

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS
AMÉRICAS**

VICERRECTORÍA ACADÉMICA

FACULTAD DE POSGRADOS DE DERECHO PENAL

**“PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UNA
BARRERA INFRANQUEABLE DE LA PRISIÓN
PREVENTIVA”**

**MODALIDAD DE PROYECTO PARA OPTAR POR EL POSGRADO DE MAESTRÍA EN
DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO PENAL**

SUSTENTANTE:

LIC. CRISTIAN ANDRÉS SALAS MORGAN

TUTOR:

MSC. ADAN CARMONA PÉREZ

**ARANJUEZ
NOVIEMBRE 2022**

Tabla de contenido

Índice de tablas	4
Índice de figuras	5
DEDICATORIAS	6
AGRADECIMIENTOS	7
RESUMEN EJECUTIVO	8
CAPÍTULO 1: PROBLEMA	9
Planteamiento del problema.....	9
Justificación	11
Antecedentes.....	12
Proyecciones	15
CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO.....	16
2.1 Prisión preventiva	16
2.2 Medidas sustitutivas.....	19
2.3 Presupuestos para la imposición de prisión preventiva.....	20
2.4 Oficiosidad o no de la prisión preventiva	38
2.5 Otras causales de prisión preventiva en Costa Rica.....	42
2.6 Límites a la prisión preventiva en Costa Rica.....	49
2.7 Derechos fundamentales de las personas imputadas en Costa Rica.....	61
CAPÍTULO 3: MARCO METODOLÓGICO	71
3.1 Tipo de investigación.....	71
3.2 Selección de técnicas	72
3.3 Selección de Población	73
CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE RESULTADOS	74
CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	121
CAPÍTULO 6: PROPUESTA.....	124
REFERENCIAS	125
APÉNDICES	134
Apéndice A: Declaración jurada.....	134

Apéndice B. Cuestionario de la entrevista	135
Apéndice C. Transcripción de la entrevista con Javier Llobet Rodríguez	137
Apéndice D. Transcripción de la entrevista con Francisco Dall’anese Ruíz.....	154
Apéndice E. Transcripción de la entrevista con Miguel Zamora Acevedo	182
Apéndice F. Transcripción de la entrevista con Karen Jiménez Umaña	195
Apéndice G. Transcripción de la entrevista con Andrea Rodríguez Segura	212
Apéndice H: Consentimientos informados de las personas entrevistadas.....	221
Apéndice I: Cartas de Aprobación. Tutor, lector y filólogo.....	227

Índice de tablas

Tabla 1. Estadísticas de presos sin condena.	18
Tabla 2. Hallazgos referentes a la aplicación del principio de proporcionalidad en la práctica judicial.....	76
Tabla 3. Hallazgos referentes a si existe, en la práctica judicial, un control de constitucionalidad y convencionalidad del principio de proporcionalidad.	85
Tabla 4. Hallazgos referentes a la regulación o no del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico.	94
Tabla 5. Hallazgos referentes a si se debería regular expresamente el principio de proporcionalidad.	101
Tabla 6. Hallazgos referentes al principio de proporcionalidad en casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	109

Índice de figuras

Figura 1. Resumen de opiniones a si, en la práctica judicial, se aplica el principio de proporcionalidad a la hora de imponer prisión preventiva	84
Figura 2. Resumen de opiniones a si, en la práctica judicial, se aplica un control de constitucionalidad y convencionalidad del principio de proporcionalidad	92
Figura 3. Resumen de opiniones con respecto a la regulación o no del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico.	99
Figura 4. Resumen de opiniones respecto de si se debería regular expresamente el principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico.	107
Figura 5. Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se refiere a los peligros procesales de la prisión preventiva.....	113
Figura 6. Caso Amrhein vs. Costa Rica	115

RESUMEN EJECUTIVO

El tema desarrollado en el presente trabajo de investigación es el principio de proporcionalidad como barrera infranqueable de la prisión preventiva. En ese sentido, el objetivo general es analizar la importancia del principio de proporcionalidad en la práctica judicial como límite para la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar.

La línea teórica de estudio utilizada fue la de analizar a tratadistas nacionales e internacionales para, posteriormente, realizar distintas entrevistas a personas que, en la práctica, cuentan con amplia experiencia en el tema de análisis. Luego, se confrontará toda esta información con la línea jurisprudencial, tanto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, finalmente, analizarlo acorde con la normativa nacional e internacional rectora del tema en estudio.

El presente trabajo de investigación se realizó con un enfoque cualitativo, no cuantitativo ni estadístico, pese a que, en un apartado del marco teórico, por su importancia, se agregó un pequeño cuadro estadístico referente a los presos sin condena. Para la selección de la población, se entrevistó al tratadista y litigante Dr. Javier Llobet Rodríguez, al ex fiscal general de la República Dr. Francisco Dall'Anese Ruiz, al defensor público MSc. Miguel Zamora Acevedo, a la fiscalía de probidad Licda. Karen Jiménez Umaña y a la jueza penal la Licda. Andrea Rodríguez Segura, cuyas posiciones permitieron tener una visión amplia sobre el tema abordado desde distintos puntos de vista en el ámbito profesional.

La principal conclusión del presente trabajo de investigación fue que el principio de proporcionalidad tiene una gran importancia a nivel de protección de derechos fundamentales. Por ende, es esencial su adecuada aplicación a la hora de imponer prisión preventiva como medida cautelar. Al respecto, la principal recomendación es realizar una reforma legal a través de un proyecto presentado ante la Asamblea Legislativa con el fin de incorporar un nuevo artículo al Código Procesal Penal que defina el principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO 1: PROBLEMA

Planteamiento del problema

El principio de proporcionalidad existe dentro de todas las ramas del Derecho Público de corte sancionatorio y debe ser utilizado y valorado a la hora de que vaya a limitarse cualquier tipo de derecho fundamental.

Este principio ha sido introducido en el proceso penal por medio de distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales del Código Procesal Penal (en adelante CPP) y la Constitución Política con el fin de ser utilizado a la hora de imponer prisión preventiva y/o cualquiera otra medida cautelar. De la misma forma, se emplea en todas las decisiones judiciales tomadas dentro de un proceso penal, sin embargo, ésta no siempre es valorada o analizada por las personas juzgadoras a la hora de emitir la resolución de medidas cautelares dentro del proceso penal.

Al respecto, es conocido que, en nuestra realidad nacional, para ciertos tipos de delitos, prácticamente, se impone prisión preventiva sin tan siquiera hacer la valoración adecuada de los peligros procesales ni mucho menos del principio de proporcionalidad. Con ello, se está generando una clara imposición de prisión preventiva en la mayoría de los procesos penales sin ponderar que la aplicación de otras medidas cautelares puede paliar los peligros procesales y, de esta forma, proteger los derechos fundamentales de las personas imputadas.

Aplicar la prisión preventiva como la regla y no ponderar las medidas sustitutivas en la mayoría de los procesos penales está provocando que el *ius puniendi* estatal, materializado a través de algunas decisiones judiciales, violente, de manera absoluta y sin fundamento suficiente, los derechos fundamentales de las personas imputadas dentro del proceso penal. Dicho aspecto desnaturaliza el Estado de derecho.

Esta situación se ha dado por causa de la gran cantidad de delitos cometidos durante los últimos años. Por tener dicha condición, las personas juzgadas toman la decisión de proteger a la población de este tipo de delincuencia, sin embargo, a la hora de hacerlo, no hacen la adecuada ponderación de peligros procesales y del principio de proporcionalidad tal como lo establece la ley. Es decir, si se realizara un análisis y valoración adecuada del principio de proporcionalidad, no se aplicaría la prisión preventiva en muchos de ellos, ya que éstos podrían ser paliados por medidas cautelares alternativas. De esta forma, se estarían protegiendo distintos derechos fundamentales, como libertad, libre tránsito, integridad, salud y ambiente de las personas investigadas en procesos penales.

Con base en la problemática apuntada *supra*, se considera que esto debe ser objeto de corrección, debido a que está generando violaciones a derechos fundamentales de las personas encartadas en un proceso penal.

A partir de lo anterior, en el presente trabajo, interesa desarrollar la siguiente pregunta de investigación:

¿De qué forma el principio de proporcionalidad es utilizado como una barrera infranqueable en un Estado constitucional de derecho para la imposición o no de la prisión preventiva?

Con el fin de abordar el cuestionamiento anterior, se considera necesario desarrollar el siguiente **objetivo general**: Analizar la importancia del principio de proporcionalidad en la práctica judicial como límite para la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar.

Por otra parte, con el mismo fin apuntado, los **objetivos específicos** son los siguientes:

1. Determinar si, en la práctica judicial, el principio de proporcionalidad es considerado como un límite para la imposición de la prisión preventiva por los Tribunales de Justicia.

2. Identificar si el principio de proporcionalidad podría considerarse en la práctica judicial como protector de los derechos fundamentales que se limitan a través de la prisión preventiva.
3. Estudiar si el principio de proporcionalidad tiene sustento constitucional y convencional en el tema de la prisión preventiva.

Justificación

Esta investigación pretende determinar si el principio de proporcionalidad ha sido realmente utilizado y analizado a la hora de interponer medidas cautelares de prisión preventiva y/o cualesquiera otras medidas cautelares dentro del proceso penal. De esta forma, se podrá determinar si el mismo principio se convierte o no en una barrera infranqueable para la protección de los derechos fundamentales limitados con la imposición de estas medidas cautelares.

Dicho análisis será relevante para todo el sector de la población que se vea involucrado un proceso penal, pues la aplicación o no del principio de proporcionalidad podría ser de suma importancia para determinar si es realmente necesaria e imprescindible la imposición de medidas cautelares a una persona imputada dentro del proceso penal y que, de esta forma, sus derechos fundamentales se vean limitados.

La información obtenida en la presente investigación será de gran utilidad para todas las personas operadoras del Derecho, principalmente, las personas administradoras de justicia, los defensores y los fiscales en el momento de valorar el tema de las medidas cautelares, ya que, si se determina que este principio de proporcionalidad representa una barrera infranqueable que protege los derechos fundamentales de las personas imputadas, para poder imponer medidas cautelares como la prisión preventiva y/o cualesquiera otras medidas, se deberán ponderar las necesidades reales y proporcionarlas para ello.

Antecedentes

Este apartado pretende determinar si la presente investigación ha sido analizada anteriormente o si por el contrario tiene cierta novedad.

Al respecto, se realizó una investigación de campo y se logró determinar que varios autores e investigadores han tratado el tema de la prisión preventiva y han hecho referencia al principio de proporcionalidad en forma amplia y específica. Sin embargo, no se encontró ningún abordaje relacionado específicamente con la óptica que se pretende dar al principio de proporcionalidad respecto de la protección de los derechos fundamentales de las personas investigadas en un proceso penal.

Dentro de los trabajos encontrados, se encuentran los siguientes:

De acuerdo con Vargas Montero (1998), en su tesis para optar por el grado académico de licenciatura en la Universidad de Costa Rica, se indica que los principios de la razonabilidad y la proporcionalidad son principios constitucionales e integran una subcategoría de principio del derecho. De esta forma, se cumplen las mismas funciones y son el medio idóneo para interpretar el derecho positivo.

Por otra parte, Venegas Mora (2020), en su tesis para optar por el posgrado de máster en Derecho Penal en la Universidad Internacional de las Américas, aduce que

La razonabilidad se compone de: a) razonabilidad técnica: que es la proporcionalidad entre medios y fines, b) razonabilidad jurídica: adecuación a la constitución en general y, en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por la Constitución Política, y, c) razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales (p. 39).

Además, Arias Córdoba (2020), en su tesis para optar por el posgrado de máster en Derecho Penal en la Universidad Internacional de las Américas, afirma que:

Nunca, la prisionalización va a cumplir con las condiciones idóneas de estancia, pues la misma representa incomodidades y situaciones de estrés naturales que deben considerarse bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad, pero, cuando se visitan los centros penitenciarios, existe una diferenciación marcada de condiciones entre un ámbito y otro, por lo cual, en las condiciones particulares de la persona solicitante, debe razonarse si su estancia en determinado ámbito trasciende a la soportabilidad de las consecuencias carcelarias naturales o normales (p.101).

De esta forma, es posible percibir cómo el principio de proporcionalidad surge de otros principios como puede ser el principio de igualdad e inocencia.

Asimismo, Vargas Montero (1998) menciona que:

Consecuencia del principio de igualdad es también el de proporcionalidad, en cuanto la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque mismo. Ha de excluirse penas iguales para hechos diferentes, pues esto implica también discriminación. Una afeción a la vida nunca puede tener la misma pena que una afeción al patrimonio (p.84).

De la misma forma, Ramírez Barahona (2021), en su tesis para optar por el posgrado de máster en Derecho Penal en la Universidad Internacional de las Américas, considera que el inciso c) del 239 del C.P.P., si bien no lo menciona expresamente, constituye el reconocimiento del principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva. La ausencia de este principio debe significar que no sea plausible la aplicación de la medida citada.

Por su parte, González Cuellar (1990) afirma que:

El principio de la proporcionalidad es un principio de contenido amplio, cuyo origen y evolución aclaran un poco su significado. Su origen se circunscribe al derecho de

policía, extendiéndose luego al derecho administrativo, considerándosele tradicionalmente como un límite impuesto a las potestades de la administración en la adopción y ejecución de los actos administrativos. De esta forma, puede existir autorización legal para la adopción de un determinado acto, pero, en virtud de este principio, su adopción no es proporcional, evitándose con ello muchos abusos en la función pública (p.37).

Según Vargas Montero (1998):

En 1764, aparece en Europa el primer ejemplar del libro <<De los Delitos y las Penas>>, de Cesare Beccaria, obra inmortal en materia de los Derechos Humanos en el ámbito penal, en el cual denunció las atrocidades de aquella época, por la falta de proporcionalidad entre los delitos y las penas, debido fundamentalmente a que la tortura y la pena de muerte eran lo común para cualquier tipo de delito, agravado por un "proceso penal" donde la investigación era secreta, sin derecho de defensa y encamina a que el imputado confesara su culpa a toda costa (p.99).

Como respuesta a esta situación, Beccaria (1968) establece como solución que “las penas deben ser proporcionadas entre sí, y con respecto a los delitos no solo en la fuerza, sino también en el modo de infligirlas” (p.131).

Con base en lo anterior, se logra identificar el surgimiento del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal alemán y cómo su aplicación se ha ido implementando en distintas legislaciones. Sin embargo, dicho principio no ha sido analizado desde la perspectiva de ser una barrera hacia la imposición o no de una medida cautelar de prisión preventiva.

Como se observó en este apartado, tanto la prisión preventiva, como el principio de proporcionalidad han sido tratados anteriormente en varias investigaciones y en libros por parte de varios autores en Costa Rica. Sin embargo, no se le ha dado el tratamiento buscado

con la presente investigación. Por tal motivo, es de relevancia para los abogados, personas de la judicatura y Ministerio Público, así como para particulares.

Proyecciones

- Se busca establecer la importancia del principio de proporcionalidad para la protección de derechos fundamentales de la persona imputada a la hora de imponer medidas cautelares.
- Se pretenden otorgar herramientas importantes para los juzgadores, defensores y Ministerio Público a la hora de solicitar y/o ordenar medidas cautelares.
- Se busca realizar algunas reflexiones que hagan surgir algunas pautas teóricas que sean de trascendental insumo y análisis a la aplicación del principio de proporcionalidad a la hora de valorar la aplicación de la prisión preventiva.
- Se pretende determinar, a partir de las entrevistas a profundidad, si se utiliza el principio de proporcionalidad o no como límite al *ius puniendi* del Estado.
- Se busca analizar de dónde surge la aplicación del principio de proporcionalidad en Costa Rica.
- Se busca establecer si los juzgadores utilizan o no el control de convencionalidad a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO

El presente trabajo de investigación pretende abarcar todo un análisis legal, jurisprudencial y doctrinal, tanto a nivel nacional, como internacional sobre la aplicación del principio de proporcionalidad a la hora de imponer medidas cautelares tan gravosas como la prisión preventiva.

Es de suma relevancia establecer si, en la práctica, se da la aplicación del principio de proporcionalidad en resguardo de los derechos fundamentales que tienen las personas imputadas dentro del proceso penal o si, por el contrario, no se está realizando de esta forma por parte de las autoridades jurisdiccionales.

Un punto de partida esencial e indispensable para introducirse en el tema está en determinar qué se ha entendido por prisión preventiva y otras medidas cautelares de carácter personal dentro del proceso penal.

2.1 Prisión preventiva

La prisión preventiva es la máxima limitación de derecho a la libertad ambulatoria que se puede aplicar a una persona imputada dentro de un proceso penal con el fin de salvaguardarlo y que la persona imputada no se dé a la fuga y/u obstaculice la investigación.

El autor nacional Javier Llobet Rodríguez (2010) conceptualiza *prisión preventiva* en los siguientes términos:

Consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme por el tribunal competente en contra de la persona imputada, 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 (p.31).

A pesar de ello, es importante también mencionar que, para poder aplicar la medida cautelar de prisión preventiva, se debe cumplir con el principio de legalidad y cada una de las características, condiciones y peligros procesales estén presentes en cada caso en concreto con el fin de poder imponer la prisión preventiva y/o cualquiera otra medida cautelar sustitutiva establecida en nuestro CPP.

