muchas veces injustificada. Quienes detentan el poder político y económico en la sociedad, apelan al problema de la criminalidad para distraer la atención de la opinión pública y, para tratar de ocultar y justificar al mismo tiempo su propia ineficacia y la pervivencia de un desigual sistema de clases y una injusta distribución de las riquezas. La solución, según esta óptica, es en extremo sorprendente por su sencillez: cargarle al delincuente la culpa de los males sociales y hacer que se luche contra él para que el clamor popular no se dirija contra “nosotros”.

Para nuestros efectos, y como consecuencia inevitable de esta nueva concepción y vigorización del estado policial, se cumple cabalmente la crítica que señalara en su momento el autor alemán Franz Hinkelammert: *«Los derechos humanos se transformaron en una agresividad humanitaria: violar los derechos humanos de aquellos que los violan. Detrás de esto hay otra convicción según la cual quien viola derechos humanos, no tiene derechos humanos. El violador de los derechos humanos es transformado en un monstruo, en una bestia salvaje que se puede eliminar sin que haya la más mínima cuestión de*

⁴⁰⁷ La Nación. “Jueces de Costa Rica mandan a 17 personas cada día a prisión preventiva”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 30 de junio de 2013. Sección Sucesos. Extraído de la dirección electrónica: http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Jueces-Costa-Rica-personas-preventiva_0_1350864935.html. Consultado el día 16 de agosto de 2013.

⁴⁰⁸ «Cuatro de cada 10 reos descuentan detención preventiva por delitos contra la propiedad; el 30% por infracción a la Ley de Psicotrópicos; el 14% por delitos contra la vida; el 8% por delitos sexuales, el 4% por agredir o matar mujeres y 4% restante por otros delitos.» Cf. La Nación. “Jueces de Costa Rica mandan a 17 personas cada día a prisión preventiva”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 30 de junio de 2013. Sección Sucesos. Extraído de la dirección electrónica: http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Jueces-Costa-Rica-personas-preventiva_0_1350864935.html. Consultado el día 16 de agosto de 2013.

*derechos humanos. Pierde hasta el carácter de ser humano. La relación es como aquella entre San Jorge y el dragón. La responsabilidad por el aniquilamiento la tiene quien es aniquilado. Quien aniquila, en cambio, tiene el poder e igualmente el honor de respetar los derechos humanos. Es el prócer de los derechos humanos, y la sangre que vierte, lo purifica.»*⁴⁰⁹ Ejemplos suficientes de esta degradación de la persona de quienes atentan contra los derechos humanos, la encontramos en el tratamiento normativo que se les da en múltiples legislaciones a los “terroristas”, a los “delincuentes organizados”, a los “subversivos y rebeldes”, a los “asesinos”, a los pertenecientes a bandas y agrupaciones delictivas del más diverso orden. Ya expusimos en los puntos precedentes de esta reflexión, hasta qué tan amplios niveles ha llegado el proceso de relativización de las garantías procesales para estos sujetos, hasta qué órdenes ha avanzado el fenómeno de la “despersonalización” de que los mismos han sido víctimas. Efectivamente, si una persona se considera tan peligrosa, tan indigna de la justicia y de las garantías reconocidas al resto de los ciudadanos, que ni siquiera puede elegir libremente a su abogado defensor ni conversar con él; entonces poca duda nos queda para asegurar que ha pasado a convertirse para las instancias formales de control penal, en una no-persona⁴¹⁰.

Con Llobet Rodríguez, debemos señalar que la teoría del garantismo penal sufre muchas veces la arremetida injustificada del populismo punitivo, el cual sin ningún sustento y con el único afán de distorsionar la percepción de la ciudadanía, osa identificar las proclamas garantistas con aquellas más propias del abolicionismo penal. Se alega falsariamente que el garantismo desdeña la situación de las víctimas, cuando lo cierto es que este último más bien siente una gran preocupación por cada una de ellas, y reconoce la necesidad de protegerlas frente a la segunda victimización, de garantizar su protección física y de tutelar

⁴⁰⁹ Hinkelammert, Franz. *La invasión de los derechos humanos: el caso de John Locke*, en *Revista Pasos*. San José, Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI). N° 85, setiembre-octubre de 1999, pp. 20-35.

⁴¹⁰ Silveira Gorski, Héctor (2009). *Estados expulsivos y semipersonas en la Unión Europea*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. N° 43, p. 133.

su derecho a participar en el proceso⁴¹¹; pero argumentando con énfasis que la protección a las víctimas nunca puede poner en entredicho los derechos constitucionales del procesado.

⁴¹¹ Llobet Rodríguez, Javier. “Abolicionismo, garantismo y populismo punitivo”, en La Nación. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 12 de enero de 2010. Página Quince, Sección Opinión. Extraído de la siguiente dirección electrónica: http://www.nacion.com/lm_ee/2010/enero/12/opinion2222005.html. Consultado el día 16 de setiembre de 2012.

EXCURSO: LA PROBLEMÁTICA DE LAS PRISIONES

Las acuciantes interrogantes que hemos visto se ciernen sobre el instituto de la prisión preventiva, encuentran una natural correspondencia con el más general problema de las prisiones. Esto porque el abordaje analítico de la situación y de las condiciones de las instituciones totales, y de la cárcel como una de las más conspicuas de ellas; no puede perderse de vista, si nos enfocamos en el examen de los distintos medios de coerción y de control social. Muchos tratadistas e ideólogos han querido ver en la prisión un fenómeno al que piensan dar por sentado, un castigo “natural” y casi biológico que se presenta como reacción institucionalizada al delito y que, por ello mismo, se nos hace ver como justificado y hasta cierto punto, como ineluctable.

Sin embargo, lo cierto del caso ha sido que el instituto del encarcelamiento -como prácticamente la totalidad de las figuras e institutos jurídicos- ha estado supeditado y condicionado por la propia realidad histórica y social de la época en que toma lugar. Por ello, en el análisis de las características y de las condiciones de operatividad de la prisión, no es conveniente perder de vista el acervo de hechos sociales y culturales que se hallan a la base de la misma y que, en cuanto tales, la condicionan. Y también según estas mismas reglas, no puede descuidarse el valioso aporte que en este proceso desempeña la sociología en cuanto saber científico: efectivamente, ella está ahí para coadyuvarnos a desentrañar el recíproco proceso de interrelación entre los hechos sociales y la respuesta de las instancias de poder a través de la creación de normas jurídicas; es decir, el recurso a la sociología y en particular a la sociología jurídica, nos permite vislumbrar que detrás de cada emisión normativa del estado o de entes análogos, se encuentra una compleja realidad que la presupone.

A esta consideración, contribuye en gran medida el ingente y preclaro examen de la génesis de la prisión que efectúan los autores Darío Melossi y Massimo Pavarini, en Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario. A través de una relativamente detallada exploración por las condiciones del encarcelamiento en los regímenes absolutistas europeos de la temprana modernidad (Inglaterra, Francia, Italia), se llega a la conclusión de que la

cárcel como pena, como reacción estatal al delito, solo logró perfeccionarse y consolidarse al auge de la expansión del sistema capitalista de producción, incentivado vertiginosamente por la Revolución Industrial. Estos expositores insisten en la idea de que se verifican profundas simetrías entre la cárcel y los modos de producción del capitalismo; puesto que, en última instancia, la cárcel no es más que una pequeña fábrica, donde a todos se los somete a una férrea disciplina, a una producción en serie, en la cual el objetivo primordial es el incremento en las cuotas de productividad:

«El universo institucional vive así de reflejo las vicisitudes del —mundo de la producción”: los mecanismos internos, las prácticas penitenciarias resultan así oscilantes entre la prevalencia de instancias negativas (la cárcel —destructiva”, con finalidad terrorista) y la instancia positiva (la cárcel —productiva” con fines esencialmente reeducativos). Entre estos dos extremos (tomados como —puntos ideales y abstractos”) se sitúan las experiencias concretas de la cárcel. La penitenciaría es, por lo tanto, una fábrica de proletarios y no de mercancías.»⁴¹²

Como vemos, el recurso al encarcelamiento se ha intentado explicar siempre de múltiples formas, unas veces no se la concebía como pena autónoma sino como mera cautela, luego significó una oportunidad para que el condenado tuviera oportunidad de retribuir con la pérdida de su propio tiempo y libertad el daño que había infligido, otras veces asumió la forma de una especie de expiación religiosa. Existió una época -como vimos- en las postrimerías del siglo XIX y en los albores del XX, en donde se recurrió a la prisión como un engranaje más de las factorías, como un elemento más para la aceleración de la producción industrial, pues el espíritu burgués de la época percibió en la población penitenciaria, unos excelentes insumos para lograr sus objetivos. Esta noción cedió pronto el paso a otra, según la cual lo determinante pasaba a ser una pretendida “rehabilitación” del sometido a encarcelamiento; como si la reclusión en una institución total deviniese eficaz para salvar al condenado, apartarlo del mal y convertirlo en merecedor de la estima social.

⁴¹² Melossi, Darío; Pavarini, Massimo (2005). *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*. México-Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 190.

Estos esfuerzos por la “readaptación” del pecador, del delincuente -superfluo resulta afirmarlo- han quedado en la nada y han sido completamente vanos. Han fracasado hasta lo más recóndito los distintos esfuerzos por racionalizar el recurso al encierro, y se ha constatado más bien que el mismo no hace sino reproducir los males sociales y agravar los conflictos ya existentes. Como bien lo propugna el jurista argentino Eugenio Zaffaroni:

«Todas las reformas intentadas sobre la cárcel fueron un fracaso y muy pronto se constató que cualquier prisión lejos de transformar a los criminales en gente honrada, está dotada de un efecto reproductor. Pero al mismo tiempo se descubrieron los beneficios políticos de comprender que los delincuentes pueden ser útiles para fracturar la sociedad y, por tanto, para justificar un mayor control y vigilancia sobre la totalidad de la población. Por ello, pese a que hoy resulte incuestionable que la prisión constituye un notable factor criminógeno, sigue siendo el eje punitivo central de todos los sistemas penales. Las primeras en ser criticadas fueron las penas cortas privativas de libertad desde el primer congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, en el cual se destacaba ya su inutilidad, desatando una crítica que fue casi unánime a lo largo de todo el siglo XX. Su efecto se agravó con el fenómeno de la inversión del sistema penitenciario, que lleva a que predomine el número de presos sin condena sobre el de condenados, que desemboca en una seguidilla de motines y represiones. En el segundo congreso de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente (Londres, 1960) se recomendaron los llamados sustitutivos (condena condicional, probation, multa, prestación de trabajo libre) y, en definitiva, su aplicación como último recurso.»⁴¹³

A la organización estatal, siguiendo los postulados liberal-contractualistas que han aupado a la mayor parte de democracias modernas, se le encomienda una función básica de orientación social y de composición de los conflictos sociales. El estado, entonces, acude a la emisión de mandatos y prohibiciones con alcance general y tiene la misión de recomponer el orden social, mediante pronunciamientos revestidos de carácter coercitivo, allí donde las desavenencias afloran y no existe vía pacífica por donde se canalicen.