De esta forma, a lo largo de la presente investigación, se pretende realizar un análisis completo sobre todas las condiciones, peligros procesales y principios que deben verificarse y respetarse de previo a tomar la decisión de imponer medidas cautelares a una persona detenida. En ese sentido, se brinda especial énfasis al principio de proporcionalidad que fue incorporado en nuestra legislación procesal penal con el fin de poder salvaguardar los derechos fundamentales de las personas imputadas durante el curso de investigación del proceso penal.

El citado principio tomará mayor relevancia durante la investigación y sobre el cual se deberá determinar si las personas juzgadoras del país la están aplicando o no en forma adecuada dentro del proceso y si su aplicación es acorde o no con las sentencias constitucionales del país y con los votos internacionales en resguardo de los derechos fundamentales y derechos humanos de cada ser humano.

2.1.1 Críticas a la prisión preventiva

La prisión preventiva, al limitar derechos fundamentales como la libertad y el libre tránsito, ha sido fuertemente criticada por su aplicación y ha sido comparada con las legislaciones de antaño que se regían bajo un sistema penal inquisitivo.

Por ello, varios juristas han indicado que el uso excesivo de una medida cautelar tan gravosa como la prisión preventiva refleja el tipo de Estado perseguido.

Sobre este extremo, Roxin (2000) refiere lo siguiente: “En los Estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, se exagera fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal” (p.258).

De esta forma, se puede determinar cómo la aplicación excesiva de la prisión preventiva podría dar pie a creer que Costa Rica no es un Estado Social de Derecho, sino por el contrario, está por convertirse en un Estado totalitario.

Lo anterior se debe a que, en Costa Rica, los presos sin condena siempre van en aumento, ya que el promedio anual de personas indiciadas en prisión preventiva siempre está incrementándose tal como se demuestra en el siguiente cuadro. Además, acorde con los informes de estadística obtenidos de la página *web* del Ministerio de Justicia y Paz, las personas investigadas que se encuentran en prisión preventiva son, en su mayoría, por delitos de narcotráfico, delitos sexuales y delitos patrimoniales.

Tabla 1
Estadísticas de presos sin condena

Condición	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Jurídica											
Personas indiciadas	1844	1964	2413	2635	2918	3228	3144	2964	2841	2543	2543

Nota: cantidad de personas indiciadas en prisión preventiva del 2007 al 2017 según la página *web* del Ministerio de Justicia y Paz, Costa Rica

Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

A pesar de las estadísticas indicadas anteriormente, en los últimos dos años, la cantidad de personas indiciadas en prisión preventiva ha ido aumentando, ya que, en el año 2020, había 3884 personas indiciadas en prisión preventiva, mientras que, en el año 2021, había 3872 personas indiciadas en prisión preventiva.

Lo anterior demuestra que los presos sin condena van aumentando exponencialmente con el pasar de los años, y pareciera que la prisión preventiva se está convirtiendo en la regla en ciertos delitos y no en la excepción.

2.2 Medidas sustitutivas

De acuerdo con el jurista Llobet (2007), las medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva están referidas al peligro procesal penal que se pretende paliar. Por consiguiente, existen medidas cautelares diseñadas para paliar cada peligro procesal en forma acertada. De esta manera, la persona imputada se mantendrá apegada al proceso y se podrá llegar a la verdad real con las pruebas existentes en cada proceso.

De la misma forma, existen otro tipo de medidas cautelares denominadas en la práctica judicial como medidas sustitutivas de la prisión preventiva, las cuales son reguladas en el artículo 244 del CPP. Cada una de ellas está orientada a paliar distintos peligros procesales que cada persona imputada pueda tener en cada caso específico.

Las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva establecidas en el artículo 244 del CPP son las siguientes: a) El arresto domiciliario, b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal, c) la obligación de presentarse a firmar periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe, d) la prohibición de salir del país y 4) la prestación de una caución adecuada, e) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares, f) la prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa, g) tratándose de agresiones a mujeres o niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la orden de que éste haga abandono inmediato del domicilio, h) la prestación de una caución, i) la suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional j) la imposición de la medida de localización permanente con mecanismo electrónico.

2.3 Presupuestos para la imposición de prisión preventiva

En nuestro país, para que los juzgadores penales puedan imponer una medida cautelar de prisión preventiva o cualquiera otra medida sustitutiva, deberán analizarse y cumplir distintos presupuestos establecidos por nuestro CPP, los cuales son necesarios de analizar para cumplir con el principio de legalidad que rige en nuestro país.

Dichos presupuestos serán analizados en forma amplia en esta investigación, ya que son de relevancia para su adecuada comprensión, pues son varios niveles que deben ser analizados.

Cada persona juzgadora deberá analizar si existe o no un grado de probabilidad comprobado. Posteriormente, es necesario analizar si alguno de los peligros procesales se encuentra latente en el proceso y, luego, analizar y ponderar la imposición de la prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar. Posteriormente, se debe realizar un test conforme al principio de proporcionalidad. Éstos son conocidos por parte de la doctrina de autores como Llobet y Zamora como requisitos materiales de la prisión preventiva.

2.3.1 Grado de probabilidad

Según el CPP, la procedencia de la prisión preventiva establece que “el tribunal ordenará la prisión preventiva de la persona imputada, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que la persona detenida es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él”.

De acuerdo con Sánchez Romero (1997), el grado de probabilidad “establece, para la procedencia de la prisión preventiva, la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener, razonablemente, que la persona detenida es, con probabilidad, autor o participe del hecho punible” (p.60).

Por otro lado, la doctrina refiere que este requisito suscita algunas dudas sobre su posible incompatibilidad con la presunción de inocencia, por lo cual este aspecto es objeto de importantes debates doctrinales.

En ese sentido, existen dos posiciones doctrinales respecto del principio de presunción de inocencia a la hora de analizar el grado de probabilidad de la persona imputada de haber cometido o no el delito que se le está investigando.

El primer concepto desarrollado y que corresponde a la doctrina minoritaria es el concepto psicológico de la presunción de inocencia. Esta perspectiva, según explica Llobet (1997), establece que la presunción de inocencia se va debilitando conforme avanza el proceso, por ejemplo, si a la persona imputada se le impuso prisión preventiva en la etapa de investigación y luego hubo un acto conclusivo acusatorio y, posteriormente, un auto de apertura a juicio, su presunción de inocencia se debilita gradualmente conforme avanza el proceso penal.

Por otro lado, el concepto normativo de presunción de inocencia, por el contrario, sostiene que ésta persiste durante todo el proceso y se extiende hasta la existencia de una sentencia firme sin relativizarla en el transcurso del proceso.

Es importante que las personas juzgadoras tengan claro el grado de convicción que deben tener con respecto a la posibilidad de participación como presunción de prisión preventiva. Al respecto, es de gran dificultad brindar fórmulas precisas para determinar la presencia de un grado de culpabilidad suficiente para dictar medidas cautelares. Por tanto, se ha demostrado que éste puede presumirse cuando los factores positivos asociados con la comisión del delito son superiores a los factores negativos.

El grado de probabilidad, tal como ha sido establecido en nuestra Constitución Política en su artículo 37, corresponde al primer aspecto que debe ser valorado por la persona juzgadora en el momento cuando recibe una solicitud de medida cautelar de prisión preventiva o cualquiera otra sustitutiva dentro del proceso penal.

Este grado de probabilidad corresponde a la posibilidad de que la persona imputada haya sido autora responsable o partícipe del hecho delictivo, por lo tanto, se le está investigando. Por tal motivo, se convierte en necesaria la imposición de una medida cautelar.

Durante una audiencia de medidas cautelares, los juzgadores deberán valorar el grado de probabilidad existente dentro de una solicitud motivada para imponer medidas cautelares. De esta forma, deberá hacer un análisis adecuado de los hechos investigados en este momento y de todo el elenco probatorio existente dentro de cada caso en concreto, llámese prueba documental, testimonial, material y/o pericial que conste en ese momento.

Ahora bien, este grado de probabilidad es solamente el primer paso que debe ser analizado a la hora de valorar la imposición o no de una medida cautelar en perjuicio de una persona procesada. Esto porque, debido a que se analizará posteriormente, se deberán valorar distintos presupuestos procesales y distintos principios establecidos por ley, doctrina y jurisprudencia que protegen los derechos fundamentales de las personas imputadas.

2.3.2 Peligros procesales

El autor Jorge Pérez López (2014) define el término peligro procesal de la siguiente forma, lo cual se cita *in extenso*, ya que su contenido es de suma relevancia para la investigación:

El peligro procesal, como presupuesto de la prisión preventiva, es la medida que la fundamenta, la legitima, la avala y constituye el requisito más importante de ésta; por ende, su valoración debe estar basada en juicios certeros, válidos, que no admitan duda a la hora de mencionarlos, puesto que de lo contrario estaríamos afectando el bien jurídico más importante consagrado en la Constitución después de la vida, que es la libertad, en este caso, de la persona detenida. El peligro procesal hace alusión al *periculum in mora*, que constituye un presupuesto de toda medida cautelar que hace referencia a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso

derivados de la duración de su tramitación. Si la sentencia se dictara de modo inmediato, es evidente que las medidas cautelares carecerían de fundamento y justificación; al no ser así, en ocasiones, se impone la adopción de resoluciones que, en el fondo, vienen a anticipar los efectos materiales de la pena. El *periculum in mora* desarrolla el riesgo de frustración y la peligrosidad procesal. El riesgo de frustración es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de proseguir dicho proceso y realizar su fin pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad. El peligro procesal tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez; como hemos indicado, es la regla que, en todo caso, fundamenta la legitimidad de la prisión preventiva. Son dos los peligros considerados autónomamente que la ley reconoce: peligro de fuga y peligro de obstaculización. El primer peligro se traduce en la función cautelar de la prisión preventiva, mientras que el segundo se traduce en la función aseguratoria de la prueba –distinta de la propiamente cautelar- de dicha medida provisional (pp.5-6).

Por otro lado, Zamora Acevedo (2020) señala que se debe presentar la existencia de, al menos, un peligro procesal de los señalados por la normativa:

- 1- Presunción de fuga
- 2- Peligro de obstaculización
- 3- Continuidad delictiva
- 4- Existencia de peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo.

En materia de medidas cautelares, todos los juzgadores están en la obligación de analizar, ponderar y valorar tres presupuestos o peligros procesales determinantes para que, en cada caso concreto, se logre aplicar, en forma correcta, una medida cautelar.

Los tres peligros procesales establecidos por ley y que deben ser valorados por la persona juzgadora son el peligro de fuga, el peligro de obstaculización y la reiteración delictiva, ya que, en caso de que exista un grado de probabilidad latente de la comisión de un

hecho delictivo por parte de una persona detenida, pero no exista ningún tipo de presupuesto o peligro procesal que impacte a la persona imputada, no podría entonces aplicarse ningún tipo de medida cautelar.

En razón de lo anterior, los presupuestos o peligros procesales corresponden al segundo escalón que debe ser utilizado por la persona juzgadora a la hora de imponer o no una medida cautelar. Por lo tanto, si se logra determinar el grado de probabilidad dentro de un caso en concreto y existen o se encuentran latentes peligros procesales, éstos solo podrían ser paliados con la imposición de medidas cautelares. Sin embargo, de previo a la imposición de medidas cautelares, deberán valorarse, a profundidad, distintos principios detallados más adelante.

2.3.2.1 Peligro de fuga

El primer peligro procesal que deberá ser analizado es el peligro de fuga, cuya definición se encuentra en la ley, doctrina y jurisprudencia. Sobre él, Zamora Acevedo (2020) reseña que es la realización de “una especie de prognosis jurídica, mediante la cual se pretende establecer el grado probable que el procesado, estando en libertad, no se someterá al proceso penal en su contra y en consecuencia evadirá la acción de la justicia” (p.11).

Sobre este punto, resultan esenciales las razones explicadas por Llobet (2010) para sustentar el peligro de fuga como supuesto procesal de la prisión preventiva, pues, ante la imposibilidad de que se practique un juicio en ausencia, se requiere la presencia del inculcado.

Por consiguiente, se percibe cómo este peligro procesal de fuga está compuesto por distintas variables que deberán ser analizadas en forma individual a la hora de imponer o no una medida cautelar. Sobre este aspecto, el CPP, en su artículo 240, establece lo siguiente:

Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio,

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

En primer lugar, se tiene el arraigo que se subdivide en arraigo familiar, arraigo laboral, arraigo domiciliario y capacidad económica en el país.

Por otra parte, Encina Ibarra (2021) indica que se encuentran los siguientes cuatro elementos del arraigo útiles para describir la vinculación del imputado con el país en el que se le sigue el proceso penal:

1) Domiciliario, implica que el imputado resida en un lugar conocido en el cual pueda ser ubicado en cualquier momento del proceso, así como la posesión o propiedad de bienes muebles o inmuebles (en ocasiones, esto es entendido como arraigo patrimonial); 2) Familiar, determinado por los vínculos familiares que posea en el país; 3) Laboral, referido al trabajo dependiente o independiente, oficio y/o negocio que ejerza. 4) Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto (párr. 14).

Considerando lo anterior, se percibe cómo se deberá analizar la situación particular de cada persona detenida de previo a imponer prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar establecida por ley.

Lo anterior porque se deberá hacer un análisis sobre el arraigo domiciliario de la persona imputada, es decir, si tiene un domicilio estable, cuántos años ha vivido en ese domicilio o si cuenta con otros domicilios dentro o fuera del país, entre otros aspectos.

Posteriormente, se deberá realizar el mismo análisis con respecto al arraigo laboral de cada persona imputada, es decir, si tiene trabajo estable, si tiene negocios propios o si tiene negocios fuera del país.

De igual forma, se deberá analizar el arraigo familiar, donde se podrá considerar si su nacionalidad es costarricense, si tiene o no familia extranjera, si tiene familiares con domicilio en otro país, entre otros aspectos.

Asimismo, en este primer punto, se deberá hacer un análisis de la capacidad económica de la persona investigada, donde se podrá determinar la gravedad del peligro procesal, ya que, si el implicado cuenta con altos niveles económicos, podría abandonar el país u ocultarse en forma definitiva, por lo cual se perdería la posibilidad de continuar con el proceso penal y el delito quedaría impune.

Por ello, el análisis de este peligro procesal de fuga es de suma importancia a la hora de valorar la imposición o no de medidas cautelares. Finalmente, en caso de que se determine que el peligro de procesal es latente, se deberán analizar los principios protectores que integran la doctrina de las medidas cautelares para determinar si es procedente o no la imposición de medidas cautelares y el tipo de medida pertinente para cada caso en concreto.

Como segundo punto de análisis, dentro del peligro de fuga, se establece la posible pena por imponer en cada caso en concreto, es decir, cuanto más alta sea la posible pena a imponer por el delito o los delitos investigados, el peligro de fuga podría incrementarse o disminuirse.

Asimismo, se deberá analizar el daño causado, es decir, si nos encontramos ante un delito fiscal o económico y el daño causado es una suma de millones de dólares, el peligro de fuga se incrementa. En caso contrario, si es un proceso de hurto por un celular valorado en cincuenta mil colones, la magnitud del daño causado es muy baja y, por tal motivo, el peligro procesal no estaría latente en dicho caso.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática y reiterativa con respecto a la forma de analizar e interpretar los distintos arraigos que deben ser valorados a la hora de imponer prisión preventiva o cualesquiera otras medidas cautelares. Por ejemplo, mediante el voto número 2010-9787, se establece lo siguiente sobre la aplicación de arraigos:

La jueza penal tomó en consideración que existían suficientes pruebas (entre otras, actas de comprobación de venta de drogas, billetes marcados y actas de secuestro) que indicaban, con un alto grado de probabilidad, la participación de los tutelados en el delito que se les imputa, infracción a la ley de psicotrópicos, que está sancionada con pena privativa de libertad (folios 134-135 de la copia certificada del legajo de medidas cautelares). Además, la juzgadora agregó que los tutelados fueron detenidos en flagrancia. No solo tiene un amplio historial delictivo, sino que el delito que se le imputa fue cometido durante varios meses, de manera que hay razón para considerar que hay riesgo de reiteración delictiva.

Por otro lado, la Sala Constitucional también ha analizado la correcta aplicación del peligro de fuga. Así, por ejemplo, mediante la resolución número 2008-7349, resolvió lo siguiente:

Se consideró que estamos en presencia del peligro procesal de fuga. La acusada, en el momento en que fue identificada, otorgó una dirección inexistente de su vivienda y se valora la magnitud del daño causado por la venta de droga a la juventud, además de ser una zona turística; por otra parte, el juzgador confirma que la pena imponer no es por sí sola suficiente para dictar la prisión preventiva, sino que debe relacionarse con el resto de material probatorio. Recalca que la ajusticiable no tiene arraigo en el país, ya que no se sabe dónde vive. Reitera que ésta mintió a la hora de señalar su casa de habitación. Por otra parte, se observa que la defensa, inconforme con el dictado de la prisión preventiva, en el momento de la audiencia, apeló la resolución y solicitó vista. No obstante, se constata que el día señalado para la vista, la defensa renunció a la misma por no poder aportar prueba pertinente, de ahí que el Tribunal de Juicio confirmó que la acusada no tiene arraigo domiciliario y, por ende, dispuso

mantener la medida cautelar. Por lo expuesto, la Sala considera que la prisión preventiva dictada contra la acusada [...]se encuentra debidamente motivada. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar el recurso”.

De la misma forma, el arraigo domiciliario fue analizado por parte del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil II Circuito Judicial de San José mediante la resolución número 2022-00028 e indicó lo siguiente:

Es cierto que se ha ofrecido una alternativa domiciliar en la casa de su padrastro en la ciudad de Cariari de Limón, incluso con el compromiso de la señora [Nombre 002] de también trasladarse a vivir a ese sitio. Sin embargo, como lo ponderó la *a quo*, lo anterior resulta insuficiente, tomando en cuenta todas las circunstancias ya señaladas de falta de arraigo domiciliar y familiar. La valoración del arraigo no se puede limitar simplemente al ofrecimiento de una alternativa de domicilio “al calor del momento”, es decir, porque el joven imputado quedó detenido, por cuanto el mismo se refiere a una verdadera firmeza domiciliar y familiar, que como lo define la Real Academia Española, se trata de “echar raíces” en el aspecto domiciliar y familiar.

Por otro lado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha analizado el arraigo familiar mediante la resolución número 2011-01224, donde indicó lo siguiente:

Por otra parte, se cimentó el fallo en el peligro procesal por el poco arraigo familiar, ya que, a la endilgada, no le importó que sus hijos observaran la venta de droga a los oficiales encubiertos, y no tiene labor fija, sino que su *modus vivendi* es la venta de drogas. De manera que no se encuentra la resolución ayuna, pues cumple en la etapa procesal los requerimientos de indicio comprobado y peligros procesales.

Continuando con el análisis de los distintos factores del peligro procesal de fuga, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante la resolución número 2001-9668, analizó la capacidad económica de la persona imputada e indicó lo siguiente:

Conforme a todo lo expuesto, el encartado pertenece a una banda internacional dedicada al narcotráfico, la cual, en apariencia, es poderosa en cuanto al manejo de dinero por la gravedad de los hechos investigados, estableciéndose 8 años de prisión como mínimo de la pena con que se sanciona el delito o los delitos atribuidos al encartado. Podemos presumir que, de estar en libertad, el imputado, fácilmente, podría evadir la justicia, pues puede contar con los medios económicos idóneos para burlar a las autoridades.

De la misma forma, el tribunal de cita, acorde con la capacidad económica de la persona imputada, mediante la resolución número 2021-18230, lo siguiente:

Sobre el punto h) del objeto del recurso: la discriminación por capacidad económica. Según el promovente, se deja al tutelado privado de libertad por consideración a su capacidad económica, lo que calificó de discriminatorio. El Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José no privó de libertad al tutelado en consideración a su capacidad económica. La prisión preventiva nunca fue impugnada. Lo que hizo la autoridad jurisdiccional recurrida fue valorar la capacidad económica del tutelado, como uno de varios factores para concluir que el monto de la caución impuesta, como medida sustitutiva, no era suficiente para paliar los peligros procesales (se aludió a las empresas y bienes dentro y fuera del país; en general a la posición económica del tutelado, que le facilitaría la evasión de la justicia, en caso de así quererlo).

Asimismo, Ferrajoli (1995) indica, con respecto al peligro de fuga, que

Todavía más infundado es el segundo motivo que, para Beccaria, justificaría la prisión preventiva: el peligro de fuga del imputado. Aceptando que la fuga temida podría

producirse, una vez admitida la presentación coactiva ante el juez, solo después del interrogatorio, es fácil advertir también en este caso la circularidad de la aumentación (p.558).

De la misma forma, Ferrajoli (1995) indica que:

La verdad es que semejante peligro no es un gran peligro. Sobre todo, es muy difícil en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, una fuga definitiva, y tal vez bastaría como medio disuasorio una mayor vigilancia del imputado, sobre todo en los días inmediatamente anteriores a la sentencia” (p.558).

Además, Ferrajoli (1995) aduce que

En definitiva, el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas. Un ordenamiento jurídico – por ejemplo – que previera la pena de muerte muy difícilmente podría renunciar por algún tiempo a poner las manos sobre el acusado para colocarle a buen recaudo después de la condena del verdugo. De ello, se desprende que la mitigación de las penas reduce proporcionalmente el peligro de fuga de los imputados. En particular, la abolición de la pena privativa de libertad o incluso solo la reducción de la duración máximo de la misma a diez años – propuesta en el apartado 31 -, al reducir drásticamente el miedo a la pena, favorecería después a la desaparición de la prisión preventiva (p.559).

De esta forma, se puede deducir cómo el mismo peligro de fuga como presupuesto concreto para la imposición de la prisión preventiva no es suficiente para algunos juristas, pese a que así ha sido indicado en forma reiterada por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.3.2.2 Peligro de obstaculización

El segundo presupuesto o peligro procesal que debe ser analizado por parte de la persona juzgadora es el peligro de obstaculización, el cual se encuentra regulado en el artículo 241 del CPP y establece lo siguiente:

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

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

El motivo solo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate (Ley 7594, 01 de enero del 1998).

En dicha normativa, este presupuesto o peligro procesal se subdivide en elementos esenciales como el que la persona imputada pueda tener injerencia sobre los elementos probatorios del proceso, ya sea documental, testimonial y pericial, lo cual se analizará más adelante.

En este sentido, Zamora Acevedo (2020) señala que el peligro de obstaculización debe garantizar los fines del proceso mediante la constitución de medidas que garanticen el cumplimiento del proceso investigativo en la producción de la prueba tendiente a sancionar al acusado. En dado caso, se debe asegurar la ejecución de la posible sanción, tanto así que la misma norma sostiene que dicho peligro solo sería posible invocarlo hasta la conclusión del debate, independientemente del resultado, pues la lógica de este peligro es el aseguramiento de la prueba. La normativa, en su numeral 241 del CPP, describe las nociones por tomar en consideración para la estimación del peligro de obstaculización y brinda las

siguientes indicaciones en relación con la grave sospecha de que el imputado: a) Destruirá, ocultará, modificará o falsificará elementos de prueba, y b) Que el imputado incidirá en forma negativa en la declaración de coimputado, testigos o peritos de manera que la manifestación de los mismos no se ajuste a la realidad, se comporten deslealmente o demuestre una total reticencia a la administración de justicia. No obstante, dichas sospechas deben ser sobre actos en concreto del proceso y no simples posibilidades deducidas por el sentido común.

Asimismo, Zamora Acevedo (2020) explica que:

Mediante la ley N°8559, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, del 25 de abril de 2007, se vino a adicionar -innecesariamente- al numeral 239 CPP el inciso d, el cual se refiere el peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Por medio de éste, se hace explícita la tutela de los derechos de algunas víctimas, especialmente en aquellos asuntos de violencia doméstica. Sin embargo, resulta problemática esta reforma porque vino a agregar un inciso como requisito material cuando lo correcto era agregarlo al inciso b, como peligro procesal para ciertas víctimas, no obstante, a este error legislativo, pronto la Sala Constitucional vino a darle una solución interpretativa indicando que se hacía una nueva causal de prisión preventiva mediante resolución N°3441-04 del 31 de marzo de 2004. De la lectura de este inciso, es claro que los fines procesales están totalmente asignados al peligro de obstaculización, sin embargo, pareciera que la pretensión era acuerpar los deseos emocionales a favor de la víctimas con claros tintes populistas, especialmente, en delitos aplicables a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, en cuyo caso, la norma guía debería ser la Penalización de la Violencia contra la Mujeres N°8589 de 12 de abril del 2007, especialmente en el guarismo 45 que establece el presente requisito (p.25).

De esta forma, se percibe cómo este peligro procesal analiza la posibilidad de que la persona investigada pueda destruir, modificar, ocultar o falsificar cualquier elemento de prueba documental o material. Si se logra demostrar este peligro procesal, se podrá imponer

la medida cautelar correspondiente para paliar este peligro procesal y salvaguardar la prueba y su legalidad con el fin de poder contar con los hechos y prueba que determinen la verdad real de los hechos del proceso penal y, de esta manera, imponer una medida cautelar pertinente, razonable y proporcional.

Asimismo, este presupuesto o peligro procesal busca proteger a las partes involucradas del proceso y que éstas no padezcan de ningún tipo de amenaza que pueda alterar el resultado del proceso. En ese sentido, se pretende proteger a las víctimas, coimputados, testigos y/o peritos que formen parte del proceso con el fin de que ninguna persona investigada pueda influir negativamente sobre ellos mediante amenazas y/o extorsión.

En caso de que se lograra determinar este tipo de presupuesto o peligro procesal, deberá finalmente imponerse una medida cautelar adecuada, pertinente y proporcional que pueda paliar el peligro procesal en forma adecuada sin que la persona juzgadora exceda en ésta y se violenten derechos fundamentales de la persona imputada.

2.3.2.3 Reiteración delictiva

La reiteración delictiva se considera como un peligro procesal. Sin embargo, en nuestro país, a raíz de que predomina un derecho penal de acto y no de autor, no se juzga a la persona imputada por delitos previos que haya podido cometer o que se encuentren en investigación, sino que se deberá analizar el comportamiento de la persona en dichos procesos y no el simple hecho de que esté siendo juzgado o investigado en reiteradas ocasiones.

De igual forma, se trata de ponderar o paliar, con este peligro procesal, que la persona imputada no siga cometiendo más delitos en perjuicio de la ciudadanía. No obstante, este peligro nunca podría analizarse en forma aislada y siempre deberá ir de la mano con el grado de probabilidad y los demás peligros procesales. Asimismo, se deberá analizar su pertinencia,

razonabilidad y proporcionalidad a la hora de valorar la imposición de prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar a raíz de este presupuesto.

Por su parte, Zamora Acevedo (2020) indica que:

La última de las causales de los peligros procesales es la más discutida a nivel doctrinario y nuestro código establece como continuidad delictiva. Así, en el inciso b) de art. 239 del Código Procesal Penal costarricense, se establece una especie de prognosis de que el investigado continuará su actividad delictiva, y ello se reconoce como una condición necesaria y suficiente para dictar el encarcelamiento momentáneo del acusado (p.19).

En este orden de ideas, el panegírico de la reincidencia para justificar la prisión preventiva se establece tomando en consideración, la necesidad del orden social, tranquilidad pública y, en general, el riesgo que implica la libertad de una persona que ha mostrado irrespeto a las normas de orden penal, con lo cual supondría una coherencia de la sociedad frente al acto reincidente el tener que admitirla, aunque esta causal no es estrictamente reincidencia, sino la simple continuidad delictiva (p.20)

De acuerdo con Zaffaroni (1988):

La reincidencia es una forma de la reiteración del delito, es decir, la reiteración es el género y la reincidencia, la especie. Es reincidente el reiterante que "comete un nuevo delito después de una sentencia definitiva". Siendo ésta la idea general que campea en toda la legislación comparada, dejando de lado las particularidades que presenta cada sistema concreto (p.343).

De igual manera y con respecto a la reincidencia como causal para la aplicación de la prisión preventiva, el CPP indica, en el inciso c) del artículo 239 bis, que "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".

La reincidencia, como motivo de prisión preventiva, debe ser analizada como un vestigio del sistema inquisitorio penal; al respecto, resulta importante lo establecido por Zaffaron, Alagia y Slokar (2014):

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 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 (p. 49).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en ocasiones contra la ilegitimidad de la reiteración delictiva como causal de la detención provisional. Ello se puede observar, por ejemplo, en el caso López Álvarez versus Honduras (2006), donde se mencionó lo siguiente:

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 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 mismas, 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.

A su vez, siguiendo la misma línea, resulta relevante el Informe número 86/09 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se establece inconveniente aplicar la prisión preventiva con base en motivos preventivos especiales o preventivos generales:

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 delito en el futuro o la repercusión social del hecho no solo por el principio enunciado, sino también porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propio 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.

El autor Winfried Hassemer (1998) se muestra en desacuerdo con la doctrina que considera la reiteración delictiva como motivo para ordenar la prisión preventiva al indicar lo siguiente:

Los fines de la prisión preventiva solo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento; posibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de consecuencias penales. Esto justifica los fundamentos de la detención basados en la fuga, peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad, y solo éstos (p.117).

No obstante, nuestro CPP incluye la reincidencia delictiva como motivo para que proceda la prisión preventiva, lo cual queda evidenciado en el artículo 239:

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

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.
- b) Exista una presunción razonable por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) o continuará la actividad delictiva.
- c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.
- d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos previstos de la Ley 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de 25 de abril de 2007, así como otros delitos donde la persona investigada mantiene o haya mantenido con la víctima una relación o vínculo de pareja, sea matrimonial, unión de hecho, noviazgo, convivencia, de no convivencia, casual u otra análoga, aun cuando medie divorcio, separación o ruptura, así como cuando medie alguno de los supuestos contemplados en el artículo 21 bis de la Ley 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de 25 de abril de 2007.

Referente al citado artículo de nuestro CPP, Feoli (2008) señala que:

El peligro de reiteración implica la existencia de un derecho penal de autor y no de acto. Extraña que nuestra normativa haya incluido el supuesto de marras, pues el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988, redactado por el jurista argentino Julio Maier, fue la base del Código Procesal Penal costarricense y en aquel solo se exigen los peligros de fuga y obstaculización (p.467).

Sin duda alguna, la reiteración criminal debería eliminarse pues, con ella, se imponen penas anticipadas ni siquiera por lo que se cometió, sino por lo que se es. Así una vez más se estigmatiza a la persona imputada, la cual, está de sobra decirlo, proviene la mayoría de las veces de los grupos más vulnerables de la sociedad.

De acuerdo con Llobet Rodríguez (2007), quienes apoyan la reiteración delictiva como motivo para ordenar la prisión preventiva invocan que se justifica debido al interés de la colectividad debido al peligro de reiteración delictiva o la alarma social.

Sobre este tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en indicar que este criterio no debe ser utilizado para dictar la prisión preventiva; al respecto, se tiene, por ejemplo, el informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano:

Basso contra la República Oriental de Uruguay: “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 legítimos 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 (p.141).

2.4 Oficiosidad o no de la prisión preventiva

En Costa Rica, no existe la prisión preventiva de oficio durante la etapa de preparatoria ni intermedia (al menos en forma legalmente declarada) como sí existe en otros países, por ejemplo, México. Sin embargo, pese a que no existe por ley, pareciera que, en algunas ocasiones, las personas juzgadoras imponen medidas cautelares, llámese, prisión

preventiva o cualesquiera otras, sin verdadero fundamento jurídico para ello, ya que lo hacen debido al tipo de delito que se está investigando o a la persona que está siendo investigada.

Aquí es donde se cruza la línea dentro del sistema penal costarricense. Cuando las personas juzgadoras cometen esta falencia, están convirtiendo al derecho penal costarricense en derecho penal de acto con tintes inquisitivos y no acusatorio y haciendo un retroceso de décadas en la aplicación del derecho penal en Costa Rica.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante la resolución 2005-03568, por voto salvado de mayoría, dispuso que, atendiendo a los rasgos acusatorios que caracterizan el modelo procesal costarricense, no es válido que el juez prorrogue, sin previa solicitud del ente acusador, la prisión preventiva del acusado. Dada la importancia de este voto, se cita *in extenso*, ya que ampliamente se sostuvo que:

Sobre este tema, existe un voto minoritario que consideró que los rasgos acusatorios que caracterizan el modelo procesal costarricense (ver voto 13.350-03), no permiten al juez prorrogar, sin previa solicitud del ente acusador, la prisión preventiva del acusado. El criterio minoritario recién citado, lo suscriben los jueces Vargas Benavides, Armijo Sancho y Calzada Miranda con redacción del primero, considerando que: ...Disentimos del voto de mayoría y por lo tanto acogemos el presente recurso con sus consecuencias, con fundamento en las siguientes consideraciones: [...] Estimamos que cuando el juez penal ordena la prisión preventiva de oficio o como en el sub júdice, la prórroga sin requerimiento expreso del Ministerio Público no solo usurpa una facultad exclusiva del titular de la acción, sino que además toma posición manifiesta en favor de la persecución penal y contra el imputado, circunstancia que impide toda posibilidad de que actúe imparcialmente. Asimismo, que la necesidad de controlar, al menos en cierta medida, que el Ministerio Público cumpla su obligación legal de perseguir todos los hechos punibles, solo significa eso, es decir, solo significa que los tribunales pueden controlar la actuación del órgano requirente, pero "controlar" no significa "actuar en lugar de", es decir, que controlar el ejercicio de la acción del Ministerio Público no significa actuar en su lugar. [...] Es cierto que el ordinal 254 del Código Procesal Penal establece el deber

de revisión, sustitución, modificación o cancelación de las medidas cautelares por parte del tribunal, aún de oficio, pero creemos que una lectura sistemática de la norma permite concluir que es así solamente dentro del plazo previamente solicitado por el Ministerio Público y concedido por el Juez, a lo largo del cual, en beneficio del propio imputado, debe el órgano jurisdiccional de oficio o a petición de parte verificar la procedencia de esa revisión, sustitución, modificación o cancelación de las medidas cautelares, atendiendo al posible cambio de circunstancias que las fundamentaron, más nunca para excederse de ese plazo previamente requerido por el órgano titular de la acción penal.” [...] El criterio disidente reseñado, se ha transformado en un voto mayoritario en el caso en examen, exigiendo, según lo expresa el accionante, que debe existir una solicitud expresa del Ministerio Público para que la prisión preventiva pueda ser prorrogada, y como ello no se dio respecto al amparado Gómez Tirado, el Juzgado Penal de Heredia no podía ordenarlo de oficio. Los poderes del juez tienen algunos límites y la imposibilidad de prorrogar, oficiosamente, la prisión preventiva del encausado, es uno de ellos. La imparcialidad del juez y el principio del juez natural, se lesionan cuando una autoridad jurisdiccional, oficiosamente, prolonga la prisión preventiva, especialmente si el asunto se encuentra en la etapa de investigación preliminar.