⁴¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, pp. 701-702.

Función consustancial a la del Derecho, por lo menos a la del Derecho Penal de la última centuria, ha constituido la instauración de mecanismos de control social; es decir, instrumentos por medio de los cuales el estado se vale para privilegiar y potenciar determinadas condiciones y circunstancias y para desechar otros que los considera inconvenientes a ciertos intereses -más o menos benévolos- que se hallan prefijados. El profesor Roberto Bergalli nos ilustra de una manera bastante convincente, acerca de la génesis de los procesos de control social, al menos como los concebimos ahora, provienen del contexto de la experiencia estadounidense de fines de la época decimonónica, en donde el asunto migratorio y los problemas sociales asociados, apremiaban a las autoridades y les exigían un proceder expeditivo: *«El control social de la sociedad (genus), como contexto del cual el iuspenalismo extrae erróneamente el concepto de control punitivo-estatal tiene, como se ha adelantado, unos orígenes históricos y culturales propios. Estos se vinculan con las necesidades de orden que se provocaron en la sociedad autóctona de los Estados Unidos de América, a fin de disciplinar lo que han sido desde fines del s. XIX los más grandes flujos migratorios presenciados por las sociedades modernas. Semejante búsqueda de orden requirió de una justificación teórica para alcanzar la imprescindible integración de los recién llegados con los habitantes locales. Tal justificación fue proporcionada por lo que para la época fue la incipiente sociología académica, nacida al amparo de la Universidad de Chicago y en el marco del recién fundado Departamento de Sociología, con Albion Small como su primer director (1892). Facilitar y obtener la asimilación de quienes llegaban procedentes de tan variadas partes del planeta, aunque especialmente de Europa central pero también del Este y del Mediterráneo, era un objetivo central de alcanzar.»*⁴¹⁴

Del extracto que acabamos de recoger, encontramos nuevos puntos de vinculación para nuestra tesis de que en el trasfondo de la práctica totalidad de fenómenos jurídicos, perviven hechos sociales, condiciones propicias que los hacen surgir y que puntualizan la esencialidad de sus características definitorias. En este mismo entender, puede

⁴¹⁴ Bergalli Russo, Roberto. *Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, en Restaurar los límites dentro de los cuales debe actuar el Sistema Penal español. Barcelona: Universitat de Barcelona, p. 17.

comprenderse que si bien el Derecho Penal en sí es un sistema de control social, como nos recuerda el profesor Bergalli y también otros connotados autores⁴¹⁵; no es menos cierto que el Derecho Penal liberal trató de sustentar un incipiente garantismo para paliar la arbitrariedad represiva y punitiva de épocas pasadas, garantismo que se efectivizó en textos constitucionales, tratados supranacionales y legislación positivizada.

Ahora bien, y atendiendo al fenómeno de expansión del populismo punitivo y de la represión, que cada día cobra más vigorizado auge y cuyas manifestaciones concretas ya hemos contemplado y expuesto *in supra*; reparando, como decíamos, en la peculiaridad de este fenómeno y en los recientes cambios normativos en el sistema penal, no podemos sino concluir que los mismos son el reflejo de la etapa posmoderna por la que transitamos. Ya lo acota muy bien el profesor Bergalli Russo: «*Todas estas normas pasan, a su vez, por etapas de decisión, elaboración, producción o creación; momentos en los cuales se verifican comportamientos cuya manifestación está promovida por los intereses sociales que genera la existencia de tales normas o bien su evitación (Treves 1988: 166-168 y la bibliog. allí cit.). De tal manera, si los legisladores se comportan en un sentido o en otro (para crear o evitar que se creen las normas) es porque en torno a ellos tales intereses se mueven e impulsan su conductas.*»⁴¹⁶

Los intereses promovidos por nuestros legisladores, por los detentadores del poder político en nuestros tiempos, están fuertemente influenciados por una ideología acomodaticia y plutocrática, que exagera los sentimientos y las pasiones de las masas con el objetivo, en la realidad, de proceder contra los intereses y las aspiraciones que hacen al bienestar de las mismas. Se apela a la utilización y explotación de una vorágine de peligros de toda suerte, reales o ficticios y, con base en los mismos, se propugna el establecimiento de medidas

⁴¹⁵ Cf. *inter alia*, Melossi, Darío (1992). *El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*. México-Madrid: Siglo XXI Editores; y Pavarini, Massimo (2002). *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México-Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

⁴¹⁶ Bergalli Russo, Roberto. *Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, en Restaurar los límites dentro de los cuales debe actuar el Sistema Penal español. Barcelona: Universitat de Barcelona, p. 28.

draconianas y lesivas a los derechos fundamentales de la población, esos por cuya tutela abogaron los teóricos de un contrato social que regulara los destinos de la sociedad.

Es decir, muchos se han plegado a la creencia dogmática de que un Derecho Penal de enemigos hará desaparecer los problemas que atraviesa la comunidad internacional en su conjunto, cuando lo cierto es que las causas de los mismos son más complejas de lo que parecen en primera instancia. Sobre este entusiasta Derecho Penal de enemigos, ya nos advierte el autor Aponte Cardona:

«El fenómeno reseñado, expresa el proceso, hoy generalizado, de expansión de lo que podría llamarse el paradigma del enemigo. La persona se juzga en virtud de lo que es o de lo que se cree que es; se la juzga con base en su peligrosidad, que se estima además que le es inherente, más que por aquello que efectivamente ha cometido. En este esquema el ciudadano es concebido más como un menor de edad, él mismo no puede diferenciar lo que es bueno o malo para él o para otros; de esa diferenciación lo desea preservar el Estado mediante la amenaza de castigo frente a otros -los _enemigos‘-. El —tro” es siempre un enemigo potencial. Así, —o es el ciudadano libre capaz de respetar el derecho el que subyace a la prescripción penal, es la peligrosidad de la persona la que entonces, y más allá de toda discusión abierta, lleva a la limitación de las instituciones jurídicas.»⁴¹⁷

La manifiesta inoperancia y feblidad del aparato estatal para dar cabida a las necesidades más apremiantes de la población bajo su gobierno, se convierte en estímulo para aplicar reglas restrictivas y para distraer la atención de la incompetencia del estado; se buscan, consecuentemente por doquier, multitud de “chivos expiatorios”. Recordemos, adscribiéndonos a la tesis fundamental de este trabajo, que los fenómenos jurídicos tienen una explicación suficiente en los hechos sociales que los determinan. Y hacia la segunda mitad del siglo XX, sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial, se inició un acelerado proceso en virtud del cual los gobiernos se tornaron incapaces de garantizar condiciones aceptables de movilidad social; ello debido a diversos factores, entre los que destacan la falta de voluntad política y las deficiencias consustanciales al sistema capitalista, que se ha

⁴¹⁷ Aponte Cardona, Alejandro (2006). *Guerra y Derecho Penal del Enemigo*. Bogotá: Editorial Temis, p. 256.

demostrado que no puede evitar periodos de crisis que siembran de dolor a la sociedad entera y plagan al mundo de contradicciones.

Como observamos, el estado y la actividad normativa que de él emanan, quieren permanecer cada vez menos sometidos a un orden constitucional; o bien, se opta por ampliar y relativizar, cada vez más, las garantías que se desprenden de los textos fundamentales. Solo a manera de ejemplo, conviene recordar que un estudio estadístico elaborado por la firma Unimer para el rotativo costarricense “La Nación” y publicado el 06 de abril de 2008, daba a conocer que una mayoría del 54% de los costarricenses estaba a favor de reinstalar la pena de muerte en nuestro país y el 92% de los mismos opinaba que las leyes contra la delincuencia debían ser más drásticas⁴¹⁸. Naturalmente, como hemos afirmado en múltiples ocasiones, ello se origina en la influencia invasiva de los medios de comunicación de masas y en la inteligente estrategia de los gobiernos de estos lares, los cuales acuden a la demagogia y a la distorsión de la realidad social, para mantenerse en el poder y conservar sus privilegios. Incluso a costa de la subsistencia de los principios liberales en que se funda el garantismo y que permitieron la consolidación de nuestros estados democráticos de derecho.

⁴¹⁸ Cf. Agencia EFE. “La mayoría de los costarricenses apoya la pena de muerte para combatir la inseguridad.” [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 06 de abril de 2008. Extraído de la siguiente dirección electrónica: http://www.soitu.es/soitu/2008/04/06/info/1207500535_351661.html. Consultado el día 27 de diciembre de 2012.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Buena parte de los postulados concluyentes de esta investigación se hallan prolijamente desarrollados en la última parte de la misma, en la que se vierte un conjunto estructural-sistemático sobre las implicaciones más trascendentales y la visión de futuro del instituto de la prisión preventiva. Una lectura concienzuda del capítulo final de esta tesis, explorada ahora en lontananza, nos permitirá adscribir e inteligir la proyección dicotómica que tapiza este asunto; pues en última instancia, el problema de la prisión preventiva, el de su justificación normativa y filosófica, el de su razonabilidad, legitimidad y plazos, se reduce a la más general cuestión de la confrontación entre el estado autoritario y policial y el estado de derecho, al primigenio debate entre el garantismo penal y el neopopulismo punitivo, ahora renovado y expuesto con otras caretas.