Por otro lado, en México, por ejemplo, existe la prisión preventiva de oficio, que, dicho sea de paso, genera gran polémica en dicho país, ya que se ha dado un abuso de la misma. De esta forma, se violentan los límites de la imposición de la prisión preventiva en perjuicio de las personas investigadas y en vulneración absoluta del principio de *in dubio pro reo*.

El autor Moreno Sánchez (2021) indica que la prisión preventiva oficiosa en México se da por motivos previamente estipulados, *númerus clausus* de los delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa en la reforma constitucional de 2008, en los cuales se establecieron delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas o explosivos, delitos contra la seguridad nacional como por ejemplo traición a la patria, espionaje, terrorismo nacional como

internacional y sabotaje, delitos contra el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad como corrupción, pornografía, turismo sexual, lenocinio y pederastia.

De esta manera, se percibe cómo en México se realizó una lista taxativa y cerrada de delitos sobre los cuales los juzgadores penales pueden y tienen la facultad de imponer prisión preventiva de oficio.

Posteriormente, se realizó una nueva reforma al artículo 19 constitucional mexicano en materia de trata de personas del 2011. Al respecto, Sánchez Moreno (2021) indicó lo siguiente:

Con independencia a la multicitada reforma constitucional de junio de 2008, el constituyente mexicano incorporó a la lista de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, establecida en el artículo 19 de nuestra Ley suprema, al delito de trata de personas en cumplimiento a los compromisos internacionales suscritos por nuestro país en materia del derecho penal internacional. De conformidad con el DECRETO por el que se reforman los artículos 19, 20 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la redacción de la segunda hipótesis, del segundo párrafo del primero y los referidos numerales, quedaba en los siguientes términos: (...). El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud (p.1).

De esta forma, quedó incorporado el delito de trata de personas dentro de los cuales se puede realizar la imposición de prisión preventiva en forma oficiosa por parte de los juzgadores penales.

2.5 Otras causales de prisión preventiva en Costa Rica

El ordenamiento jurídico costarricense, en el artículo 239 bis del CPP, establece las siguientes cuatro causales para la imposición de prisión preventiva, las cuales son las siguientes:

- a. Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.
- b. El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido, al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque éstos no se encuentren concluidos.
- c. Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.
- d. Se trate de delincuencia organizada.

En ese sentido, se torna necesario analizar cada uno de los incisos con el fin de determinar si estas causales son correctas y no se tornan inquisitivas dentro del proceso penal costarricense.

De previo a analizar estas causales, es requerido, por su importancia, indicar lo resuelto por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José en el voto número 2010-148, el cual indica lo siguiente:

La lectura del artículo 239 bis del Código Procesal Penal nunca podrá realizarse como si este precepto fuera único o aislado, sino conforme con una interpretación sistemática. Hay que dimensionar su contenido con otras normas procesales, entre ellas, el artículo 10 del Código Procesal Penal que sienta el carácter excepcional de las medidas cautelares, pero en especial, el artículo 239 ibidem: "El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado siempre que concurren las siguientes circunstancias: (a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el

imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. (b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva. (c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad." [...] Es decir, también al resolverse solicitudes de ampliación de la prisión preventiva en asuntos de narcotráfico y donde el ente acusador reprocha su comisión mediante un grupo organizado, los juzgadores deben examinar la existencia de indicios comprobados, la penalidad del delito y además, los peligros procesales de fuga, obstaculización o reiteración delictiva. Tanto es así que el artículo 239 bis hace referencia expresa al artículo 37 de la de la Constitución Política, que dispone: "Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público".

2.5.1 Delitos en flagrancia - causal inciso a) artículo 239 bis

Con respecto al inciso a), éste se refiere a delitos específicos en flagrancia, los cuales son considerados como delitos graves.

Por su parte, el Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de San José, mediante el voto número 2011-404, resolvió lo siguiente con respecto a este inciso:

Tampoco puede obviarse que los sindicados fueron detenidos en flagrancia, lo cual, sobre la base de lo normado por el artículo 239 bis inciso a) del Código Procesal Penal, por más que lesione nuestra sensibilidad jurídica, autorizaría de suyo la prisión preventiva.

Por otro lado, Mora Sánchez (2019) menciona que:

Tampoco existe controversia en cuanto a la naturaleza esencialmente punitiva de las causales de lege lata establecidas en el Código Procesal Penal costarricense, en los artículos 239 inciso b) y d) y el numeral 239 bis, relativos a la reiteración delictiva

(concreta y abstracta), el peligro para la víctima, flagrancia, reincidencia y delincuencia organizada, por perseguir ostensiblemente fines preventivo especiales y generales (p.193).

Asimismo, Mora Sánchez (2019) aduce que:

La interpretación que, en algunos casos, se ha realizado en cuanto a la necesidad de que, además de la causal de reiteración delictiva o las causales contenidas en el numeral 239 bis del Código Procesal Penal, se establezca una causal “tradicional”, o la valoración del “especial” carácter de ciertos tipos delictivos a la hora de fundamentar la prisión preventiva –por ejemplo, narcotráfico o delitos sexuales-, no constituye más que un flagrante “fraude de etiquetas”, en donde las medidas cautelares de naturaleza punitiva –revestidas como causales subsidiarias- son utilizadas como “cajón de sastre” al servicio de la política criminal imperante, al que se recurre cada vez que el peligro de fuga o el riesgo de obstaculización no son suficientes para sostener el encarcelamiento precautorio, pese a que, en la práctica, resultan determinantes para legitimar el uso de la prisión preventiva al margen del único fin legítimo conforme con el sistema interamericano de derechos humanos, sea el resguardo del proceso penal (p.194).

Según Zamora Acevedo (2020):

Como se puede analizar, los criterios de peligrosidad son los que inspiran este requisito al acrecentar el poder punitivo sobre una condición sustantiva para cierto tipo de delitos, los cuales curiosamente son de carácter convencional. Con ello, desaparece la excepcionalidad de la medida y la necesidad procesal sustituidas ahora por la condición específica de ciertos tipos de delitos (p.25).

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es afín a la idea de rechazar la condición de flagrancia como requisito para decretar la detención provisional. Al respecto, López Álvarez (2006) sostiene lo siguiente:

78. La Jueza de la causa dictó auto de prisión preventiva en contra del señor Alfredo López Álvarez “por 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, 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 que consideró solamente los mismos elementos que sustentaron la detención en flagrancia (supra párrs. 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.

Por ello, la flagrancia es considerada como un requisito que, por sí mismo, faculta la detención provisional sin necesidad de acreditar algún otro peligro procesal, en tanto la norma así lo establece, pese a que no es compartido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.5.2 Continuidad delictiva - causal inciso b) artículo 239 bis

Esta causal podría verse analizada con respecto a la reiteración delictiva desde un punto de vista de peligrosidad y no de necesidad al igual que la causal anterior.

De acuerdo con Acevedo Zamora (2020):

A tenor de la norma literal, este inciso establece que hay reiteración delictiva cuando una misma persona haya estado sometida a otros procesos penales, en los cuales hubo fuerza o violencia ya sea sobre las cosas o las personas, de acuerdo con el caso y se haya formulado acusación y apertura a juicio. A “contrario sensu”, aquellos hechos que no hayan sido efectuados con fuerza o violencia o, en su defecto, no se ha formulado solicitud de apertura a juicio, a pesar de tratarse de situaciones de reiteración delictiva, no serían suficientes para la procedencia de la prisión preventiva bajo este inciso (p.178).

Asimismo, Acevedo Zamora (2020) indica lo siguiente:

Como se nota, en el fondo, es la misma situación de la continuidad delictiva del 239 CPP, solo que analizada en forma más perjudicial, siendo que el peligro de la continuidad no se da en función del caso en concreto (del cual se deduzca) que seguirá con la comisión de ilícitos, sino de la presunción, con lo cual estamos ante un análisis en abstracto y es claro la inversión en la presunción de fuga. Es decir, si tiene dos causas con acusación, se entiende procedería la medida cautelar, salvo que demuestre lo contrario (p.29).

Esta situación es sumamente preocupante, pues las personas imputadas podrían someterse a una prisión preventiva sin tan siquiera saber que tienen otros procesos penales abiertos. En forma clara y evidente, se violenta el derecho fundamental a la libertad personal y libre tránsito.

2.5.3 Reiteración delictiva - causal inciso c) artículo 239 bis

Esta causal pareciera que es un duplicado de la anterior, sin embargo, pareciera que ya se refiere a reiteración delictiva y no a continuidad delictiva por peligrosidad, sino ya por sentencias condenatorias en firme.

Para Zaffaroni (1988):

Autores han concebido la reincidencia como un aspecto específico de la reiteración, como si se tratara de un asunto género-especie, donde la reincidencia resulta de cometer nuevamente un delito, pero cumpliendo otro requisito, el cual es tener sentencia condenatoria por el delito anterior. La reincidencia es una forma de la reiteración del delito, es decir, que la reiteración es el género y la reincidencia la especie. Es reincidente el reiterante que "comete un nuevo delito después de una sentencia definitiva", siendo ésta la idea general que campea en toda la legislación comparada, dejando de lado las particularidades que presenta cada sistema concreto (pp.190-191).

Asimismo, el Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana (2012) ha diferenciado la reiteración respecto de la reincidencia de la siguiente forma:

Si bien ambos términos indican la comisión de una pluralidad de delitos por parte de un mismo individuo, se distinguen en cuanto a que, en la reincidencia, necesariamente debe existir una condena previa, la cual sirve como referencia para la identificación de los nuevos delitos; mientras que, en la reiteración, aunque efectivamente existe una perpetración sucesiva de delitos, ninguno de ellos ha sido objeto de juzgamiento previo, pudiendo ser o no, materia de una imputación conjunta en un solo juicio (p.6).

La Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante el acta número 2013-002, ha definido la reincidencia del siguiente modo:

“Reincidencia”, el cual es un fenómeno criminológico que por, sí mismo, no pone en riesgo al proceso, e indica la comisión de una conducta delictiva al menos por segunda vez, hechos sobre los cuales ya existe una sentencia condenatoria firme. La reincidencia, en nuestro medio, posee efectos sobre la ejecución de la sanción, pudiendo implicar la no concesión o revocatoria de beneficios concedidos, por ejemplo, la libertad condicional (p.1).

Finalmente, Acevedo Zamora (2020), establece que

La diferencia radica en que este inciso exige la condición de “reincidencia específica”, lo cual significa que, para que esto suceda, se requiere como condición *sine qua non*, que el justiciable tenga, en sus antecedentes, una sentencia condenatoria por delitos en los cuales haya mediado fuerza en las cosas o violencia en las personas; Igual para el delito que se está investigando, ello hace que sea específica la reincidencia y, por tanto, los delitos ambos: investigado y condenado, deban tener la misma condición (p.30).

2.5.4 Delincuencia organizada - causal inciso d) artículo 239 bis

Esta causal se refiere a que se puede imponer prisión preventiva a cualquier delito relacionado con la delincuencia organizada. Para ello, es necesario analizar la ley contra la delincuencia organizada, ley 8754, la cual, en su artículo 1, establece lo siguiente: “Entiéndese por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves.” Posteriormente, se establece que delito grave es el “que, dentro de su rango de penas, pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más”.

Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ley 8302, estableció variables distintas a las establecidas en la ley nacional, por lo cual fue criticada por la doctrina.

En este caso, Zamora Acevedo (2020) indica que:

Por el contrario, la ley 8302, publicada en La Gaceta número 123, del 27 de junio del 2003, establece una serie de variables un poco diferentes a la establecida en la ley nacional sobre criminalidad organizada, pues, para la Convención, se requiere que el grupo sea de tres o más personas (art.2.a). Además, cuando se hace referencia a la delincuencia organizada, ésta es de carácter transnacional (art 1), entendiéndose por tal cuando (art.3.2): a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Posteriormente, la ley 9481 viene a crear la jurisdicción especializada en la delincuencia organizada. Para hacer más confuso el asunto, indica que el delito grave es aquel cuyo extremo mayor de la pena de prisión sea de 4 años o más (art. 8). Además, se agrega la participación de 3 o más personas organizadas y permanentes en el tiempo (p.32).

De esta forma, se puede observar cómo la ley 9481 vino a conciliar ambos supuestos y estableció, en su artículo 9, inciso 1), que será considerada delincuencia organizada cualquier grupo compuesto por tres personas o más.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006), párrafo 81, indicó lo siguiente:

En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que “aún 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 solo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que “no 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.

De esta forma, se percibe cómo, en Costa Rica, nuestro CPP regula causales adicionales para la interposición de prisión preventiva, contraviniendo lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.6 Límites a la prisión preventiva en Costa Rica

La imposición de prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar también está sujeta a varios límites para que su imposición no sea antojadiza y sin fundamento adecuado, ya que, con ella, se violenta una serie de derechos fundamentales que deben ser protegidos por el legislador y resguardados por la persona juzgadora. Entre estos límites, se encuentran los siguientes:

2.6.1 Presunción de inocencia

El primer límite de la prisión preventiva es la presunción de inocencia, ya que nadie puede ser considerado culpable en forma anticipada dentro de un proceso penal sin que se realice, de previo, un juicio justo, donde haya una sentencia condenatoria en firme.

Por eso, en nuestro país, nos encontramos con un derecho penal de acto y no de autor, pues, de esta forma, se pretenden respetar todas las garantías procesales de las personas imputadas y que se encuentran, tanto en nuestra Constitución Política, como en los distintos tratados internacionales y en la jurisprudencia de los tribunales nacionales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es importante realizar la distinción entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, ya que uno se refiere a temas formales y otro a elementos sustantivos. Al respecto, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (2010) indica que:

Muchas veces, se confunde la presunción de inocencia con el principio *in dubio pro reo*; en realidad, la primera se refiere a la garantía constitucional que tiene aparejada la protección de la libertad del ciudadano que se protege a través del amparo en todos sus aspectos, mientras que la segunda se refiere a un aspecto puramente procesal que opera específicamente al dictar la sentencia (p.38).

Por otra parte, Carocca (2000) aduce que:

La presunción de inocencia es, antes que nada, una posición de ventaja que la Constitución atribuye al ciudadano que se encuentra en posición de parte acusada o, en general, es objeto de persecución penal. La ventaja consiste en atribuirle de entrada la calidad de persona inocente, además de no obligarle a hacer nada para demostrarlo. La persona favorecida no tiene que preocuparse en absoluto de probar su inocencia,

le basta y le sobra la pasividad más absoluta. Como consecuencia de este reconocimiento, se establecen, además, especiales exigencias para conseguir que pueda ser despojada de esa condición, de manera que se desplaza la exigencia de la prueba de la acusación a las partes que la ejercen, y que, en definitiva, pretenden la condena del acusado (pp. 44-46).

Asimismo, Sánchez Fallas (2009) analiza lo siguiente con respecto al principio de inocencia:

El artículo 39 de la Constitución Política reconoce una garantía fundamental para los ciudadanos y las ciudadanas, ya que, únicamente, cuando exista una sentencia firme dictada en su contra por una autoridad competente, pueden ser consideradas como autoras de un delito determinado. Una consecuencia del estado de inocencia establecido en ese artículo constitucional es que la sentencia que declare a una persona como culpable de un delito debe estar fundamentada. Esto quiere decir que la persona juzgadora debe expresar en la sentencia cuáles fueron el criterio y el procedimiento que siguió para valorar las pruebas existentes, y debe indicar, con exposición clara, la forma en que aplicó la legislación: el estado de inocencia solo puede ser desvirtuado por una decisión judicial condenatoria firme que señale explícitamente las razones que llevaron al juzgador o juzgadora a concluir la culpabilidad de la persona acusada (pp. 20-21).

La presunción de inocencia es uno de los pilares de cualquier Estado de Derecho, lo cual se ve evidenciado en distinta normativa internacional de manera histórica, la cual se cita a continuación.

En el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), “debiendo todo hombre presumirse inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo todo rigor innecesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

A su vez, se evidencia, en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Por otro lado, se tiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) que indica, en el artículo 14, que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Finalmente, se cita lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en el artículo 8: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

El principio de inocencia no es dejado de lado por la Constitución Política (1949) al establecer, en el artículo 39, que “a nadie se hará sufrir pena, sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de su culpabilidad”.