En esta sempiterna contienda entre los moldes más democráticos y humanitarios de un garantismo penal, por un lado, frente al talante más bien represor del populismo punitivo en todas sus formas, por el otro; se encuentra una divergencia estructural, un desajuste en el plano axiológico y epistemológico que impide que la disputa pueda diluirse en buenos términos por una o por otra parte, una profunda fisura que veda todo acuerdo intersubjetivo de entendimiento. En efecto, expositores, tanto de uno como de otro bando, pueden argumentar enardecidamente a favor de sus posturas, pueden sucederse inflamadas arengas en crédito de las propias tesis y en detracción de las contrarias, y ni siquiera toda esta facundia podrá lograr una unificación de los criterios -incluso aunque algunos de estos criterios sean ungidos por la autoridad del estado y hallen el expreso beneplácito de los órganos de poder público-. La muletilla del respeto a los DD.HH. será utilizada propagandísticamente, tanto por tirios, como por troyanos, para defender sus propias posiciones e improbar las de la camarilla contraria; esto se ve muy bien a propósito del tema objeto de nuestro análisis, pues unos aducen que la extensión de la prisión preventiva

desfavorece los DD.HH. de los imputados y, del lado contrario, se argumenta que con esta medida cautelar se protegen los derechos fundamentales de las víctimas a la reparación y a su seguridad personal.

Siguiendo la misma línea esbozada, debe enfatizarse en que poco lograrían los pensadores garantistas y las mentes contestatarias del autoritarismo, acudiendo una y otra vez a argumentos basados en el necesario respeto y la observancia de los DD.HH., si sus interlocutores conciben estos DD.HH. de una manera completamente distinta o inclusive, si infravaloran deliberadamente su importancia y su exigibilidad en todo contexto. Por ejemplo, resultaría huero el intento de acotar la extensión y la aplicación de la prisión preventiva sobre la base del necesario respeto al principio de presunción de inocencia, cuando el rival considerara a la alegada presunción como una ridiculez o una extravagancia y, llegados a este nivel, ningún razonamiento podría concertar las opiniones discordantes y el abismo entre ambas posturas resultaría definitivamente insondable.

Entonces, no puede menos que estatuirse que la apelación hacia el garantismo o hacia el populismo, la lucha por la disminución o por la amplificación de la prisión preventiva, deviene supeditada, en último término, a una cuestión meramente valorativa. El optar por la solución más “razonable”, e incluso la dilucidación misma de cuál sea la opción más “razonable”; no deja de ser una simple y llana decisión, para la cual poco importan los argumentos y las justificaciones que se brinden de uno u otro lado, pues se trata de un proceder fundamentalmente emotivo e intuitivo. Estas discusiones han sido deslindadas y explanadas con mucha sutileza por el autor Guevara Arroyo, quien llega a identificar los problemas de base que subyacen a esta dicotomía, y a su vez aconseja la adopción de una “racionalidad crítica” en el examen de los fenómenos sociales⁴¹⁹.

⁴¹⁹ Guevara Arroyo efectúa un conjunto de ínclitos comentarios con respecto al tópico de la razonabilidad en las ciencias sociales y en el discurso jurídico, tomado como base los postulados filosóficos del alemán Hans Albert: «*Quiere decir que, este primer paso en favor de la racionalidad es una decisión. El hecho de que en la actividad intelectual sea imprescindible tomar ciertas decisiones es algo que últimamente ha venido siendo subrayado con insistencia desde distintos sectores. Sin embargo, esto no implica que sea necesaria una paranoia irracionalista y escéptica. Es cierto que tenemos la posibilidad de escoger una actitud irracionalista. Pero también podemos elegir una forma crítica de racionalismo. Mediante tal actitud, se habrá abandonado la ingenuidad de la autosuficiencia y se dará cuenta honestamente de las propias limitaciones. Se aceptará la actitud racional como la más deseable, teniendo en cuenta que tal es una decisión. Esta es la tesis*

Como se ha podido entrever a lo largo de todo el presente análisis, la opción que sostenemos como la más “razonable”, sea la que resuelve mayor cantidad de problemas y de situaciones inextricables y la que acude con mayor frecuencia a la explicación y discusión crítica, incluso al cuestionamiento de sus propias proclamas, es aquella que aboga por un empleo comedido de la prisión preventiva, por su reducción a la mínima expresión (minimalismo) y por la más amplia vigencia de los derechos fundamentales del individuo -consagrados desde antaño y por todo el orbe, en constituciones y en declaraciones de DD.HH.-. En idéntico parecer, creemos que esta misma apuesta ha sido tomada por el estado costarricense, pues desde los primeros inicios de nuestra vida republicana se previeron en nuestras cartas fundamentales los derechos inalienables del individuo, su protección de cara a las arbitrariedades e injerencias estatales y finalmente el proceso aludido halló su culmen normativo en nuestro país, al ratificarse múltiples tratados y convenciones internacionales sobre DD.HH., al reconocerse estos instrumentos como parte indisoluble e indiscernible de un amplio bloque de constitucionalidad y, por último, al predicarse el valor jurídico obligatorio de los precedentes y los considerandos de las cortes internacionales en la materia (*e.g.*, la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CIDH).

Las razones concretas que nos impelen a decantarnos por la opción garantista han sido puntillosamente delineadas en el curso de la investigación. Baste plasmar ahora, a modo de desenlace, que se ha logrado comprobar que existe una relación proporcional entre la extensión de la prisión preventiva y del encarcelamiento en general, por un lado; con el fenómeno del autoritarismo y la concentración de poder político y económico, por el otro. Connotados pensadores han descubierto un tándem entre los modelos ideológicos autocráticos y los instrumentos del control penal y punitivo de la sociedad. Así las cosas, no podemos perder de vista que la prisión preventiva es utilizada, en múltiples ocasiones, con un cariz más ideológico y oportunista que jurídico y que, en definitiva, este instituto responde a los intereses sociales, políticos y personales que se ocultan bajo la

racionalista crítica. Esta elección no es simplemente una cuestión intelectual o de gusto, es una decisión moral.» Cf. Guevara Arroyo, Alejandro (2010). *Editorial de la Revista Hermenéutica*, en Hermenéutica. Revista Jurídica Estudiantil. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. N° 19-20, noviembre de 2010, pp. 4-5.

entronización legislativa de sus reglas y bajo su aplicación práctica por parte de los jueces. No sin una buena dosis de razón, Marx y Engels sostuvieron hace más de siglo y medio, que «*el derecho es la voluntad de la clase dominante erigida en ley*»⁴²⁰.

Ejemplos históricos concretos de esta utilización política e ideológica de la prisión preventiva no son escasos. Entre más opresiva ha sido la forma de gobierno y entre más virulenta la época de la Historia de que se trate, más prolijo y recurrente ha sido el vigor dado al encarcelamiento y a otros instrumentos propios de la respuesta punitiva estatal: baste observar este instituto jurídico durante el periodo del Imperio de Roma, en el derecho de la Edad Media o en los sistemas monárquico-absolutistas de los estados europeos de la primera modernidad, épocas todas ellas en que el presidio durante el proceso penal era la regla y no la excepción, utilizándose no solo para asegurar el proceso, sino como forma implícita para adelantar la pena y para reafirmar el poderío de la institución política. Por el contrario, durante la etapa histórica del procedimiento ático en la Grecia clásica, en el periodo de la República Romana y a partir de la revolución cultural prohijada por el Iluminismo y el Siglo de las Luces, se han producido esfuerzos contestes y serios para relegar al encarcelamiento preventivo a un ámbito meramente precautorio y para afirmar su necesaria contención y limitación a través del principio de presunción de inocencia.

El pormenorizado análisis de los más conspicuos pronunciamientos de la Corte IDH y de la CIDH sobre el tema de la prisión sin condena, visible en la sección tercera de esta tesis, está dirigido también a mostrar la intrínseca dimensión política e ideológica de la prisión preventiva. Porque ciertamente, la mayor parte de las violaciones a los artículos 7 y 8.1 CADH, dictaminadas por la Corte IDH en los casos analizados *in supra*; obedecen a una inconfesada utilización ideológica y arbitraria del instituto de la prisión preventiva por parte de los estados infractores: baste recoger aquí como ejemplos el caso del Ecuador, en donde la Corte IDH condenó a este estado en un total de cuatro oportunidades por mantener una política legislativa antinarcóticos sumamente represiva, en donde bastaba una simple sindicación de este tipo para habilitar una prisión preventiva automática; el

⁴²⁰ Marx, Karl; Engels, Friedrich [1848]. *El manifiesto del partido comunista* (2005). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Longseller, p. 62.

caso del Perú durante el régimen de Alberto Fujimori, que en su afán de lucha contra los llamados “grupos subversivos” (las guerrillas Túpac Amaru, Sendero Luminoso e incluso el Partido Comunista del Perú), creó por vía legal y jurisprudencial una monstruosa fagocitosis contra los derechos y garantías fundamentales, llegándose a dar supuestos en donde la prisión preventiva se extendía por lapsos de hasta quince años; o las decenas de casos en donde el encarcelamiento preventivo ha sido empleado únicamente como punta de lanza de la persecución política, encarcelándose injustamente a miembros de la oposición o a sujetos que defienden una agenda de intereses distinta a la gubernamental⁴²¹.

Exhibidas estas consideraciones proemiales, no podemos menos que concluir que la regulación normativa actual de la prisión preventiva en Costa Rica es poco halagüeña. Hogaño, han sido dictadas algunas leyes -por ejemplo la LPVT, la LCDO, la LCRA- cuyo efecto es devastador para el estado de derecho y su contenido, ciertamente, contrario a la reiterada jurisprudencia de los órganos internacionales. El ordenamiento jurídico costarricense, como un todo, no es más que un contrahecho conglomerado de oxímoron; pues por una parte se sostiene el rango constitucional y la impostergable vigencia de los DD.HH. reconocidos al amparo de los tratados internacionales sobre la materia, pero por otro lado, abundan, se emiten y se aplican con insistencia leyes de corte populista, que quebrantan en su médula -y no solo accidentalmente- el núcleo de los derechos y garantías de protección al individuo, internacionalmente registrados e interpretados por las cortes internacionales.