Siguiendo con la normativa nacional, se hace referencia al artículo 9 del Código Procesal Penal (1996) que ordena lo siguiente:

Estado de inocencia: el imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado. Hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido. En los casos del ausente y del rebelde, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante la resolución número 3804-2013, analizó lo siguiente:

En un Estado constitucional de Derecho, cualquier persona que sea indiciada o procesada se presume inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario, en virtud de sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada material, de modo que opera como una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. Por lo que no se debe acreditar ese estado al presumirse, sino destruirlo a través de los elementos de convicción que puedan ser evacuados durante el transcurso del proceso. Cabe agregar que, en la dogmática jurídica, incluso, se ha sostenido que no se trata de una presunción procesal *strictu sensu*, por lo que debe invertirse su denominación a presunción de la no culpabilidad, por lo que una persona puede ser considerada culpable hasta que medie condena penal. La presunción de inocencia es, entonces, una cláusula de protección o escudo protector de la dignidad de la persona frente a cualquier tipo o género de imputación no acreditada que le otorga una posición de ventaja.

2.6.2 Principio de proporcionalidad

Un aspecto medular que se debe tomar en cuenta en el presente trabajo son los antecedentes del principio de proporcionalidad, ya que es un tema de relevancia en la presente investigación. Por tanto, es necesario realizar un análisis de dicho tema y cómo surge en la doctrina y normas internacionales ratificadas en Costa Rica.

De acuerdo con el jurista Llobet (2009):

El origen de la proporcionalidad puede establecerse en el principio del Estado de Derecho (*el Rechtsstaat*). El Tribunal Constitucional Alemán deriva el concepto de “proporcionalidad” de los derechos fundamentales, diciendo que es inherente a estos derechos. Eso es verdad en cuanto que los derechos fundamentales se definen como

garantías de una esfera privada protegida contra las intervenciones del Estado de cualquier tipo (pp. 782-783).

De igual forma, Llobet (1997) define que “el principio de proporcionalidad opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que, formalmente, aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma” (p. 259).

Lo anterior es de suma importancia, pues implica que, a la hora de imponer una prisión preventiva, puede existir un indicio comprobado en la comisión de un hecho delictivo. En ese sentido, se pueden cumplir, en forma concreta, los peligros procesales de fuga y obstaculización, pero, si se aplica correctamente el principio de proporcionalidad, podría no imponerse la prisión preventiva.

Por ejemplo, un caso donde la persona imputada es adulta mayor con una enfermedad terminal, si se le impone la prisión preventiva, podría acelerar su muerte. Por lo tanto, si se aplica correctamente el principio de proporcionalidad no solamente serviría de correctivo, sino que también podría hacer una ponderación del tipo de medida por imponer y su plazo. Por ello, a pesar de que existan todas las causales, presupuestos y requisitos de prisión preventiva, ésta no se debe imponer por la condición especial de salud de la persona imputada y se debe proceder a aplicar una medida menos gravosa.

Al respecto, Pereira (2003) califica al principio de proporcionalidad como "un principio de razonabilidad y sentido común" (p.4).

Según Kraft (2007), “su origen está en el derecho prusiano de policía, en donde la proporcionalidad cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual” (pp.577-578).

La jurisprudencia del Tribunal Superior Administrativo de Prusia (Preussisches OVG) sostuvo que este principio era vinculante para el Poder Ejecutivo, para lo cual Kraft (2007) acuñó el concepto de "prohibición de exceso", "como un criterio de control sobre los

poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía” (pp. 170-171).

Sobre este punto, Arnold, Martínez y Zúñiga (2012) afirman que:

Las manifestaciones del principio de proporcionalidad corresponden con una época en la que el constitucionalismo no respondía a los estándares actuales, ya que el legislador no estaba sometido a la Constitución y, por ende, la proporcionalidad se aplicaba solo al ejecutivo. Pero, a su vez, los actos de este último no fueron suficientemente justiciables debido a que existían largos listados de materias exentas de control. Asimismo, no se otorgaba valor normativo directo a los derechos fundamentales, y el Estado de Derecho era concebido en un sentido más bien formal, basado en el principio de legalidad y no en el de constitucionalidad (pp.65-116).

En forma adicional, Arnold, Martínez y Zúñiga (2012) aducen que:

El principio de proporcionalidad apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF), la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales (pp.65-116).

Según Fernández (2008), de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, “se trata de un principio general de rango constitucional inserto en la cláusula del Estado de Derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos” (p.283).

En virtud del principio en cuestión, según Pereira (2003), se "prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas -Übermassverbot- y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites” (p.42).

De acuerdo con Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), se trata esencialmente de un principio destinado a proteger los derechos y libertades, que, si bien no está escrito, el Tribunal Constitucional Federal entiende que está implícito en los fundamentos del sistema constitucional alemán.

Según Llobet (2005), “desde la perspectiva de un Estado de Derecho, la grave injerencia a la libertad personal, que implica la prisión preventiva, debe darse dentro de ciertos límites. Dos principios son los que ejercen una influencia fundamental en la determinación de los límites de la prisión preventiva: la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad” (pp.371-372).

Sobre este punto, Hassemer (2001) manifiesta que:

Es la relativización de las garantías propias de un Estado de Derecho, entre ellas, la presunción de inocencia, utilizando el principio de proporcionalidad no como protector del administrado, sino, en sentido inverso, como reductor de los derechos del administrado, a lo que se expresa cuando se trata de justificar la prisión preventiva debido al interés de la colectividad, ello debido al peligro de reiteración delictiva o la alarma social, tal y como es propuesto por el neopunitivismo, causales desautorizadas por la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal como se dijo con anterioridad” (pp.129-147).

Según Llobet (1999), “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” (p.220).

Para Llobet (2009):

El principio de proporcionalidad lleva a que no se pueda dictar la prisión preventiva en asuntos de poca gravedad, o bien, cuando la privación de libertad suponga para el imputado una carga insostenible, por ejemplo, debido a su edad o a una enfermedad grave que padece y que no puede tratarse adecuadamente en prisión preventiva.

Igualmente, debería desautorizar la prisión preventiva cuando no pueda esperarse que el imputado sobreviva a la realización del proceso, por ejemplo: padece de una enfermedad terminal que lo llevará a morir antes de la realización del juicio oral y público (p.139).

Precisamente, en dicho evento, se encuentra la relación establecida entre la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad. Este último indica cuándo una prisión, que sea conforme a la presunción de inocencia por tener un carácter meramente cautelar, no es tolerable por injusta, pues la privación de la libertad de la envergadura de la prisión preventiva o la prolongación de la misma excede de lo que pueda exigírsele a un administrado por sus graves consecuencias.

Por su parte, Gómez (2011) señala que:

La Corte IDH dejó claramente expresado que, en el sistema interamericano, prima la presunción de inocencia, puesto que la prisión preventiva, dentro de todas las medidas cautelares que se le pueden aplicar a un investigado, es la más severa y que, debido a ello, siempre debe ser excepcional; la regla debe ser la libertad del procesado y no su detención. De esta manera, la Corte IDH señala que la aplicación de la prisión preventiva debe ser inequívocamente la última ratio como medida cautelar. Esto quiere decir que “no debe aplicarse en la mayoría de los casos, ni en la mitad de ellos y ni siquiera en el veinte por ciento de los asuntos, es una medida que a juicio de la Corte Interamericana debe ser verdaderamente inusual” (p.211).

Finalmente, se debe recalcar que la presunción de inocencia es una regla general que implica que el investigado afronte el proceso penal en libertad.

Según Bernhard (2014), existe un test o examen de proporcionalidad que se ha vuelto un estándar universalizado, el cual se ha extendido prácticamente por todos los rincones del mundo y por diversas áreas del derecho

De esta forma, se torna necesario conocer el test o examen de proporcionalidad y establecer sus características y métodos para su análisis.

La Procuraduría General de la República, mediante la opinión jurídica OJ-053-2014, del 26 de mayo del 2014, indica que:

Donde sea posible sustituir la pena privativa de libertad por otras, debe hacerse. De ahí, el carácter subsidiario del derecho penal, que solo puede utilizarse cuando los demás medios resulten insuficientes y solo cuando sea útil para la protección del bien jurídico. El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, se refiere a la ponderación que debe darse entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. No deben preverse ni imponerse penas o medidas que resulten desproporcionadas en relación con la gravedad de la falta.

En palabras de Sánchez Romero (2008):

El principio de proporcionalidad ha sido interpretado en sentido amplio como constituido por 3 subprincipios: 1) Necesidad, 2) Idoneidad, 3) Proporcionalidad en sentido estricto. En relación con el de necesidad, se ha señalado la importancia de que la prisión preventiva sea la última ratio. Este principio también ha sido llamado de “excepcionalidad” y está vinculado con el de subsidiariedad cuando se plantea la necesidad de recurrir a medios menos gravosos. La idoneidad está referida a la consideración de que la prisión preventiva resulte el medio idóneo para contrarrestar en forma razonable el peligro que se trata de evitar. El principio de proporcionalidad en sentido estricto también ha sido llamado “principio de prohibición de exceso” obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal a esperar, en forma tal que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión (pp. 66-67).

Según Ramírez (2021), existen tres subprincipios de este principio:

- a) Idoneidad.** La decisión debe ser idónea para cumplir con el objetivo. El medio debe permitir alcanzar el fin para el cual fue concebida.
- b) Necesidad.** Debe ser la que, dentro de las medidas idóneas, afecte, en menor medida los derechos fundamentales.

c) Proporcionalidad en sentido estricto. Debe establecerse una relación entre aquello que se quiere obtener y el bien lesionado (ponderación). La medida no puede ser de mayor gravedad que la propia pena que llegaría eventualmente a imponérsele.

De la misma forma, en relación con estos subprincipios, Llobet (1997) manifiesta lo siguiente:

A través del subprincipio de necesidad, se exige la regulación y aplicación efectiva de las medidas sustitutivas menos gravosas, que fue objeto de estudio en el punto anterior. Mediante el subprincipio de idoneidad, la adopción de la prisión preventiva sea efectiva para disminuir el peligro de fuga, de obstaculización o de reiteración. Por último, el subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto se encuentra expresamente contemplado en el párrafo final del artículo 238, que indica que "la privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso", principio que es de aplicación para toda clase de medidas cautelares, en virtud del artículo 10 ya citado (p.449).

Asimismo, Aguado (1999) considera que:

La principal función del principio de proporcionalidad en sentido amplio es la de limite a las injerencias de los derechos fundamentales. En tanto que el principio de proporcionalidad pretende establecer una relación entre el medio y el fin a través de la comparación entre los motivos o los fines de la injerencia y los efectos de la misma, - posibilita un control de exceso. De ello, se deriva que una serie de injerencias a los derechos fundamentales siempre será contraria al principio de proporcionalidad por resultar excesivas (p.71).

De esta forma, se interpreta cómo el mismo principio de proporcionalidad se subdivide en subprincipios que ayudan a hacer ese "test" de proporcionalidad y determinar, en forma adecuada y acertada, si efectivamente es procedente la imposición o no de una medida cautelar, llámese prisión preventiva o cualesquiera otras.

Asimismo, en nuestro país, anterior al CPP vigente, existía el Código de Procedimientos Penales de 1973, el cual tenía regulaciones distintas con respecto a la imposición de medidas cautelares como las siguientes:

- a. Se observa que, en el Código de Procedimientos Penales de 1973, era requisito de procedibilidad que el delito por el que se imponía la prisión preventiva se encontrara sancionado con un periodo máximo de tres años de prisión, mientras que, en el código actual, no se establece penalidad mínima, únicamente que el delito sea sancionado con una pena privativa de libertad.
- b. Si bien el último párrafo del artículo 232 del actual CPP habla de proporcionalidad en relación con la sanción por recibir, no establece límites específicos, como sí lo hacía el código de 1973.
- c. En el Código de Procedimientos Penales de 1973, el juez tenía discrecionalidad en cuanto a la imposición de la prisión preventiva mientras que, en el actual código, debe motivar sobre varios aspectos y lo más importante es que la solicitud de imponer la prisión preventiva la hace el Ministerio Público.
- d. En el código de 1973, el juez dictaba la prisión preventiva de oficio y con el auto de procesamiento; hoy, jurisprudencialmente, se ha establecido que la imposición de la prisión preventiva solo procede a solicitud del Ministerio Público.
- e. En el Código de Procedimientos Penales de 1973, los peligros procesales debían ser analizados por el juez únicamente ante la petición de excarcelación y solo contemplaba reiteración delictiva y peligro de fuga, mientras que, actualmente, todos deben analizarse y, además, se les debe agregar el análisis del peligro de obstaculización (Briceño, 2009, pp.40-41).

De esta forma, se percibe que la promulgación del nuevo CPP vino a cambiar las reglas del juego, ya que, mediante la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, se ha implementado el análisis del principio de proporcionalidad a la hora de la imposición de medidas cautelares. De esta forma, ese “test” de proporcionalidad se ha tornado necesario.

El principio de proporcionalidad se extrae de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, así como del artículo 10 del CPP, el cual establece que las medidas cautelares solo

podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con la persona imputada, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

En el procedimiento penal y dentro de cualquier imposición de medidas cautelares, los juzgadores deben velar porque se respete el principio de proporcionalidad, ya que éste será el que proteja, en forma ineludible, los derechos fundamentales de la persona imputada dentro del proceso penal. Esto porque, de no aplicarse o aplicarse en forma indebida o parcial, se estarían limitando derechos fundamentales como la libertad, el libre tránsito y la salud e integridad física de las personas, sin un fundamento jurídico suficiente que lo justifique.

La protección de los derechos fundamentales de las personas imputadas, como se verá más adelante, es la columna vertebral que protege el principio de proporcionalidad dentro de un proceso penal y será analizado a mayor profundidad conforme avanza la investigación.

2.7 Derechos fundamentales de las personas imputadas en Costa Rica

Paulo Cesar Do Amaral (2014) indica que los derechos fundamentales se pueden conceptualizar como situaciones jurídicas definidas en el derecho positivo, tanto objetiva, como subjetivamente, en favor de la dignidad, igualdad y libertad del ser humano. Éstos serían los derechos con los que cada persona nace y encuentran fundamento en el principio de la soberanía popular.

Todas las personas imputadas dentro de un proceso penal cuentan con derechos fundamentales que deben ser respetados y protegidos. A partir de la aplicación del principio de proporcionalidad, es evidente cómo pueden protegerse, ya que, en definitiva, disminuiría la imposición de prisión preventiva en Costa Rica. Algunos de los derechos fundamentales de relevancia para la presente investigación son la libertad, el libre tránsito, la integridad y la salud, ya que éstos se vulneran principalmente en el momento de imponer una medida cautelar de prisión preventiva.

2.7.1 Derecho a la libertad

Este derecho fundamental se encuentra regulado por el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), el cual indica lo siguiente:

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.

De acuerdo con Sánchez Agesta (1980), la libertad personal se define del siguiente modo:

La libertad personal significa sustancialmente tres cosas que juegan siempre en toda afirmación cierta de una libertad: exención o independencia o autonomía por la que se constituye una esfera de autonomía privada: de decisión personal o colectiva

protegida frente a presiones que puedan determinarla: poder hacer, esto es capacidad positiva, para llevar a cabo esas decisiones y actuar eficazmente en la vida social: libertad de elección, entre hacer o no hacer, o entre varios haceres posibles (p.118).

Asimismo, este derecho fundamental ha sido recogido y analizado en distintos casos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (1999), el cual se cita *in extenso* por su relevancia:

131. Con referencia a las detenciones, la Corte ha dicho que [el artículo 7] contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad, sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Rosadio Villavicencio vs. Perú (2019), adujo que:

200. La Corte recuerda el principio de la libertad del procesado mientras se resuelve sobre su responsabilidad penal. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, la prisión preventiva es la medida más severa que se 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. Además, la decisión judicial que restringe la libertad personal de una persona por medio de la

prisión preventiva debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria. Por tanto, no puede tener, como base, la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado.

De la misma forma, la Corte, en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, (2009), indicó lo siguiente:

116. En consecuencia, el Tribunal declara que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente con 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.

Con respecto a las revisiones periódicas con el fin de que la libertad personal no se vea limitada en forma indefinida, la Corte, en el caso *Arguelles y otros vs. Argentina* (2014), indica que:

22. 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, deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria de acuerdo 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 y que sea proporcional. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar, aunque sea en forma mínima, las razones por las cuales considera que la prisión preventiva debe mantenerse. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el período de la detención no debe exceder el límite de lo razonable conforme el artículo 7.5 de la Convención.

Por otra parte, la Procuraduría General de la República analiza ampliamente el derecho fundamental de libertad en el dictamen C-056-1999. Dicho derecho se encuentra consagrado en el artículo 1, 20 y 28 de la Constitución Política de nuestro país. Es claro cómo la libertad se analiza desde distintos puntos de vista con estos artículos y la única limitante a la libertad en nuestro país es la libertad misma.

A pesar de lo anterior, la garantía constitucional no deja de ser una simple formalidad normativa, ya que se establecen restricciones a la libertad en el artículo 28 de la Constitución Política al indicar que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley".