En este *mare magnum* de nuevas leyes de combate a la delincuencia, lo menos que se logra es una auténtica reducción de los índices de criminalidad; pues los problemas de fondo que se encuentran a la base de los fenómenos delictivos son perpetuados *sine die*, resultando como consecuencia que las dificultades acotadas nunca encontrarán solución, al no ser cercenadas de raíz sus causas. Los lábaros del autoritarismo pululan por doquier, pues

⁴²¹ Solo a título ejemplificativo, cf. los casos siguientes -todos fallados por la Corte IDH-, en donde se persiguió a candidatos presidenciales y otras personalidades del mundo de la política o del Ejército: caso Ricardo Canese v. Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004; caso Palamara Iribarne v. Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005; caso Yvon Neptune v. Haití, sentencia del 06 de mayo de 2008; y caso Usón Ramírez v. Venezuela, pronunciamiento del 20 de noviembre de 2009.

difícilmente podrá sostenerse que un estado que encarcele *ipso facto* ante ciertos crímenes (delincuencia organizada, delitos contra la vida en donde haya flagrancia o reincidencia, etc.), o por lapsos que puedan llegar hasta los seis años de reclusión; pueda calificarse como respetuoso de los estándares que sobre este tópico han emitido la Corte IDH y la CIDH.

Ingresamos paso a paso a una sociedad de moldes más represivos y efficientistas, el castigo incivilizado se vincula fatalmente a un retórico atractivo de las políticas criminales⁴²²; lo cual corrobora de modo asertivo que las nuevas reformas y adiciones a la normativa procesal penal toman en cuenta la emergencia social provocada por el crimen, la preocupación por la seguridad ciudadana y los esquemas de la sociedad del riesgo, todo en desmedro de los principios constitucionales positivizados. Como bien lo argumenta Llobet Rodríguez, debido a las reformas legales operadas por las demagógicas proclamas del populismo punitivo, «*hoy día son malos tiempos para el sistema de garantías*»⁴²³. Los derechos fundamentales receptados en los tratados, así como las garantías procesales recogidas en la Constitución Política, luego de cruentas luchas para ello, se diluyen ahora en una fata morgana, perdurando como un inocuo elemento decorativo, no vinculante. Ante las acechantes arremetidas de discursos jurídicos de tono posmoderno y retribucionista, los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la actuación estatal no subsisten, sino como dos pírricas columnas de un andamiaje normativo carcomido, enclenque y plagado de aporías.

⁴²² Garland, David (2006). *Castigo y Sociedad Moderna: Un estudio de la teoría social*. México D.F., México: Siglo XXI Editores de C.V., *passim*.

⁴²³ Llobet Rodríguez, Javier (2009). *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*. 4° ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 43.

Recomendaciones

- ✓ La primera recomendación que podríamos proponer en este punto, es la de suscitar una amplia y pulcra discusión social en torno al tema que nos ocupa, para que como sociedad políticamente organizada, decidamos de una vez por todas qué es lo queremos, si fomentar el régimen de garantías y el respeto a los derechos constitucionales del imputado, especialmente la presunción de inocencia, o si por el contrario, nos adscribimos más bien por la vía de fortalecer y remozar las medidas represivas contra el crimen y los instrumentos punitivos de los que se vale el estado para asegurar el imperio del Derecho. Siempre en el entendido, por supuesto, de que esta es una decisión moral que en buena medida es igualmente injustificable - como ya lo afirmáramos-; en razón de que poco o nada valen las razones y las argumentaciones más fervientes a favor de una posición o de su contraria, salvo en un carácter eminentemente persuasivo. No obstante, debe reconocerse y aquí indicarse sin titubeos, que el optar por acrecentar indiscriminadamente las medidas legislativas contra la delincuencia, implica con absoluta necesidad el denunciar los tratados internacionales sobre DD.HH. vigentes en nuestro país, reformar drásticamente la jurisprudencia constitucional referida a estos temas, e incluso modificar el texto de la propia Carta Política, a efectos de pasar a otorgar al Derecho interno toda primacía sobre el DI, relegando a este último a un plano secundario y programático.

Si más bien nos decantáramos por la alternativa más garantista y más ceñida al respeto debido al cúmulo de los derechos constitucionalizados, entonces de ello surgirían varias inferencias incommovibles, resultando absolutamente impostergable la reforma de múltiples sectores de la legislación vigente, por lo cual efectuamos las siguientes proposiciones *de lege ferenda*:

- ✓ Debe derogarse íntegramente el artículo 239 bis CPP, adicionado a esta codificación por el numeral 17 LPVT. Ciertamente, las nuevas causales de prisión preventiva contempladas en la nueva legislación (delitos cometidos en flagrancia,

reiteración delictiva y reiteración procesal donde medie acusación en delitos contra la vida y la propiedad, delincuencia organizada) no persiguen ninguna finalidad precautoria, por lo que no es sencillo predicar su carácter instrumental respecto al proceso de juzgamiento; por ello, estos nuevos supuestos abstractos que habilitan el dictado de la prisión provisional, no dejan de configurar un cuerpo extraño en la disciplina de las medidas cautelares de nuestro CPP, lo que hace que las referidas normas deban ser eliminadas del ordenamiento jurídico.

- ✓ Aplicando por analogía el razonamiento que fue vertido en la recomendación precedente, es necesario efectuar una reforma parcial del inciso b) del artículo 239 CPP -para eliminar la frase de este artículo que señala como causal de prisión preventiva, el peligro de la reiteración delictual-, y derogar completamente el inciso d) de este mismo numeral. Ya se ha fundamentado sostenidamente que el encarcelamiento preventivo no puede desplegar otros fines válidos, más allá del aseguramiento de las resultas del proceso, previniendo una eventual fuga o la obstaculización de los procedimientos, por lo cual, en el estado de derecho, no caben en definitiva los peligros de continuación en la actividad delictiva o el peligro para la víctima.

- ✓ Para solventar los graves problemas ínsitos a la excesiva duración de la prisión preventiva, según las normas hoy vigentes, debe legislarse como plazo razonable uno de duración máxima del proceso penal en general, como un todo. Este plazo razonable del proceso penal debe identificarse con el plazo previsto como límite infranqueable de la detención preventiva, de manera que culminado el lapso temporal perentorio en que debe finalizar el proceso, debe cesar concomitantemente el encarcelamiento provisional. Como criterio orientativo y, en razón de que no reviste ninguna exageración y es perfectamente razonable, resultaría conveniente adoptar como “plazo razonable” de duración de la prisión preventiva, las dos terceras partes del mínimo de la pena en la escala punitiva del delito incriminado; criterio este que ha pasado a sostener la CIDH en sus más flamantes resoluciones.

- ✓ Se propone que el órgano deliberativo-legislativo competente derogue los artículos 7 y 9 de la LCDO. El primero de estos, eleva el plazo ordinario del encarcelamiento hasta por veinticuatro meses, mientras que el número 9 de esta ley consagra a la discrecionalidad judicial, la adopción de hasta cuatro posibles prórrogas de este plazo inicial, cada una de hasta doce meses de prisión. Como derivación lógica, podría darse el supuesto hipotético de que el imputado permanezca hasta seis años de prisión a título de preso sin condena y ello sin que sea admisible afirmar *a priori* la ilegitimidad de esta detención; las medidas se encontrarían justificadas por consideraciones de fondo, sea por la entidad y la naturaleza “deleznable” de los delitos incriminados. Tolerar plazos de encierro preventivo tan abultados, no guarda la más mínima compatibilidad con las reglas de un estado de derecho.

- ✓ Es urgente la reforma de los párrafos primero y tercero del artículo 253 CPP, en tanto limitan en el tiempo la posibilidad de que el imputado examine la legalidad de la prisión preventiva emitida en su contra, al estatuir que no cabe una gestión en este sentido por parte de la Defensa durante los primeros tres meses de dictada. Como se ha desarrollado prolijamente en este documento, el control judicial de la detención preventiva debe estar presente y asegurarse en todo momento, de manera que si se da el caso de que los motivos que habilitaron el encarcelamiento decayeran a los escasos días de emitida la providencia que dictamina el encierro preventivo de un sujeto, el imputado tiene todo el derecho a pedir su cese, y el tribunal encargado está obligado a fallar de conformidad.

- ✓ Nos parece conveniente, también, clarificar el tema de la validez y de la jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre DD.HH. en el propio texto de la Constitución Política, ello para asegurar el rango privilegiado de que gozan estos instrumentos y su catalogación dentro de un bloque de constitucionalidad. En efecto, los números 7 y 48 de la Carta son insuficientes y poco explícitos sobre el tema; de manera que, ante las lagunas que genera el tópico en cuestión, ha sido primordialmente la jurisprudencia del tribunal constitucional, la cual se ha

encargado de definir tanto el principio de supremacía de los tratados, como el carácter *self-executing* de estos instrumentos, especialmente aquellos atinentes a la protección de los DD.HH. Estas falencias podrían despejarse mediante el procedimiento de reforma constitucional de los arts. 295ss de la Carta Política.

- ✓ Deviene de primera necesidad la vigorización de la independencia judicial, para que los jueces no sean perseguidos a lo interno del Poder Judicial, y mucho menos sancionados por interpretar la ley de una manera diversa a como la interpretan las élites. Un paradigmático paso en esta lucha sería la reforma o la derogación -según lo requieran las circunstancias- de los artículos 13 LJC y 8.1. LOPJ, puesto que visualizamos como más conveniente un sistema difuso que uno concentrado de control de constitucionalidad, considerando que el sistema concentrado acumula y absolutiza el poder y, con la uniformidad de criterios que privilegia, puede llevar a que toda la judicatura reproduzca los mismos errores o injusticias que eventualmente llegaren a fraguarse, desde una alta cámara jurisdiccional.
- ✓ Potenciar los mecanismos de monitoreo electrónico como medidas alternativas a la prisión preventiva, cuando los peligros procesales existentes en un caso concreto no tornen irremisible el recurso a la cautela más gravosa prevista en el sistema procesal. En este orden de ideas, es plausible buena parte del contenido del proyecto de la “Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en materia penal”, tramitado en el curso del expediente legislativo N° 17.665 y se recomienda la aprobación de estas disposiciones, en el tanto el empleo de mecanismos de vigilancia electrónica permite desahogar las abrumadoras estadísticas de personas encarceladas a título de presos preventivos.
- ✓ Como punto final de este trabajo, debe defenderse con ahínco la idea de que todas las reformas y los planes propuestos como correctivo a la legislación vigente; todo ello quedaría sin ninguna efectividad y devendría inane si no se atacaran los más generales problemas de la sociedad, como por ejemplo la falta de acceso de la población a servicios de salud y educación, la inequitativa distribución de las

riquezas y las dificultades de movilidad social para la mayor cantidad de sectores. Si no nos encaminamos con paso firme e inamovible en esta lucha y si no se emprenden programas de acción más integrales y holísticos para el logro de estos objetivos, entonces son fatuas, insulsas y vanas todas las reformas propuestas en el exclusivo ámbito del ordenamiento jurídico-penal.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA



LIBROS

ABAL OLIÚ, A. (1977). Medidas cautelares sobre la libertad del imputado. Montevideo, Uruguay: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández.

ALBERT, H. (1971). Tratado sobre la razón crítica [Traducción de Rafael Gutiérrez Girardot]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Sur.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. [1934] (1975). Estudios de Derecho Procesal. Madrid, España: Tecnos.

ALSINA, H.; COUTURE, E.J.; VÉLEZ MARICONDE, A. (1952). Tratado de Derecho Procesal Penal [Tomo III]. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

ANTILLÓN MONTEALEGRE, W. (2012). *El discurso de la seguridad ciudadana en las recientes reformas procesales*, en Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica (Análisis de los recientes cambios normativos). San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

APONTE CARDONA, A. (2006). Guerra y Derecho Penal del Enemigo. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

ASENCIO MELLADO, J.M. (1987). La Prisión Provisional. Madrid, España: Editorial Civitas.

BADIA, G. (1971). Introducción a la ideología nacionalsocialista. Madrid, España: Espasa Calve.

BECCARIA, C. (1764). De los delitos y de las penas [Traducción de Juan Antonio de las Casas, 1988]. Madrid, España: Editorial Alianza.

BECK, U. (1998). La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, España: Ediciones Paidós Ibérica.

BERGER, P. y LUCKMAN, T. (1972). La construcción social de la realidad. 2º ed. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu Editores.

BIGLIANI, P. y BOVINO, A. (2008). Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano. Buenos Aires, Argentina: Defensoría General de la Nación.

BINDER, A.M. (1993). Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ad-Hoc.

BOBBIO, N. (1991). El tiempo de los Derechos. Madrid, España: Sistema.

BRENES CÓRDOBA, A. [1913] (2002). Historia del derecho. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

BUERGENTHAL, T.; NORRIS, R.; SHELTON, D. (1983). La protección internacional de los Derechos Humanos en las Américas. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro S.A. - Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G. (2003). Derecho Penal del enemigo. Madrid, España.

CARNELUTTI, F. (1994). Cuestiones sobre el Proceso Penal [Traducción de Sentís Melendo Santiago]. Buenos Aires, Argentina: Librería El Foro.

CARRANZA LUCERO, E. (1994). Criminalidad: ¿prevención o promoción? San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia.

CARRANZA, E. -compilador-; HOUED, M.; MORA, L.P.; ZAFFARONI, E.R. (2009). Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: ¿Cómo implementar el modelo de derechos humanos y obligaciones de las Naciones Unidas? México D.F., México: Editorial Siglo XXI Editores.

CARROLL, L. [1865]. Alicia en el País de las Maravillas (2003). Buenos Aires, Argentina: Ediciones del Sur.

CASTILLA DEL PINO, C. (1974). Introducción a la hermenéutica del lenguaje. Barcelona, España: Península, N° 164.

CASTILLO BARRANTES, E. (2007). *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Penal y Procesal Penal internos*, en Llobet Rodríguez, Javier (coord.) Justicia penal y estado de derecho. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

CASTRO CUENCA, C; HENAO CARDONA, L.F.; BALMACEDA HOYOS, G. (2009). Derecho Penal en la sociedad del riesgo. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas de Santiago-Grupo Editorial Ibáñez.

CHIARA DÍAZ, C.A. (2007). Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva. 2° ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Jurídica Nova Tesis.

CHINCHILLA CALDERÓN, R. y GARCÍA AGUILAR, R. (2003). Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

CHIRINO SÁNCHEZ, A. (2012). *La noción de “delito grave” como criterio para intervenir en las comunicaciones privadas*, en Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica (Análisis de los recientes cambios normativos). San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

CLARIÁ OLMEDO, J.A. (1964). Tratado de Derecho Procesal Penal [Volumen V: La Actividad Procesal]. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

CORWIN, E.S. (1958). Libertad y Gobierno. El origen, florecimiento y declinación de un famoso concepto jurídico. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina, Colección de Ciencias Políticas y Sociales.

CRUZ CASTRO, F. (1989). La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho. San José, Costa Rica: ILANUD.

D'ALBORA, F.J. (2002). Código Procesal Penal de la Nación. Buenos Aires, Argentina: Editorial Lexis Nexis.

DILTHEY, W. [1914]. Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte [Introducción a las ciencias del espíritu. Un intento de sentar las bases para el estudio de la sociedad y de la Historia; 1982]. *Leipzig und Berlin, Deutschland: Verlag von B.G. Teubner.*

ECO, U. (1977). Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura. 22° edición. Barcelona, España: Editorial Gedisa.

ESPITIA GARZÓN, F. (2004). Historia del Derecho Romano. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. (2004). El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3° edición. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

FERRAJOLI, L. (1995). Derecho y Razón. 2° edición. Madrid, España: Editorial Trotta.

----- (2004). Razones jurídicas del pacifismo. Madrid, España: Editorial Trotta.

----- (2011). Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia [Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel]. Madrid, España: Editorial Trotta.

FERRI, E. (1908). Sociología criminal [Tomo II]. Madrid, España.

GALEANO, E. (1998). Patas arriba. La escuela del mundo al revés. Madrid, España: Siglo XXI de España Editores.

GARAPÓN, A. (1997). Juez y democracia. Barcelona, España: Editorial Flor del Viento.

GARCÍA AGUILAR, R. (2008). El fantasma de la “(in)seguridad ciudadana” y el espejismo de la estabilidad social a través de la prisión preventiva. San José, Costa Rica: Escuela Judicial.

GARCÍA ALGARRA, J. (2002). La reforma carcelaria en el pensamiento ilustrado y su plasmación en modelos arquitectónicos [Ensayo para el curso de Doctorado “Arquitectura óptico-acústica: el teatro, la cárcel y el hospital en la España de la Ilustración y el Romanticismo y sus modelos internacionales”]. Madrid, España: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1988). Manual de Criminología. Madrid, España.

GARCÍA VALDEZ, C. (1982). Estudios de Derecho Penitenciario. Madrid, España: Editorial Tecnos S.A.

GARLAND, D. (2006). Castigo y Sociedad Moderna: Un estudio de la teoría social. México D.F., México: Siglo XXI Editores.

GAROFALO, R. (s.f.). La criminología [Traducción de Dorado Montero]. 2º edición. Madrid, España.

GÓLCHER BARGUIL, E. (2004). Transiciones desde un gobierno autoritario: Las democracias delegativas en América Latina. 1º ed. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, Cuadernos de Historia de la Cultura.

GÓMEZ COLOMER, J.-L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1996). La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). Castelló de la Plana, Comunitat Valenciana, España: Publicacions de la Universitat Jaume I.

GUIER ESQUIVEL, J.E. (2005). Historia del Derecho. 3º edición. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia.

HABA MÜLLER, E.P. (2008). Elementos básicos de axiología general: epistemología del discurso valorativo práctico. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

HASSEMER, W. (1998). Crítica al derecho penal de hoy. Buenos Aires, Argentina: Editorial ad-Hoc.

HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. (2001). Introducción a la Criminología. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

HERSHBERG, E.; AGÜERO, F. (2005). Memorias militares sobre la represión en el Cono Sur: visiones en disputa en dictadura y democracia. Madrid, España; Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.

HOBBS, T. [1651]. Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil (1994). México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. (1998). *La Convención Americana como Derecho Interno, en Normas vigentes en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.

JIMÉNEZ MONTESERRÍN, M. (1980). *Introducción a la Inquisición Española. Documentos básicos para el estudio del Santo Oficio*. Madrid, España: Editora Nacional.

KAPLAN, M. (1993). *El narcotráfico latinoamericano y los Derechos Humanos*. México D.F., México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

KELSEN, H. [1934]. *Teoría pura del derecho* [Traducción de Roberto J. Vernengo; 1982]. 2º edición. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Ciudad Universitaria.

KRAUß, D. (1971). *Der Grundsatz der Unschuldvermutung im Strafverfahren* [El principio de presunción de inocencia en el proceso penal], en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Colonia, Alemania.

LEONE, G. (1961). *Tratado de Derecho Procesal Penal [Tomo II]*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ejea.

LLOBET RODRÍGUEZ, J. (1997). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 1º ed. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.

----- (2005a). *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*. 2º edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

----- (2005b). *Derecho Procesal Penal. Aspectos generales [Tomo I]*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

----- (2007b). *Medidas de coerción que afectan la libertad personal (diferentes de la prisión preventiva)*, en Derecho Procesal Penal costarricense. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

----- (2007c). *Las maras y pandillas en Centroamérica*, en Llobet Rodríguez, Javier (coord.) Justicia penal y estado de derecho. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

----- (2008a). Derechos Humanos en la justicia penal. Evaluados con películas. 1° ed. San José, Costa Rica: Escuela Judicial-Editorial Jurídica Continental.

----- (2008b). El derecho al acceso a la justicia. San José, Costa Rica.