En forma clara, lo anterior es explicado por la Corte Plena en la sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1992 y reiterado por la Sala Constitucional en su voto número 3550-1992 cuando, en ejercicio de la función contralora de constitucionalidad (que le competía antiguamente), manifiesta lo siguiente:

II.- Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que, en aras de la convivencia, se hace necesario, muchas veces, un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras

personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas; los conceptos "moral", concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros, y "orden público", también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales.

Asimismo, la Procuraduría General de la República, mediante su opinión número C-056-1999, indica que:

De esta manera, la restricción de Libertad solo puede justificarse en el tanto en que mediante ella se "produzca" más Libertad. Ello tiene implicaciones en todos los sectores en los cuales el Estado debe ejercer su potestad de policía (considerada genéricamente como: potestad de limitar derechos) y tiene especial relevancia en el Derecho Penal, tanto en la determinación de las conductas objeto de sanción, como de las penas mismas y en su ejecución.

Con ello, la restricción que se le puede dar al derecho fundamental a la libertad deviene del *ius puniendi* del Estado y solamente podrá darse cuando una persona haya cometido un delito y haya sido condenado en sentencia firme. Sin embargo, también se prevé la posibilidad de limitarlo mediante la imposición de la prisión preventiva, por tanto, se torna necesaria la aplicación y el análisis adecuado del principio de proporcionalidad por parte de los juzgadores penales.

2.7.2 Derecho al libre tránsito

El derecho fundamental al libre tránsito se ve vulnerado con la imposición, tanto de la prisión preventiva, como de cualquiera otra medida cautelar sustitutiva, por lo cual su análisis es de suma importancia.

Este derecho fundamental se encuentra consagrado en el artículo 22 de la Constitución Política y se relaciona con la libertad personal establecida en el artículo 20 *ibid.*

Asimismo, Rubén Hernández Valle (2017) analiza lo siguiente en relación con la libertad de tránsito en su obra denominada *Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales*: “La libertad de circulación o tránsito solo puede ser limitada en nombre de un peligro inminente a la salubridad o la seguridad públicas, además de las hipótesis de privación legítima de la libertad personal” (p.25).

Según Hernández (2017), las limitaciones no pueden ser ejercidas propiamente desde la esfera personal de los ciudadanos, sino más bien restringiendo el acceso de la persona a un área específica.

De tal forma, siempre que ninguna persona sea limitada a poder desplazarse a un lugar o ubicación específica, su derecho fundamental al libre tránsito no puede ser violentado. Por ello, en el momento de que se imponga una medida cautelar para paliar cualquier peligro procesal, llámese fuga u obstaculización, y, de esta forma, se límite el acceso o salida de ciertos lugares, el derecho fundamental se violenta acorde con el principio de legalidad. Sin embargo, es de suma importancia que el principio de proporcionalidad sea analizado en forma adecuada con el fin de que esa barrera protectora funcione y proteja a las personas imputadas.

2.7.3 Derecho a la integridad y salud

En su tesis doctoral, Paulo Cesar do Amaral (2014) indica lo siguiente:

El bien jurídico protegido es la integridad física e intelectual. Con este derecho, se protegen las dotes naturales y las dotes las adquiridas por la persona, tanto físicas, como mentales. Se condenan los atentados al físico, a la salud y a la mente, rechazando, social e individualmente, lesiones causadas a la normalidad funcional del cuerpo humano, bajo las diversas perspectivas anatómica, fisiológica y mental. Al ofrecer protección jurídica, el Derecho pretende evitar, a la persona, el sufrimiento

físico, el perjuicio a la salud o la perturbación de las facultades mentales, extendiéndose la sanción a los ámbitos penal y civil, a nivel universal, con mayor o menor amplitud en la tipificación (p.69).

De la misma forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1949) afirma lo siguiente:

Artículo 5. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

De acuerdo con Sergio Mena (1989), el derecho a la salud es definido como “el conjunto de preceptos obligatorios que reconocen a los individuos derechos concernientes a su salud y que reglan su conducta respecto de todos aquellos asuntos en los que entra en juego la salud de la persona y del grupo” (párr.03).

Con respecto al derecho a la salud de las personas privadas de libertad, es importante tener en cuenta lo establecido por la Sala Constitucional en el voto número 1264-91, el cual es analizado por Sergio Mena García en su ensayo “El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional”. En ese sentido, aduce que, “si bien estas penas implican la supresión del derecho de movilización, no sucede lo mismo con derechos como el de la vida, la salud, la integridad física, la libertad religiosa y otros”.

De la misma forma, la Sala Constitucional, mediante los votos 4702-96, 5503-95, 5502-95 y 4975-95, aduce que la administración encargada de los privados de libertad no puede hacer uso de medios o técnicas que violenten la vida humana, la salud, la integridad física y la dignidad de los reclusos; por lo tanto, el deber de custodia de las instituciones encargadas de los detenidos no se reduce a evitar la evasión de los presos, sino a velar por la integridad física y la salud de los detenidos.

Así mismo, la Sala Constitucional, mediante los votos 3815-96, 2198-95, 2245-91, considera que los centros penales se encuentran obligados a brindar atención médica a los privados de libertad; por ende, su omisión constituye una violación al derecho a la salud.

De la misma manera, la Sala Constitucional, mediante los votos 2274-96, 6924-96, 4702-96, manifiesta que la salud es un derecho poseído por todo ser humano en cualquier circunstancia que se encuentre, aun para quienes se mantienen reclusos en un centro institucional y privados de libertad.

En forma adicional, es pertinente indicar que la Sala Constitucional mediante el voto número 427-96 ha indicado que el Estado, a través de los órganos encargados de la administración penitenciaria, debe velar por la salud y la integridad de los presos, brindándoles la atención adecuada y los cuidados que requieran en resguardo de su salud, y considerando que el hecho de estar privados de libertad los coloca en una situación de total dependencia respecto de las autoridades administrativas, el incumplimiento de esos deberes genera indefectiblemente una violación a la integridad física y un agravamiento de las condiciones de privación de libertad que es perfectamente revisable en esa sede. No obstante, la discusión del mejor criterio médico respecto de la atención de un determinado padecimiento que aqueja a un privado de libertad es una cuestión por completo ajena a la Sala.

A su vez, resulta importante analizar las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” (reglas de Nelson Mandela) adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, concernientes al derecho de salud, las cuales indican lo siguiente en forma resumida: 1) Se exigirá de los reclusos aseo personal, 2) Todo recluso a quien no se permita vestir sus propias prendas recibirá las apropiadas al clima y suficientes para mantenerle en buena salud, 3) Todo recluso recibirá una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, 4) El médico velará por la salud física y mental de los reclusos.

De acuerdo con Ulloa Cordero (2016):

La detención en condiciones de hacinamiento constituye por sí misma una violación a la integridad personal. En este sentido, ha resaltado también la Corte IDH, que el Estado como responsable de los establecimientos de detención, debe garantizar a los reclusos condiciones que respeten sus derechos fundamentales y dejen a salvo su dignidad. Adicionalmente, la Corte IDH ha destacado -de manera enunciativa- que el hacinamiento obstaculiza las funciones esenciales de las prisiones (salud, higiene, descanso, alimentación, régimen de visitas, visita íntima, educación, trabajo y recreación), ocasiona el deterioro generalizado de las instalaciones, provoca serios problemas de convivencia y favorece la violencia intracarcelaria en todo nivel (pp.9-10).

La importancia del análisis de estos derechos fundamentales principalmente es que, si el principio de proporcionalidad se analizara y aplicara por parte de todas las personas juzgadas, se podría reducir, en forma considerable, el hacinamiento carcelario, ya que, al respetar la ponderación del derecho a la integridad física y a la salud con el principio de proporcionalidad en cada caso en concreto, podría convertirse, en forma ineludible, en la barrera infranqueable para que la prisión preventiva no sea impuesta a las personas imputadas. De esta forma, se protegen, en forma adecuada, los derechos fundamentales de las personas imputadas.

CAPÍTULO 3: MARCO METODOLÓGICO

3.1 Tipo de investigación

De acuerdo con Hernández, Fernández y Baptista (2014), los enfoques “constituyen posibles elecciones para enfrentar problemas de investigación” (p.2).

El presente estudio investigativo tiene un enfoque cualitativo, ya que, mediante la investigación de campo y entrevistas a profundidad, se intentará cumplir con los objetivos del trabajo. De esta forma, se dará respuesta al problema planteado, así como una propuesta.

Este enfoque es útil debido a que, mediante las investigaciones de campo, se podrá establecer si, en la práctica, el principio de proporcionalidad es utilizado como una barrera infranqueable a los derechos fundamentales de las personas implicadas en procesos penales. En ese sentido, se determinará si dicho principio se aplica de la manera correcta y bajo los parámetros establecidos por la doctrina y por la jurisprudencia nacional e internacional.

Al poder realizar entrevistas a profundidad a los distintos profesionales del derecho y analizar conjuntamente los votos emitidos, tanto por los altos tribunales nacionales, como internacionales, este tipo de investigación podrá ayudarnos a cumplir con todos nuestros objetivos planteados y establecer una propuesta adecuada para la conclusión del trabajo investigativo.

En cuanto al método de investigación, para Taylor y Bogdan (1984), “la investigación es inductiva. Los investigadores desarrollan conceptos, intelecciones y comprensiones partiendo de pautas de datos” (p.20).

De igual forma, Taylor y Bogdan (1984) aducen que, “en la metodología cualitativa, el investigador ve al escenario y a las personas en una perspectiva holística; las personas, los escenarios o lo grupos no son reducidos a variables, sino considerados como un todo” (p.20).

Por lo anterior, la estructura de esta investigación será obtenida mediante una investigación fenomenológica, ya que permite, a través de las investigaciones de campo, obtener las distintas perspectivas de profesionales en derecho, así como de los votos de los altos tribunales nacionales e internacionales para establecer y alcanzar los objetivos fijados mediante el análisis completo de toda la información obtenida y recolectada para arribar a una conclusión.

3.2 Selección de técnicas

Como parte del estudio cualitativo por realizar, se utilizará la técnica de análisis de jurisprudencia dictada por los altos tribunales del país para determinar o no los criterios sobre la aplicación o no del principio de proporcionalidad a la hora de imponer medidas cautelares. De esta forma, se protegen los derechos fundamentales de las personas imputadas.

De manera adicional, se pretenden realizar cinco entrevistas a profundidad a distintos operadores de justicia, ya sean jueces penales, fiscales y/o defensores con el fin de determinar si, en la práctica, se aplica o no este principio. Además, si este principio protege los distintos derechos fundamentales.

Aunado a ello, se realizará un análisis de seis casos internacionales para determinar la forma como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto la pertinencia de la prisión preventiva y la importancia del principio de proporcionalidad, y cómo éste ha sido en aras de la protección o no de los derechos fundamentales de las personas imputadas.

Finalmente, como parte del marco teórico de la presente investigación, se estudiará y se analizará información doctrinaria relevante sobre el tema de interés para que, en forma clara y concisa, se puedan enriquecer y fundamentar, de manera adecuada, los resultados del estudio.

3.2.1 Análisis de jurisprudencia

Una vez que se haya concluido con el marco teórico de forma tal que la comprensión del tema y de los aspectos generales y específicos estén concluidos, se analizarán distintas sentencias de la Sala Constitucional con el fin de dar un enfoque exploratorio y descriptivo. De esta manera, se podrá observar cómo se ha aplicado o no el principio de proporcionalidad en el país.

3.2.2 Entrevistas a profundidad

Para cumplir con el fin de esta investigación, se realizarán cinco entrevistas a profundidad con el fin de lograr un análisis de la perspectiva existente actualmente en la práctica con respecto a la aplicación o no del principio de proporcionalidad para proteger los derechos fundamentales. De esta forma, los hallazgos obtenidos de cada una de las personas entrevistadas serán sometidos a análisis con la finalidad de cumplir con los objetivos de la presente investigación.

3.2.3 Análisis de casos

Para cumplir adecuadamente con la presente investigación, se analizarán seis casos internacionales con el fin de determinar la forma como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto la pertinencia de la prisión preventiva, la importancia del principio de proporcionalidad y cómo éste ha sido para la protección o no de los derechos fundamentales de las personas imputadas.

3.3 Selección de Población

La población que se pretende estudiar en la presente investigación y sobre la cual se busca generar y crear los resultados esperados del presente trabajo corresponde a defensores públicos, fiscales del Ministerio Público y jueces penales. En ese sentido, se considera que dichas personas funcionarias son quienes se enfrentan diariamente con las audiencias de

prisión preventiva. En consecuencia, cuentan con vasta experiencia en el momento de que se imponen medidas cautelares dentro del proceso penal y podrán, de primera mano, analizar el principio de proporcionalidad y su aplicación o no a la hora de imponer prisión preventiva.

Como criterios de inclusión, necesariamente, los participantes, ya sean jueces, fiscales o defensores, deberán estar activos en sus funciones, por tanto, serán aquellos participantes activos en audiencias de medidas cautelares dentro de la etapa preparatoria y/o intermedia. De igual forma, el criterio de exclusión será de aquellos profesionales que no se encuentran activamente participando en este tipo de audiencias de medidas cautelares.

De esta manera, se pretenden recolectar datos de profesionales activos en procesos penales y audiencias de medidas cautelares desde las distintas ópticas posibles, ya que unos son quienes las solicitan, otros quienes se oponen y otros quienes las ordenan o rechazan. Al respecto, se analizarán distintos criterios con respecto a la valoración y aplicación o no del principio de proporcionalidad.

Finalmente, se analizarán también distintos votos emitidos por los altos tribunales de Costa Rica con el fin de determinar si la aplicación o no del principio de proporcionalidad supone o no una barrera para los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna.

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE RESULTADOS

En este apartado del trabajo investigativo, siguiendo las reglas del método cualitativo de investigación, se analizarán las distintas entrevistas a profundidad realizadas a defensores, jueces y fiscales de la República de Costa Rica de acuerdo con el problema de investigación. Asimismo, estos distintos criterios, aunque algunos coincidan en parte, representan opiniones diversas que se analizarán en conjunto a partir de criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y si se da su aplicación o no acorde con un adecuado control de convencionalidad.

Las distintas posiciones de cada una de estas personas permitirán analizar diferentes puntos de vista para contrastar todos los datos obtenidos conforme a los planteamientos iniciales de la presente investigación para luego darle una solución justa al problema de investigación y poder concluir el presente trabajo en forma adecuada.

4.1 Entrevistas

Las entrevistas efectuadas tienen diferente extensión. Con el fin de resumir los aspectos de interés y analizar los variados puntos de vistas, los hallazgos se realizarán mediante distintos cuadros comparativos que se detallarán a continuación:

Entre los hallazgos referentes a la aplicación del principio de proporcionalidad en la práctica judicial, se encuentran los siguientes:

Tabla 2

Hallazgos referentes a la aplicación del principio de proporcionalidad en la práctica judicial

PERSONA ENTREVISTADA	RESPUESTA A LA PREGUNTA: ¿Cree usted que, en la práctica judicial, se utiliza el principio de proporcionalidad a la hora de imponer prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar?
Dr. Javier Llobet Rodríguez, quien es defensor privado y profesor emérito de la Universidad de Costa Rica.	Sí, bueno, el principio de proporcionalidad tiene diferentes aspectos. Por un lado, la búsqueda, el aspecto de la excepcionalidad o necesidad que es la prioridad de las medidas menos gravosas, y por otro lado, hay que ver las implicaciones que tiene el dictado de la prisión preventiva para el privado de libertad. Yo creo que, muchas veces, se dictan prisiones preventivas de una manera muy fácil. Para condenar a alguien, se requiere todo un proceso, toda una recepción de pruebas, garantía del derecho de defensa, incluso. Mientras que la prisión preventiva es muy fácil, muchas veces, se dicta con mucha ligereza, después de una audiencia sumaria sin mayor prueba con poco derecho de defensa y con base en aspectos valorativos y, digamos, de difícil precisión con el peligro concreto de fuga y el peligro concreto de obstaculización. Entonces, todo, digamos los jueces, a veces, se puede, el gran peligro es que se produzca así una vez un día de prisión para cualquier persona, una semana o algunos días. Es algo terrible por las mismas condiciones en que se vive bajo la

privación de libertad. No hay solo la privación de libertad, sino también incluso el riesgo, digamos, por problemas de la salud por los problemas de hacinamiento carcelario, también el riesgo a la vida y a la integridad corporal por la violencia carcelaria que, desgraciadamente, pues nuestras autoridades penitenciarias no pueden mantener el control. Ahí es claro que una gran violencia carcelaria y también, en muchos casos, están sometidos también a delitos en contra de la libertad sexual en toda una serie de problemas que implica, además, por supuesto, del carácter estigmatizante. Entonces, a veces, puede ser que se dicte sin tomar en cuenta todas las implicaciones que tiene para el sujeto y de ahí parte del problema. Hay una serie de estudios que, en algún momento, se habían hecho del sistema penitenciario en relación con la prisión preventiva, en donde, en ocasiones, se mencionaba cómo una buena parte de las prisiones preventivas al final de cuentas son levantadas después de un mes o dos meses de haberse dictado. En realidad, eso no deja de ser problemático y podría afirmarse que sí tenía sentido el dictado de la prisión.