----- (2009). Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). 4° edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

----- (2010a). La prisión preventiva (límites constitucionales). 3° edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

----- (2010b). *Prisión preventiva, populismo punitivo y protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, en Durán Chavarría, Douglas; Llobet Rodríguez, Javier (coords.) Política criminal en el estado social de derecho. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

LONDOÑO JIMÉNEZ, H. (1983). De la captura a la excarcelación. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2001). Instituciones de Derecho Procesal Penal. Mendoza, Cuyo, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

LORENZETTI, R.L. (2011). Fundamentos del derecho y razonamiento judicial. 1° ed. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

MAIER, J.B.J. (2002). Derecho Procesal Penal. [Tomo I: Fundamentos]. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

----- (2011). Derecho procesal penal. [Tomo III Parte General]. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l.

MANZINI, V. (1954). Tratado de Derecho Procesal Penal. [Tomo I]. Buenos Aires, Argentina.

MARTÍNEZ OVEJERO, A. (2012). La represión franquista en la Región de Murcia (1936-1948). Tres Cantos, Madrid, España. Primer Congreso de víctimas del franquismo.

MARX, K. y ENGELS, F. [1848]. El manifiesto del partido comunista (2005). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Longseller.

MASSING, M. (1992). *What Ever Happened to the –War on Drugs?–* [¿Qué ha sucedido con la “Guerra contra las drogas”?]. *New York, United States of America: The New York Review of Books*.

MELOSSI, D. (1992). El Estado del Control Social. Madrid-México: Siglo XXI Editores.

MELOSSI, D. y PAVARINI, M. (2005). Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario. México-Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

MONROY CABRA, M.G. (1994). El Sistema Interamericano. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

NIKKEN, P. (s.f.). Derecho internacional y Derecho interno en materia de derechos humanos. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. XXV Curso Anual Interdisciplinario.

ORDÓÑEZ CHACÓN, J. (1995). *Derechos Fundamentales y Constitución*, en Cançado Trindade, Antonio Augusto; González Volio, Lorena (comps.) Estudios Básicos de Derechos Humanos II. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Fundación McArthur-Comisión de la Unión Europea, Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo II.

PACHECO FERNÁNDEZ, F.A. (1980). Introducción a la teoría del Estado. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia (EUNED).

PAOLI, U.E. (1968). *El proceso ateniense*, en Novissimo Digesto Italiano. 1º ed. Utet, Turín, Italia; Tomo XIII.

PASTOR, D.R. (1993). *El encarcelamiento preventivo*, en Maier, J.B.J. (coord.) El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

----- (2004). *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en *Id.*, Tensiones. Buenos Aires, Argentina.

PAVARINI, M. (2002). Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores Ediciones Argentina.

POPPER, K.R. (1982). La Sociedad Abierta y sus enemigos [Traducción de Eduardo Loedel]. Barcelona, España: Ediciones Paidós.

PRITTWITZ, C. (2007). *¿Los enemigos nos rodean? Acerca de la limitada compatibilidad entre seguridad y libertad*, en Llobet Rodríguez, Javier (coord.) Justicia penal y estado de derecho. 1º ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

RECASENS SICHES, L. (1965). Tratado General de Filosofía del Derecho. México D.F., México: Editorial Porrúa.

RIVERO SÁNCHEZ, J.M. (2002). (¿Muchas?) nueces... ¡Poco Ruido! (Apuntes sobre la situación del discurso jurídico-penal en Costa Rica). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

ROUSSEAU, J.-J. [1762]. El Contrato Social o Principios del Derecho Político (2008). Valladolid, España: Editorial MAXTOR.

ROXIN, C. (2003). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

RUSCONI, M. (1997). Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento. Córdoba, Argentina: LL, 1997-E-1363.

SÁENZ CARBONELL, J.F. (2004). Los sistemas normativos en la Historia de Costa Rica. Heredia, Costa Rica: Ediciones Chico.

----- (2007). Elementos de Historia del Derecho. 2º edición. Heredia, Costa Rica: Ediciones Chico.

SAGÜÉS, N.P. (1989). Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario. [Volumen I]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

----- (2009). El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 2009-B.

SANGUINÉ, O. (2003). Prisión provisional y derechos fundamentales. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

SAX, W. (1959). *Grundsätze der Strafrechtspflege* [Principios de la Justicia Penal], en Bettermann y otros (comps.) Die Grundrechte. T. III. Berlin, Deutschland.

SCHÖNTEICH, M. y TOMASINI-JOSHI, D. (2010). Programa de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana. 1° ed. México D.F., México: Open Society Justice Initiative.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2008). La expansión del Derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

STRONG, S. (1993). Sendero Luminoso. Buenos Aires, Argentina: Emecé Editores, S.A.

TAPIA VALDÉS, J.A. (1980). El terrorismo de Estado. La Doctrina de la Seguridad Nacional en el Cono Sur. México D.F., México: Editorial Nueva Imagen.

TREJOS SALAS, G. y PIZA ESCALANTE, R. (1989). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 3° ed. San José, Costa Rica: Juricentro.

VÉLEZ MARICONDE, A. (1968). Derecho Procesal Penal [Tomo I]. 2° edición. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Lerner.

----- (1968). Derecho Procesal Penal [Tomo II]. 2° edición. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Lerner.

VITALE, G.L. (2007). Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Hammurabi.

ZAFFARONI, E.R. (1989). En busca de las penas perdidas. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A.; ALAGIA, A. (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. 1° ed. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

ŽIŽEK, S. (2003). Ideología. Un mapa de la cuestión. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.

ARTÍCULOS EN PUBLICACIONES PERIÓDICAS

ALEJANDRE, J.A. (1986). *La justicia penal durante la Guerra Civil*, en Revista de Historia. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid, N° 16, 1986.

ANTÓN MELLON, J. (s.f.). *—La sangre vale más que el oro—. ¿Son fascistas las ideas-fuerza de la Nueva Derecha Europea (ND)?* Barcelona, España: Universitat de Barcelona.

ARIAS MÉNDEZ, M.G. (1990). *La naturaleza inconstitucional del art. 27 de la Ley sobre sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas*, en Revista de Ciencias Penales. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 3, diciembre de 1990.

ARNAUD, A.-J. (s.f.). Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico. Madrid, España: Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado.

BAUDRIT CARRILLO, L. (1999). *Algunas competencias e incompetencias de la Sala Constitucional*, en IVSTITIA. San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, año 13, N° 149-140, mayo a junio de 1999.

BERGALLI RUSSO, R. (s.f.). *Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, en Restaurar los límites dentro de los cuales debe actuar el Sistema Penal español. Barcelona, España: Universitat de Barcelona.

CARRANZA LUCERO, E. (1999). *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, en Revista de Ciencias Penales. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 16, mayo de 1999.

CASTILLEJOS CERVANTES, H. (2011). *¿Estamos ante los estertores de la prisión preventiva?*, en Revista El Mundo del Abogado. México D.F., México. N° 150, octubre de 2011, página web.

CRUZ CASTRO, F. (1994). *Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal penal mixto. El caso de Costa Rica*, en Revista de Ciencias Penales. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 8, 1994.

DE LA TORRE, V. y MARTÍN ÁLVAREZ, A. *Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central*, en Revista Perfiles Latinoamericanos, N° 37, enero a junio de 2011.

FEOLI VILLALOBOS, M.F. (2010). *Sistema de justicia y prisión preventiva: entre el iure y el facto*, en Hermenéutica. Revista Jurídica Estudiantil. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. N° 19-20, noviembre de 2010.

FERRAJOLI, L. (1990). *La legalidad violenta*, en Cuadernos de política criminal. Madrid, España: Ministerio de Justicia. N° 41, 1990.

GARCÍA, G.N. (2006). *Hacia la abolición de la prisión preventiva*, en Revista Pensamiento Penal del Sur. Buenos Aires, Argentina: Di Plácido, N° 2, 2006.

GUEVARA ARROYO, A. (2010). *Editorial de la Revista Hermenéutica*, en Hermenéutica. Revista Jurídica Estudiantil. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. N° 19-20, noviembre de 2010.

HINKELAMMERT, F. (1999). *La invasión de los derechos humanos: el caso de John Locke*, en Revista Pasos. San José, Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI). N° 85, setiembre-octubre de 1999.

HITTERS, J.C. (2009). *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, en Estudios Constitucionales. Talca, Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 7, N° 2, 2009.

LLOBET RODRÍGUEZ, J. (2009a). *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos internacionales de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano*, en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Penales de Puebla A.C. Puebla, México: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. N° 24, 2009.

----- (2009b). *Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988*, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. N° 1, 2009.

----- (2012). *El debido proceso en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. N° 4, 2012.

NAVAS APARICIO, A. (2010). *Reenmarcar el fundamento y aplicación de la prisión preventiva, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en Revista de Ciencias Penales. San José, Costa Rica. Año 22, N° 27, julio de 2010.

PASTOR, D.R. (2006). *Las funciones de la prisión preventiva*, en Revista de Derecho Procesal Penal: La injerencia en los derechos fundamentales del imputado-I. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2006-I.

POPESCU, D.N. (2009). *The principle pacta sunt servanda: doctrine and practice*, en Lex et Scientia International Journal. Bucarest, Rumanía: Universitatea Nicolae Titulescu. N° XVI-1, enero de 2009.

SÁNCHEZ ROMERO, C. (1997). *La prisión preventiva en un Estado de Derecho*, en Revista de Ciencias Penales. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 14.

SERGI, N. (2001). *Límites temporales a la prisión preventiva*, en Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, T. 2001/A.

SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, J. (s.f.). *La razón populista, de Ernesto Laclau*. Barcelona, Universidad de Barcelona.

SILVEIRA GORSKI, H. (2009). *Estados expulsores y semipersonas en la Unión Europea*, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez. N° 43, 2009.

ZAFFARONI, E.R. (1992). *Las penas crueles son penas*, en Derecho Penal y Criminología. Bogotá, Colombia. N° 47-48, 1992.



ARTÍCULOS Y PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS

BBC Mundo. “Cárceles en Latinoamérica: agria estadística”. Artículo publicado el día 30 de enero de 2006. Extraído de la dirección electrónica: <http://prisionesypenas.blogspot.com/2006/01/crceles-en-latinoamrica-agria.html>.

Consultado el día 16 de setiembre de 2012.