Lo vemos también en algunos de los asuntos mediáticos que, en la actualidad, tenemos en la prensa, en donde se dictó la prisión preventiva. Había una gran presión para el dictado de la prisión preventiva y no quiero entrar mucho en

los detalles de la fundamentación de la prisión preventiva, pues, en algunos de los casos, creo que fue también no muy adecuada, por tanto, después resulta que se termina liberando a los imputados. Lo que sucede muchas veces es que hay una gran diferencia para el dictado, pero, después, se le cambia la medida por otra medida menos gravosa cuando lo ha hecho pasar uno, dos meses en prisión preventiva o 3 meses, o a veces más. Esto revela que, posiblemente, no era necesario el dictado de la prisión preventiva y se sometió, de manera innecesaria, al imputado a este tipo de medidas. También, lo hemos visto en los diversos grandes procesos que han existido aquí. En casi todos estos megaprosesos, en ocasiones, se ha dictado la prisión preventiva, por ejemplo, en los casos mismos de los expresidentes, se dictó la prisión preventiva y meses después o tiempo después se ha cambiado por otro tipo de medidas menos gravosas. La prisión preventiva no puede ser una pena anticipada, sin embargo, en ocasiones, se ve como una pena anticipada y lo vemos en muchas veces en las redes sociales o en la prensa, en donde se habla de impunidad porque no se dictó la prisión preventiva en determinado asunto. Ese es uno de los grandes problemas que existen en nuestro país con respecto a toda esta temática.

<p>Dr. Francisco Dall’Anese Ruiz, quien ha sido fiscal, juez penal y exfiscal general de la República. Actualmente, es defensor privado.</p>	<p>En algunos casos sí, en algunos no. Me parece que, sobre todo, los casos de resonancia periodística son en donde menos se aplica el criterio de proporcionalidad. Son cosas que llaman la atención, por ejemplo, yo no llevo el caso Cochinilla y lo que yo sé es lo que ha salido en el periódico. No tengo la menor idea de qué ha pasado ahí, pero había dos personas dueñas de la empresa o presidentes de las dos empresas grandes ahí involucradas, en prisión preventiva y, de repente, viene doña Rocío Aguilar y declara que no hay faltantes de dinero en el CONAVI, que nadie se robó nada, que todo ha sido perfecto y la pregunta es: ¿Por qué duraron tantos meses en poner en libertad a esta gente si el indicio ya se había desvirtuado? Yo no creo que se esté aplicando en estos casos. Hay un cierto temor a decirle que no a la fiscalía, a quedarle mal a la prensa. Ésta es una situación muy complicada y se ha agudizado el tema por las redes sociales, porque estas redes condenan, opinan y dicen cosas. Aseguran cosas que no saben por la gente en Facebook o estas redes, porque no conocen el expediente. Entonces, los jueces no se atreven a aplicar correctamente la libertad ni la proporcionalidad de las medidas cautelares por ese miedo al qué dirán y, desgraciadamente, la Corte, históricamente, no ahora, la Corte Suprema ha sido muy permeable al qué dirán. Es un serio problema que se tiene ahí adentro.</p>
--	--

<p>MSc. Miguel Zamora Acevedo, quien ha sido defensor público por más de 20 años y ha tenido ascensos como juez de juicio y juez de apelaciones. También funge como profesor de grado y posgrado de razonamiento jurídico de la Universidad de Costa Rica.</p>	<p>Yo creo que parcialmente, porque confunden proporcionalidad con el correctivo de plazos, y es lo único. Si usted ve en la jurisprudencia, miré el plazo es proporcional porque el delito es droga, 8 años mínimo, entonces, le pone 6 meses, es tentativa de homicidio y, generalmente, se confunden en eso. En realidad, el plazo es el último de los requisitos. Es como una relación escalonada, siempre he dicho yo. Es como ver una escalera, el piso es su principio de necesidad, porque es necesaria la medida, ¿Necesidad con respecto a qué? Al proceso. No para evitar delitos, no para ver qué dice la gente, no para aspectos externos, sino que la necesidad es para el proceso. Entonces, hay que ver cuál medida es necesaria para el proceso. ¿Qué es lo que nos interesa? Que el proceso continúe. Se ocupa algún elemento de prueba donde el imputado es objeto de prueba, entonces, evidentemente, ahí hay una necesidad.</p> <p>El otro principio es la idoneidad. Si usted establece que es necesaria la imposición de una medida, no quiere decir que sea prisión. Lo que implica es que hay necesidad para imponer una medida. Perfecto, pasemos al segundo escalón.</p> <p>¿Qué quiere decir eso? Bueno, examinemos la idoneidad, es decir, cuál es la medida idónea. El 244 da un catálogo, pero también hay amplios, ahí hay elementos que deben considerarse. ¿Lo</p>
--	--

	<p>que interesa es saber dónde localizar al sujeto o no? Por tanto, si determina que hay necesidad de imponer una medida, bueno, busque cuál es la idónea, es decir, la obligación de firmar, la obligación de presentarse a tal lugar, la imposición de determinar un domicilio... Si el sujeto es indigente, tiene que fijar un domicilio donde se le pueda localizar, independientemente de su condición y así, sucesivamente, pero no pasar directamente a la prisión por la existencia del peligro.</p> <p>Después, si la medida es necesaria y hay alguna que sea idónea, determinar también el plazo. En estos casos, hay parámetros ya objetivos que ha dado la jurisprudencia convencional, es decir, se han establecido, sobre todo, por la Comisión que, en tesis de principio, ninguna medida puede superar los dos tercios de la pena mínima por imponer. Entonces, ya con eso, le dan un parámetro, pero no por eso quiere decir que voy a imponer eso, porque sería muy alto, por ejemplo, el delito de droga. Es simplemente un parámetro y así se debe imponer.</p>
<p>Licda. Andrea Rodríguez Segura, quien actualmente es jueza penal del II Circuito Judicial de San José.</p>	<p>Claro que sí, incluso así se hace ver, por lo menos dentro de mi manera de resolver, los tomo como uno de los presupuestos en que se debe valorar el principio de proporcionalidad, es decir, que exista una proporcionalidad, una necesidad y una idoneidad con respecto a los</p>

	<p>fin del proceso. Entonces, sí se debe valorar el principio de proporcionalidad en el momento en el que se impone una prisión preventiva con respecto a lo que es la posible pena por imponer. Por poner un ejemplo, un robo agravado va de 5 a 15 años. Generalmente, la práctica o la experiencia nos dice que, cuando a una persona imputada, no se le pueden ordenar medidas cautelares menos gravosas una vez valorado su caso en concreto, pues se estima conveniente la prisión preventiva por el plazo de tres meses a efectos de que, en el plazo de tres meses, pues se fijen las pautas de la investigación por parte del ente ministerial y que, esperando que se haya finalizado con el acto conclusivo por parte del ente ministerial, en este caso, pues eventualmente se concluye con lo que es una acusación y un auto de apertura a juicio.</p>
<p>Licda. Karen Jiménez Ureña, quien ha sido fiscal por más de 6 años y actualmente se encuentra laborando en la Fiscalía Especializada de Probidad.</p>	<p>El principio de proporcionalidad no está establecido así taxativamente en la normativa procesal penal, pero sí está mencionado en el artículo 239. Por así decirlo, el artículo tal establece propiamente el principio de proporcionalidad no verdad eso es establecido a nivel de jurisprudencia y a nivel de normativa internacional qué pasa que, inclusive, muchos fiscales, en el momento de solicitar la prisión preventiva o muchas personas juzgadoras en el momento de fundamentar la resolución de prisión preventiva no hablan del principio de proporcionalidad pese a que, efectivamente, el</p>

	<p>artículo 239 establece la proporcionalidad y los que usted ve que manejan el principio de proporcionalidad superbién son los defensores públicos o, eventualmente, los defensores particulares. Entonces, como que usted diga que en la práctica si éste se maneja bien o que si éste, cómo se puede decir, se me fue la palabra en este momento, sea una buena práctica del principio de proporcionalidad no porque inclusive mucha gente no sabe que el principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Más bien, muchas veces, cuando usted termina de solicitar la prisión preventiva y usted hace alusión a ese principio de yo he tenido jueces que se quedan como patinando. Puede ser un lenguaje coloquial, verdad, entonces siento que, desde ahí, estamos mal porque hay muchas personas que no saben ni tan siquiera qué significa el principio de proporcionalidad o qué contiene el principio de proporcionalidad.</p>
--	--

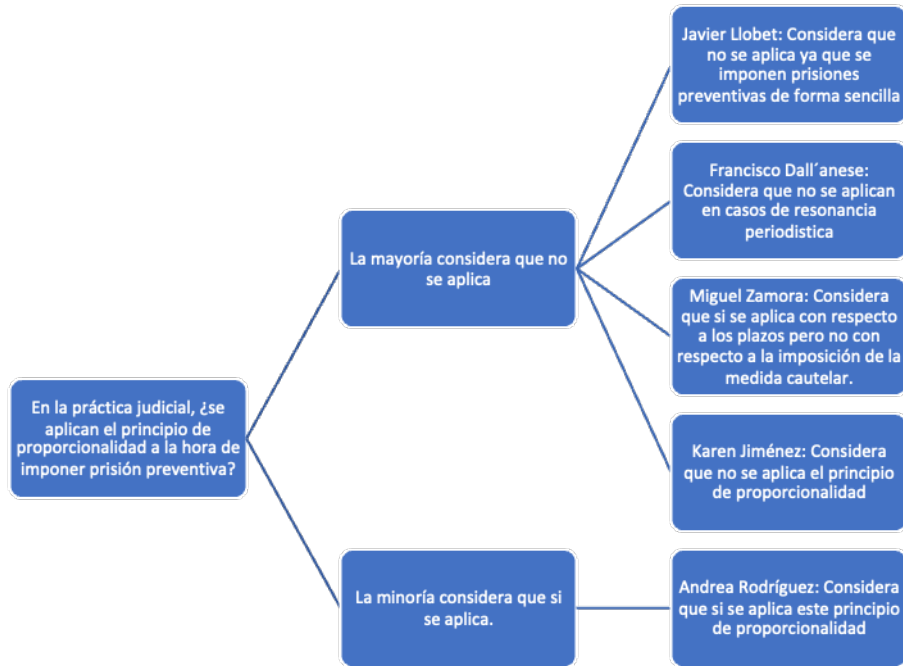
Nota: la anterior tabla representa una transcripción detallada de los datos brindados por las personas entrevistadas.

Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

Analizado lo expresado por las personas entrevistadas, se pueden determinar los siguientes aspectos esenciales:

Figura 1

Resumen de opiniones a si en la práctica judicial, se aplica el principio de proporcionalidad a la hora de imponer prisión preventiva



Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

A partir de las entrevistas, se denota cómo el principio de proporcionalidad no se considera utilizado por todas las personas juzgadoras, e inclusive en muchas ocasiones solo es tomado en cuenta con respecto a los plazos de prisión, pero no en el momento de decidir la imposición de prisión preventiva.

Asimismo, todos son coincidentes en que el principio de proporcionalidad es aplicado usualmente a casos menores y no a aquellos casos mediáticos, ya que, por la presión social y mediática, los jueces se tornan nerviosos o temerosos al “qué dirán”, lo cual provoca que el mismo sistema judicial se debilite.

Es evidente cómo la independencia de los jueces se ha visto limitada y violentada por la presión mediática existente en los últimos años en torno a los casos de gran alcance

periodístico, donde usualmente son delitos económicos y la persona juzgadora no quiere verse señalada como la persona que no aplicó mano dura a las personas investigadas.

Esta situación no solo sucede con las personas juzgadoras, sino que ha trascendido a la Sala Constitucional desde hace ya varias décadas, en donde, pese a que se aplica el principio de proporcionalidad, se hace solo parcialmente. Aunque se resuelva con lugar un recurso de habeas corpus, de igual forma, la persona investigada se mantiene privada de libertad.

Por ello, es claro que este principio no es utilizado por la mayoría de juzgadores, e incluso las personas entrevistadas consideran que, si fuese utilizado, sería una garantía procesal mayor para las personas investigadas.

De igual forma, se evidenciaron hallazgos importantes en referencia a que, si existe en la práctica judicial, se aplica un control de constitucionalidad y convencionalidad respecto del principio de proporcionalidad, los cuales se detallan a continuación:

Tabla 3

Hallazgos referentes a que, si existe en la práctica judicial, se aplica un control de constitucionalidad y convencionalidad del principio de proporcionalidad

PERSONA ENTREVISTADA	RESPUESTA A LA PREGUNTA: ¿En la práctica judicial, considera usted que nuestros juzgadores penales aplican alguno de estos dos controles: constitucionalidad y convencionalidad?
Dr. Javier Llobet Rodríguez, quien es defensor privado y profesor emérito de la Universidad de Costa Rica	El control de convencionalidad, en realidad, no se ha aplicado en Costa Rica. Yo creo que hay algunas resoluciones que han citado así el control de convencionalidad que, a veces, la

	<p>jurisprudencia de la Corte Interamericana tuvo influencia en relación con el tema de la imparcialidad si la ampliación de diversos supuestos de quebranto a la imparcialidad de los jueces y en materia penal, por ejemplo, la participación activa. Ahí, la jurisprudencia de la Corte Interamericana creo que desempeñó un papel, pero en otros temas. Parte del problema existente es que si hay un control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad según la Corte y la Sala Constitucional, es lo que llevaría a los jueces a no precisar. Esto no implica que no deba realizar un control, digamos en la interpretación de la de la ley, si la Sala Constitucional, por ejemplo, no ha aplicado ese control de convencionalidad a uno de los casos más evidentes en que debería haberlo aplicado, el cual es el tema de las causales de prisión preventiva y que hay muchísima jurisprudencia incluso del caso Hambret en contra de Costa Rica e hizo referencia hacia las causales de prisión preventiva admisibles. En relación con ese control de convencionalidad, algunas resoluciones lo han mencionado, pero creo que muy poco se ha llevado a cabo ese control de convencionalidad por los diversos tribunales de nuestro país. De ello, se puede decir, con respecto al control</p>
--	--

	<p>de constitucionalidad, en donde también ya ha se ha estado apreciando una misma retirada de la Sala Constitucional. Es decir, sacaron muchas leyes inconstitucionales en sus inicios, pero ahora es mucho más difícil que pueda prosperar una acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional. Yo creo que también en materia de recursos y de la revisión integral del fallo, no se ha llevado a cabo con la amplitud con que debió haberse llevado. Incluso, a veces, se ha interpretado, por ejemplo por la Sala Tercera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que lleva también a la exigencia y la Convención Americana de Derechos Humanos lleva también a la exigencia de que se garantice el derecho del Ministerio Público de recurrir la sentencia en relación con la absolutoria dictada por el Tribunal de Apelación en que pueda haber realizado una revaloración de la prueba. En realidad, se admite por la Sala Constitucional que, aunque no sería ahí contra la convención que se regulará el derecho del Ministerio Público de recurrir que no es la exigencia la Convención Americana de Derechos Humanos. Incluso, la Convención Americana expresamente dice que, con los derechos, digamos, esto se refiere a las personas y</p>
--	---

	<p>dice por persona sentir la persona física Ministerio Público no es una persona física, pero ha sido utilizada esa esa norma para casos en que es evidente que existió un error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Juicio de Casación a favor del reo ha dictado un absolutoria y lo ha considerado la Sala Tercera que eso iría en contra de la Convención Americana de Derechos Humanos el derecho de recurrir del Ministerio Público, lo que creo que no es correcto.</p>
<p>Dr. Francisco Dall’Anese Ruiz, quien ha sido fiscal, juez penal y exfiscal general de la República. Actualmente, es defensor privado.</p>	<p>Es más fácil que lo apliquen en delitos menores que, en los asuntos más complejos, de mayor envergadura o de mayor exposición periodística. En los asuntos pequeñitos, no pasa nada. Un caso donde una persona amenazó al vecino con un arma y el vecino va y denuncia, la fiscalía eventualmente pide una medida cautelar, no digamos que ni de prisión, sino que no se traslade de un sitio a otro. Los jueces rechazan eso, no les importa y hablan de los derechos humanos y del indicio.</p> <p>Sin embargo, cuando se trata de asuntos de exposición, se resuelve con las páginas del periódico y no con las páginas del expediente.</p>

<p>MSc. Miguel Zamora Acevedo, quien ha sido defensor público por más de 20 años y ha tenido ascensos como juez de juicio y juez de apelaciones. También funge como profesor de grado y posgrado de razonamiento jurídico de la Universidad de Costa Rica.</p>	<p>Cuando uno lo encuentra es rarísimo, por ejemplo, yo he litigado todo el Primer Circuito Judicial de San José, que es de los más grandes, por no decir el más grande del país, y de los jueces penales solo una que lo aplique. Cuando digo solo una, es porque es una mujer y lo puedo decir es Ana Raquel, y es nueva, pues los más viejos no. Vamos a ver, yo creo que existen ciertos temores, sobre todo, para algún tipo de delincuencia, drogas, penalización, delitos sexuales contra menor, casi que la imposición de la medida es la regla. Si vos lo ves, el problema es que, en forma indeterminada, vos podés sostener una medida, cualquier caso equis, vos podés decir, mire existe el peligro de fuga, si bien es costarricense no tiene un trabajo estable. Entonces, lo puede realizar en cualquier parte del país, si bien tiene familia, hijos, lo cierto del caso es que eso no fue obstáculo para cometer delitos. Son los estribillos que uno escucha, ya solo con eso, tiene peligro de fuga. Es muy ambiguo, indeterminado y absurdo, y hasta tonto, pero eso es lo que se ve. ¿Me explico? Entonces, yo creo que hace falta más racionalidad en el control de las decisiones. A veces, se nos confunde que, a pesar de la ciencia social, el derecho o el discurso debe tener un mínimo de racionalidad, es decir, las cosas que</p>
--	---