Chinchilla Calderón, R. “Justicia penal y CIDH”, en LA NACIÓN [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 19 de abril de 2009. Sección Opinión. Extraído de la dirección electrónica: http://www.nacion.com/ln_ee/2009/abril/19/opinion1938060.html. Consultado el día 03 de agosto de 2013.

EFE (Agencia). “La mayoría de los costarricenses apoya la pena de muerte para combatir la inseguridad.” [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 06 de abril de 2008. Extraído de la siguiente dirección electrónica: http://www.soitu.es/soitu/2008/04/06/info/1207500535_351661.html. Consultado el día 27 de diciembre de 2012.

Fernández Vindas, R. “Los jueces ante el terror, y los demás también”, en LA NACIÓN [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 30 de noviembre de 2011. Sección Opinión. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-11-30/Opinion/los-jueces-ante-el-terror--y-los-demas-tambien.aspx>. Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

LA NACIÓN. “Jueces incrementan el uso de la prisión preventiva”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 28 de abril de 2008. Extraído de la siguiente dirección electrónica: http://www.nacion.com/ln_ee/2008/abril/28/sucesos1512887.html. Consultado el día 27 de diciembre de 2012.

LA NACIÓN. “Cárceles ticas encierran a 2.500 presos sin condena”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 30 de agosto de 2010. Sección El País. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2010-08-30/Sucesos/NotaPrincipal/Sucesos2500893.aspx>. Consultado el día 10 de setiembre de 2012.

LA NACIÓN. “Mexicanos salen hoy de la cárcel, confirma el viceministro de Seguridad”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 19 de mayo de 2011. Sección Sucesos. Extraído

de la dirección electrónica:
<http://www.nacion.com/2011.05.19/Sucesos/UltimaHora/Sucesos2783629.aspx?Page=4>.

Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

LA NACIÓN. “Juez congela fallo que da casa por cárcel a reos mexicanos”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 20 de mayo de 2011. Sección Sucesos. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-05-20/Sucesos/NotasSecundarias/Sucesos2783951.aspx>. Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

LA NACIÓN. “Corte suspende un mes a jueza por dar casa por cárcel a sospechosos de narco”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 14 de noviembre de 2011. Sección Sucesos. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-11-14/Sucesos/corte-suspende-un-mes-a-jueza-por-dar-casa-por-carcel-a-sospechosos-de-narco.aspx>. Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

LA NACIÓN. «“Sanciones de Corte a jueces son un peligro para ciudadanos”». [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 21 de noviembre de 2011. Sección El País. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.nacion.com/2011-11-21/ElPais/-lsquo-sanciones-de-corte-a-jueces-son-un-peligro-para-ciudadanos-rsquo-.aspx>. Consultado el día 05 de setiembre de 2012.

LA NACIÓN. “Jueces de Costa Rica mandan a 17 personas cada día a prisión preventiva”. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 30 de junio de 2013. Sección Sucesos. Extraído de la dirección electrónica: http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Jueces-Costa-Rica-personas-preventiva_0_1350864935.html. Consultado el día 16 de agosto de 2013.

Llobet Rodríguez, J. “Abolicionismo, garantismo y populismo punitivo”, en LA NACIÓN. [Versión en línea]. San José, Costa Rica. 12 de enero de 2010. Página Quince, Sección Opinión. Extraído de la dirección electrónica:

http://www.nacion.com/ln_ee/2010/enero/12/opinion2222005.html. Consultado el día 16 de setiembre de 2012.

Ugalde Cordero, M. “Garrotiemos al delincuente”, en DIARIO EXTRA. [Versión en línea]. San José, Costa Rica; 24 de junio de 2008. Editorial, Sección Prisma. Extraído de la dirección electrónica: <http://www.diarioextra.com/2008/junio/24/opinion01.php>. Consultado el día 22 de abril de 2013.



LEGISLACIÓN

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. *Carta de las Naciones Unidas*. San Francisco, California, Estados Unidos de América; 26 de junio de 1945.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217A (III), *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París, Francia; 10 de diciembre de 1948.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2200A (XXI), *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 43/173, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, de 09 de diciembre de 1988.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 45/110, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)*, de 14 de diciembre de 1990.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)*, del 15 de noviembre de 2000.

Conferencia Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Viena, Austria; 23 de mayo de 1969.

Novena Conferencia Internacional Americana. *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Bogotá, Colombia; 30 de abril de 1948.

Novena Conferencia Internacional Americana. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia; 02 de mayo de 1948.

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica; 22 de noviembre de 1969.

Consejo de Europa. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, del 04 de noviembre de 1950.

Reino de Castilla. *Las Siete Partidas del Sabio Rey*, Don Alfonso X de Castilla.

Consejo Mayor de la Serenísima República de Venecia. *Parte (Ley) del Consejo Mayor*, del 02 de setiembre de 1708.

Asamblea Nacional Constituyente del Reino de Francia. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, del 26 de agosto de 1789.

Congreso Constituyente de Santa Fe, Confederación Argentina. *Constitución de la Nación Argentina*, del 01 de mayo de 1853; reformada y concordada por la Convención Nacional *ad hoc* del 25 de setiembre de 1860.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso Nacional. Ley N° 23.984, *Código Procesal Penal de la Nación*, del 04 de setiembre de 1991.

Legislatura de la provincia de Córdoba, República Argentina. Ley N° 3831, *Código de Procedimiento Penal de la provincia de Córdoba*, del 28 de agosto de 1939.

Congreso Nacional de la República de Chile. Ley N° 1853, *Código de Procedimiento Penal de la República de Chile*, del 13 de febrero de 1906.

Presidencia de la República de Chile. Decreto S. 2. 2226., *Código de Justicia Militar de la República de Chile*, del 19 de diciembre de 1944.

Congreso de la República de Colombia. Ley N° 906, *Código de Procedimiento Penal*, del 31 de agosto de 2004. Publicado en el Diario Oficial N° 45.658.

Honorable Congreso Nacional del Ecuador. Plenario de las Comisiones Legislativas. Ley N° 108, *Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*, del 07 de agosto de 1990. Publicado en Quito, Ecuador; en el Registro Oficial N° 523, del 17 de setiembre de 1990.

Cortes Generales del Reino de España. Real Decreto de 14 de setiembre de 1882. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Jefatura del Estado Español. *Ley de Responsabilidades Políticas*, del 09 de febrero de 1939. Publicada en el B.O.E. N° 44, de 13 de febrero de 1939.

Jefatura del Estado Español. *Ley de Represión contra la Masonería y el Comunismo*, del 01 de marzo de 1940. Publicada en el B.O.E. N° 12.667.

Asamblea Nacional Constituyente de Honduras. Decreto N° 131, *Constitución de la República de Honduras*, del 11 de enero de 1982.

Congreso Nacional de la República de Honduras. Decreto Legislativo N° 127-96, *Ley de Reos sin Condena*, del 13 de agosto de 1996.

Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. Ley N° 406, *Código Procesal Penal de la República de Nicaragua*, del 13 de noviembre de 2001. Publicada en La Gaceta N° 243 y N° 244, del 21 y 24 de diciembre de 2001.

Congreso Constituyente Democrático del Perú. *Constitución Política del Perú*, del 29 de diciembre de 1993.

Asamblea General de la República Oriental del Uruguay. Ley N° 16.928, del 22 de abril de 1998.

Congreso de la República de Venezuela. *Código Orgánico de Justicia Militar*, del 17 de setiembre de 1998. Gaceta Oficial N°5263, Extraordinario de 17 de setiembre de 1998.

Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica. *Constitución Política de la República de Costa Rica*, del 07 de noviembre de 1949.

Cámara Consultiva del Estado de Costa Rica. *Código General del Estado (Código de Carrillo)*, del 30 de julio de 1841.

Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. Ley N° 51, *Código de Procedimientos Penales*, del 03 de agosto de 1910.

Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. Ley N° 368, *Código Penal*, del 21 de agosto de 1941.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 5377, *Código de Procedimientos Penales*, del 19 de octubre de 1973.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 6227, *Ley General de la Administración Pública*, del 02 de mayo de 1978.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7093, *Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas*, del 22 de abril de 1988.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7135, *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, del 11 de octubre de 1989.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7333, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, del 05 de mayo de 1993.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7337, *Crea Concepto Salario Base para Delitos Especiales del Código Penal*, del 05 de mayo de 1993.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7594, *Código Procesal Penal*, del 10 de abril de 1996.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 8559, *Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres*, del 25 de abril de 2007.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 8720, *Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal*, del 04 de marzo de 2009.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 8754, *Ley contra la Delincuencia Organizada*, del 22 de julio de 2009.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 8837, *Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal*, del 03 de mayo de 2010.

Defensa Pública del Poder Judicial, República de Costa Rica. Circular N° 20-2009.



JURISPRUDENCIA DE ORGANISMOS INTERNACIONALES Y FORÁNEOS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Neira Alegría v. Perú*, sentencia del 19 de enero de 1995 (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *El Amparo v. Venezuela*. Resolución de la Corte del 16 de abril de 1997 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia de 17 de setiembre de 1997 (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Páez v. Perú*, sentencia del 03 de noviembre de 1997 (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *—La Última Tentación de Cristo— (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, sentencia del 05 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barrios Altos v. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001 (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bulacio v. Argentina*, sentencia del 18 de setiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ricardo Canese v. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del *—Instituto de Reeducción del Menor— v. Paraguay*, sentencia del 02 de setiembre de 2004 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi v. Ecuador*, sentencia de 07 de setiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Lori Berenson Mejía v. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Caesar v. Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Palamara Iribarne v. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, sentencia del 26 de setiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Cantuta v. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Yvon Neptune v. Haití*, sentencia del 06 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bayarri v. Argentina*, sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tiu Tojín v. Guatemala*, sentencia del 26 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, sentencia del 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gomes Lund y otros* (“Guerrilha do Araguaia”) *v. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gelman v. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Vera Vera v. Ecuador*, sentencia del 19 de mayo de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Torres Millacura y otros v. Argentina*, sentencia del 26 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Fleury y otros v. Haití*, sentencia del 23 de noviembre de 2011 (Fondo y Reparaciones).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Díaz Peña v. Venezuela*, sentencia del 26 de junio de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-06/86, “*La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, del 09 de mayo de 1986.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-08/87, *—El habeas corpus bajo suspensión de garantías—* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 30 de enero de 1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-13/93, *—Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—* (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 16 de julio de 1993.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-14/94, *—Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención—* (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 09 de diciembre de 1994.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Wemhoff v. Alemania*. Pronunciamiento del 27 de junio de 1968.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Bezicheri v. Italia*. Pronunciamiento del 25 de octubre de 1989.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*. Pronunciamiento del 30 de agosto de 1990.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Labita v. Italia*. Pronunciamiento del 06 de abril de 2000.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Trzaska v. Polonia*. Pronunciamiento del 11 de julio de 2000.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Staitis v. Lituania*. Pronunciamiento del 21 de marzo de 2002.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Nikolova v. Bulgaria*. Pronunciamiento del 30 de setiembre de 2004.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Klyakhin v. Rusia*. Pronunciamiento del 30 de noviembre de 2004.

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Sulajoa v. Estonia*. Pronunciamiento del 15 de febrero de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 10.037, *Firmenich v. Argentina*. Informe N° 17/89, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1988-1989).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 11.245, *Jorge A. Giménez v. Argentina*. Informe N° 12/96, del 01 de marzo de 1996 (Fondo).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 11.205 *et al, v. Argentina*. Informe N° 02/97, del 11 de marzo de 1997 (Fondo).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 11.506, *Waldemar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos v. Paraguay*. Informe N° 77/02, del 27 de diciembre de 2002 (Fondo).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso N° 12.553, *José, Jorge y Dante Peirano Basso v. Uruguay*. Informe N° 35/07, del 01 de mayo de 2007 (Fondo).

Sala III de la Cámara en lo Criminal y Correccional, República Argentina. Resolución del 20 de febrero de 1992, prueba para mejor resolver presentada por el estado argentino ante la Corte IDH.

Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, República Argentina. Sentencia de segunda instancia del 01 de junio de 2004, expediente de anexos a la demanda ante la Corte IDH.

Sentencia del Tribunal Constitucional de España. N° 31/1981, del 28 de julio de 1981 (Ponente: doña Gloria Begué Cantón).

Corte de Apelaciones de La Ceiba, República de Honduras. Sentencia de 02 de mayo de 2001, expediente de anexos a la contestación de la demanda ante la Corte IDH.

Juzgado de Letras Seccional de Tela, República de Honduras. Sentencia del 13 de enero de 2003, expediente de anexos a la contestación de la demanda ante la Corte IDH.

Sala Nacional Penal del Perú. Resolución N° 216 del 19 de noviembre de 2004, expediente de *affidávits* y sus observaciones ante la Corte IDH.



JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES NACIONALES

Tribunal de Corte Plena. Resolución de las trece horas treinta minutos del veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y seis; adoptada en sesión extraordinaria. Acta de Corte Plena N° 28-86.

Tribunal de Corte Plena. Resolución de las catorce horas del catorce de noviembre de dos mil once; adoptada en sesión extraordinaria. Acta de Corte Plena N° 37-2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 122-89, de las catorce horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 0688-91, de las dieciséis horas del dos de abril de mil novecientos noventa y uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 193-92, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del veintiocho de enero de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del uno de julio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 01438-92, de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 168-1993, de las nueve horas treinta y nueve minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 6830-98, de las quince horas seis minutos del veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 8858-98, de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 08683-1999, de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2000-09685, de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del uno de noviembre de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2001-09369, de las catorce horas con treinta y un minutos del diecinueve de setiembre del dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2002-4392, de las dieciséis horas con veintidós minutos del catorce de mayo de dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2002-10329, de las catorce horas con cuarenta y dos minutos del veintinueve de octubre del dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2003-2771, de las once horas cuarenta minutos del cuatro de abril de dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2004-3441, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo del dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2007-00439, de las catorce horas y treinta y tres minutos del diecisiete de enero del dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2009-012258, de las nueve horas y cuatro minutos del siete de agosto del dos mil nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2010-014198, de las ocho horas y treinta minutos del veintisiete de agosto del dos mil diez.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2012-00314, de las diez horas cinco minutos del trece de enero de dos mil doce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema Justicia. Resolución N° 2012-015095, de las diez horas cinco minutos del veintiséis de octubre de dos mil doce.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1021-2000, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del uno de setiembre de dos mil.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 18-2004, de las once horas con veinte minutos del diecinueve de enero de dos mil cuatro.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 65-2004, de las quince horas con treinta y cinco minutos del treinta de enero de dos mil cuatro.



CONGRESOS, PONENCIAS, SEMINARIOS, INFORMES Y OTROS

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Expediente Legislativo N° 16.917. *Acta de la sesión ordinaria del Plenario N° 42, miércoles 10 de diciembre de 2008.* Tercera Legislatura, del 01 de mayo de 2008 al 30 de abril de 2009; segundo periodo de sesiones extraordinarias (del 01 de diciembre de 2008 al 30 de abril de 2009).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Departamento de Servicios Técnicos. *Informe integrado (jurídico-socioambiental). Proyecto de Ley: ~~Ley~~ de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en materia penal. Expediente N° 17.665*". Oficio N° ST. 252-2011. 24 de noviembre de 2011.

Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). *Recomendaciones Finales.* Sección Nacional Española. Universidad de Castilla-La Mancha. Toledo; 01, 02 y 03 de abril de 1992.

Comisión de Expertos y Sub-División de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena-Austria y Conselleria Adjunta a la Presidencia del Gobierno Balear. *Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de Justicia Penal (Reglas de Mallorca)*, de noviembre de 1990 a febrero de 1992.

MUÑOZ-CONDE, F. (2008). *La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho*, en La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado. Sevilla, España. Ponencia dictada en el marco del Congreso Internacional Humboldt Kolleg, Universidad Pablo de Olavide.

Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. *Recomendación: Aplicación de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*. La Habana, Cuba; del 27 de agosto al 07 de setiembre de 1990.

Sección de Estadística del Poder Judicial, República de Costa Rica. Oficio N° 42-EST-2012, “Personas detenidas a la orden de los juzgados y tribunales penales del país, al 30 de setiembre del 2012”, del 20 de febrero de 2013.



TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN

ARTAVIA CUBERO, P. (1999). Una reflexión sociológica de la problemática penal costarricense: ¿ceder derechos a cambio de seguridad? [Tesis de grado para optar por el Título de *Magister Scientiae* en Sociología]. San José, Costa Rica: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica.

BRENES LEÓN, M. (1997). La Inquisición Española y su influencia en el proceso penal costarricense [Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

BRICEÑO CRUZ, E. (2012). La Ley 8720: “Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal”, a la luz del precepto jurídico del Debido Proceso [Trabajo para optar por el grado de Licenciado en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

BRICEÑO RODRÍGUEZ, A.G. (2009). Prisión preventiva: ¿excepción o regla en delitos sexuales? Estudio de las resoluciones que ordenan dicha medida cautelar en casos de delitos sexuales, en el Juzgado Penal de Pavas, 2002-2005 [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

CARVAJAL MORA, J.A. (1998). Indeterminación de los supuestos jurídicos de la prisión preventiva en la jurisprudencia de la Sala Constitucional [Tesis de grado para alcanzar el título de Licenciado en Derecho]. San José, Costa Rica. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

GÓMEZ SALGADO, M. de los A. (1981). La Prisión Preventiva en el Proceso Penal Costarricense [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

HSIANG LIN, H. y MORA SEAS, H. (2008). Análisis del quebrantamiento del principio básico de excepcionalidad en el uso de la prisión preventiva a partir de la vigencia del actual Código Procesal Penal. [Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica.

JEREZ ZAPATA, L. y HÉCTOR HERRERA, M.A. (2002). Prisión preventiva: condiciones prácticas de operatividad [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

MONGE HERRERA, V. (2012). La Constitucionalidad del Procedimiento Penal de Flagrancia [Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

MONGE NAVARRO, R.A. (2012). Prisión Preventiva y Principio de Inocencia -un intento por problematizar la discusión- [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

ORTEGA MONGE, G. (2011). Crítica al garantismo penal desde los presupuestos de la democracia [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

SÁENZ VILLALOBOS, S. (2011). Análisis de la prisión preventiva: antes y después de la vigencia de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal y la Ley Contra la Delincuencia Organizada, en las jurisdicciones penales del I y II Circuito Judicial de San José, durante los años 2008 y 2009 [Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho]. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

ARCHIVOS ELECTRÓNICOS

BERNAL G., B. (s.f.). Dos aspectos de la legislación carcelaria novohispana. México D.F., México: Universidad Autónoma de México. Extraído de la página web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/730/16.pdf>. Consultado el día 07 de octubre de 2012.

CALVO SUÁREZ, D.G. (s.f.). *Presunción de inocencia*, en Revista Electrónica “Espacios Jurídicos”. Buenos Aires, Argentina. Extraído de la siguiente dirección electrónica: http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/presuncion_inocencia.htm#_ftnref16. Consultado el día 23 de junio de 2012.

DIGESTO 48, Tit. III; L. 1 (Ulpiano). Extraído de la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/602/21.pdf>. Consultado el día 30 de setiembre de 2012.

DIGESTO 48, Tit. III; L. 5 (Venuleyo Saturnino). Extraído de la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/602/21.pdf>. Consultado el día 30 de setiembre de 2012.

LEY DE LAS XII TABLAS, *Tabula I*, 1. Dirección electrónica de la Universidad de Navarra, Departamento de Historia, página web: <http://www.unav.es/hAntigua/textos/docencia/roma/practicadidrom18.htm>. Consultado el día 23 de setiembre de 2012.

Mensaje televisado a la nación; del Ing. ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, Presidente de la República del Perú. Extraído de la siguiente dirección electrónica: <http://www.youtube.com/watch?v=BfVj2lUFZsM>. Consultado el día 16 de agosto de 2013.

SALAS SOLÍS, M.E. (2008). *La teoría de los fines de la pena: un intento por combatir sus vicios argumentativos*, en El Dial.com [Versión en línea]. Buenos Aires, Argentina: Biblioteca Jurídica online.