	<p>decimos deben tener algún contenido lógico, y a nosotros, a veces, nos falta eso.</p>
<p>Licda. Andrea Rodríguez Segura, quien actualmente es jueza penal del II Circuito Judicial de San José.</p>	<p>Pues sí, sí debería ser aplicado así. Incluso, precisamente por esa última oración que utilice o la última frase con respecto a que de no ser así podríamos incurrir en lo que es el delito de prevaricato, al ordenar una prisión o cualquier otra resolución que no está apegada a derecho y no valorando lo que es el principio de independencia, pues que también nos rige. Pero este principio de independencia debe estar justamente apegado a la normativa costarricense y a la normativa internacional.</p>
<p>Licda. Karen Jiménez Ureña, quien ha sido fiscal por más de 6 años y actualmente se encuentra laborando en la Fiscalía Especializada de Probidad.</p>	<p>De constitucionalidad, porque si ellos tienen que conocer sobre el derecho a la libertad de tránsito y lo que habla la Constitución Política respecto del control de convencionalidad, lamentablemente, no todos conocen de control de convencionalidad y eso inclusive usted lo ve cuando la defensa pública, que es con la que más he trabajado, alega precisamente el control de convencionalidad en casos de los que usted dice si es que tienen toda la razón, es decir, que a mí me rige el principio de jerarquía. Entonces sí, a mí el adjunto me dice que usted tiene que ir a</p>

	<p>solicitar prisión preventiva y yo tengo que ir, aunque yo no esté de acuerdo, pero, como fiscal, no le puedo decir que no a mi jefe. Entonces, usted va a solicitar la prisión preventiva y ahí la defensa pública pelea con uñas jurídicamente en cuanto a este control de convencionalidad y que tiene que ser éste el acatado por Costa Rica porque estamos suscritos a la convención y que ya la Corte ha hecho que todos los funcionarios públicos tienen que respetarlo, verdad, que tienen que... se me, se me va la palabra...No sé, tienen que cómo es que se puede aplicarlo, pero muchos jueces cuando inclusive se les empieza a hablar de control de convencionalidad y de las sentencias que dieron pie al control de convencionalidad se quedan como, como viendo para el ciprés, por decirlo así, verdad, un lenguaje coloquial. Usted se da cuenta de que, en el momento de emitir la resolución, no refieren nada en cuanto a control de convencionalidad. Entonces, hay dos veces en que sí son brillantes y saben mucho control de convencionalidad, por ejemplo, hay un profesor de la UIA que es excelente con control de convencionalidad que es Norberto Garay, pero hay muchos otros que usted dice están ahí sentados y no saben qué significa control de</p>
--	--

	convencionalidad. Siento que sí es importante y, como personas juzgadoras que tienen en sus manos la libertad de una persona, tiene que conocerlo.
--	--

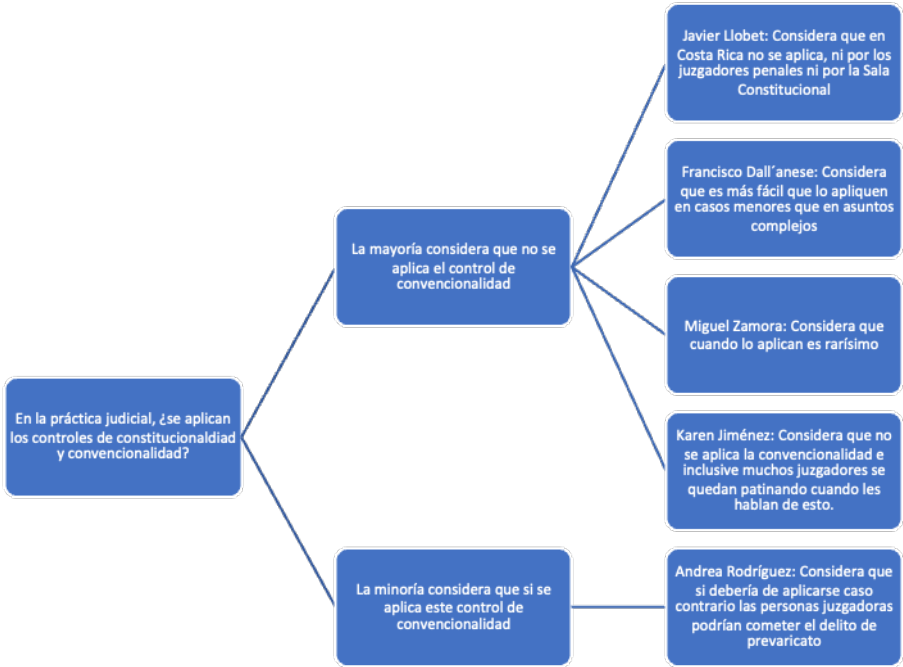
Nota: la anterior tabla representa una transcripción detallada de los datos brindados por las personas entrevistadas.

Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

Al analizarse lo expresado por las personas entrevistadas, se pueden determinar los siguientes aspectos esenciales:

Figura 2

Resumen de opiniones a si en la práctica judicial, se aplica un control de constitucionalidad y convencionalidad del principio de proporcionalidad



Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

Analizando las entrevistas efectuadas con respecto al punto de los controles, tanto de convencionalidad, como de constitucionalidad, se evidencia que la mayoría de personas

entrevistadas considera que las personas juzgadoras no aplican el control de convencionalidad a la hora de resolver la imposición de prisión preventiva. Además, lo más preocupante es que se vulneran derechos fundamentales por esta omisión.

Nuevamente, se aborda la temática de los procesos mediáticos y cómo las personas juzgadoras desaplican estos controles y ceden ante la presión mediática. Mientras tanto, cuando son casos pequeños o de poca importancia mediática, sí suelen aplicar el control de convencionalidad.

Por tanto, pareciera que la independencia de las personas juzgadoras se ha visto coartada o limitada por la presión social y mediática brindada a ciertos casos en específico, pues se finge como una especie de juicio paralelo, tal como se le conoce en la doctrina moderna.

De hecho, un aspecto importante por resaltar mencionado por el señor Francisco Dall'Anese como parte de una respuesta a otra pregunta, pero que tiene una relación directa con esta, es respecto de convertir las audiencias de medidas cautelares en públicas con el único fin de que los medios conozcan que las informaciones recibidas nunca son completas, ni precisas, sino que solo reciben extractos de pruebas que generan la polémica y condenan, en forma anticipada, a la persona investigada.

Si estas audiencias se volvieran públicas, la prensa tendría acceso a toda la prueba del expediente. De esta forma, la presión social y mediática podría verse disminuida y las personas juzgadoras podrían realizar mejor la fundamentación de sus resoluciones sin pensar en el “principio de preservación del puesto” y sin temor a un proceso de inspección judicial por aplicar un principio que sea en beneficio de la persona investigada.

En cierta forma, estos controles es claro que no se realizan por parte de las personas juzgadoras, o al menos en su mayoría. En eso, coinciden todas las personas entrevistadas.

Asimismo, como punto importante recopilado de las entrevistas, es referente a la regulación o no de este principio en nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes:

Tabla 4

Hallazgos referentes a la regulación o no del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico.

PERSONA ENTREVISTADA	RESPUESTA A LA PREGUNTA: ¿El principio de proporcionalidad se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico?
Dr. Javier Llobet Rodríguez, quien es defensor privado y profesor emérito de la Universidad de Costa Rica	Sí, pero no está en la Constitución, aunque la Sala Constitucional lo ha derivado en el Código Procesal Contencioso Administrativo sí, sí está contemplado. Precisamente, ahora no me acuerdo cómo es que se llama la ley si Código Procesal Contencioso Administrativo o ley de la jurisdicción contencioso administrativa. Está regulado expresamente. A veces, los especialistas dicen que eso es un principio que proviene del derecho penal. Es parte de las discusiones que existe. Es claro que antes se reguló el principio de proporcionalidad y lo encontramos dentro del Código Procesal Penal expresamente contemplado en varios artículos y alguno todavía les decía con alguna de las expresiones, yo diría que insuficiente, pero que se encuentra regulado dentro del Código Procesal Penal sí no solo en las

	<p>medidas cautelares, sino en algunos de los artículos iniciales del Código Procesal Penal. Ahora no sé si es el 9 o el 10 en que está contemplado. Les decía que, en ocasiones, se considera que proviene del derecho. Es parte de las discusiones que se han sostenido en su desarrollo actual y en su división. Usualmente, la doctrina alemana considera que proviene del derecho policial administrativo y, a través de las injerencias realizadas por parte de la prueba en ese código prusiano de finales del siglo 18, lo encontramos en el código de policía. En relación con las actuaciones proporcionales de la policía, usualmente, lo encontramos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos como el del Softlaw, como los principios relativos a la actuación de las autoridades, algo así es como se llama, los principios aprobados por la ONU o también con respecto a los principios relacionados con el uso de armas de fuego de la ONU. Se expresa que se contempla en éstos y el respeto al principio de proporcionalidad lo que está muy asociado así a esa relación con el derecho les decía policial, muchos de los aspectos del principio de proporcionalidad están relacionados con el uso de la fuerza por parte de la policía para detener y también</p>
--	---

	<p>el uso. Con respecto a la regulación de la utilización de las armas de fuego y, en forma extraña, dentro de nuestro, creo que nuestro código de policía, no se regula ese tema del uso de las armas de fuego que usualmente se contempla en las legislaciones policiales si se menciona el principio de proporcionalidad, la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad, pero, bueno, existen esas reglas del abono. Aquí la Sala Constitucional ha dicho también que estos instrumentos del Softlaw, como esos dos que he mencionado yo, forman parte del derecho aplicable en Costa Rica con un carácter incluso supra constitucional si hay resoluciones de la de la Corte Interamericana sí en que se han referido por ejemplo también a ese tema del uso de las armas de fuego y por parte de la policía. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que debe considerarse, en relación con la prisión preventiva, el principio de proporcionalidad.</p>
<p>Dr. Francisco Dall’Anese Ruiz, quien ha sido fiscal, juez penal y exfiscal general de la República. Actualmente, es defensor privado.</p>	<p>Claro, por el artículo 28 de la Constitución. El 28 nos dice que, vamos a ver no quiero equivocarme, no quiero mentirle, a ver dice que nadie puede ser inquietado ni presidido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Ahí</p>

	<p>arranca ya la proporcionalidad, pero vea lo que nos dice el siguiente párrafo referente a las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros están fuera de la acción de la ley. Esto se tiene que interpretar. Ahí está el principio de lesividad, pero, cuando nos dice que las acciones que no dañen están fuera de la acción de la ley, también no quiere decir otra cosa, la acción de la ley está en la medida del daño y eso establece una proporcionalidad. No sé si he sido claro con lo que quiero transmitirle.</p>
<p>MSc. Miguel Zamora Acevedo, quien ha sido defensor público por más de 20 años y ha tenido ascensos como juez de juicio y juez de apelaciones. También funge como profesor de grado y posgrado de razonamiento jurídico de la Universidad de Costa Rica.</p>	<p>Yo creo que sí, una interpretación sistemática de la constitución, yo diría que a partir del 28 párrafo segundo, artículo 37 y 39 de la Constitución, 28 párrafo segundo, artículo 37 y 39 de la Constitución.</p> <p>Yo creo que ahí establece claramente el deber del Estado cuando puede afectar o no la lesividad, el indicio para la detención, en función del llamamiento de un juez y la culpabilidad del sujeto, que debe entenderse no como la culpabilidad como teoría del delito, sino como culpabilidad en sentido amplio para tenerlo como sospechoso.</p>

<p>Licda. Andrea Rodríguez Segura, quien actualmente es jueza penal del II Circuito Judicial de San José.</p>	<p>No, no se encuentra regulado, sin embargo, sí se hace mención al mismo, como tenemos conocimiento los operadores del derecho. Incluso, todos los estudiantes que en su momento cursamos la carrera, pues que, en este caso, se ve desde lo que son, el derecho internacional que se encuentra regulado con respecto al control de convencionalidad y el control de constitucionalidad pues también que de acuerdo al artículo 7 de la Constitución Política, vemos que, en efecto, estos convenios o decretos internacionales están por encima de nuestra normativa. Pero, específicamente, no encontramos un artículo dentro de la normativa costarricense que nos hable del principio de proporcionalidad.</p>
<p>Licda. Karen Jiménez Ureña, quien ha sido fiscal por más de 6 años y actualmente se encuentra laborando en la Fiscalía Especializada de Probidad.</p>	<p>No, el principio de proporcionalidad está... dame un momentito para verlo por acá, el principio de proporcionalidad, así como te digo taxativamente que esté en un artículo que diga al principio de proporcionalidad significa esto y esto y eso, por ejemplo, el de legalidad o libertad probatoria no está. Sin embargo, el inciso c del artículo 239 del Código Procesal Penal vigente sí éste si bien no lo menciona, así como expresamente, sí hace reconocimiento a este principio de proporcionalidad en la</p>

	<p>aplicación de la prisión preventiva. Entonces, de ahí proviene la jurisprudencia que se ha creado y también las sentencias que ha establecido la Corte interamericana de Derechos Humanos mediante la aplicación de la convención y demás, pero así que yo te diga que está expresamente establecido en nuestra normativa no, ni tan siquiera en la Constitución Política.</p>
--	---

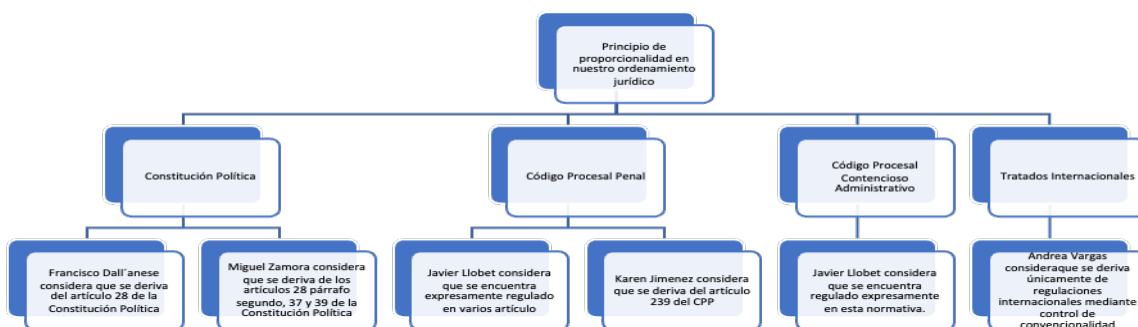
Nota: la anterior tabla representa una transcripción detallada de los datos brindados por las personas entrevistadas.

Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

Al analizarse lo expresado por las personas entrevistadas, se pueden determinar los siguientes aspectos esenciales:

Figura 3

Resumen de opiniones con respecto a la regulación o no del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico



Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

En este aspecto, no existe una coincidencia total entre las personas entrevistadas debido a lo siguiente:

- a. Javier Llobet considera que el principio de proporcionalidad sí está expresamente regulado en distintas normativas del ordenamiento jurídico, pero no en la Constitución Política.
- b. Francisco Dall’Anese afirma que el principio de proporcionalidad se encuentra en el párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución Política.
- c. Miguel Zamora aduce que el principio de proporcionalidad se encuentra en el párrafo segundo del artículo 28, artículo 37 y 38 de la Constitución Política.
- d. Andrea Rodríguez manifiesta que el principio de proporcionalidad no se encuentra regulado en Costa Rica y que su regulación proviene del derecho internacional mediante los tratados internacionales en los cuales forma parte Costa Rica, como un derecho supraconstitucional.
- e. Karen Jiménez considera que no se encuentra expresamente regulado, sin embargo, se deriva del artículo 239 del CPP.

De esta forma, se percibe cómo, pese a la gran experiencia con la que cuentan todas las personas entrevistadas, no existe una coincidencia entre ellas sobre la regulación del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo anterior, evidentemente, crea incertidumbre sobre su origen y respaldo legal, constitucional y convencional. Sin embargo, pareciera que todas las respuestas, pese a que son distintas, son acertadas, ya que, al ser un principio, éste no debe estar expresamente regulado, sino que, por el contrario, proviene del deber ser.

Asimismo, como punto de interés, se encontraron hallazgos importantes relacionados con el criterio de cada persona entrevistada con respecto a la siguiente pregunta:

Tabla 5

Hallazgos referentes a si se debería regular expresamente el principio de proporcionalidad.

PERSONA ENTREVISTADA	RESPUESTA A LA PREGUNTA: ¿Considera usted que este principio debería integrarse en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico?
Dr. Javier Llobet Rodríguez, quien es defensor privado y profesor emérito de la Universidad de Costa Rica	Está regulada en forma expresa en diferentes normas del ordenamiento jurídico. Sí está regulada en el Código Procesal Penal, en la Ley de Policía, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No está regulado expresamente en la Constitución, pero, en muchas constituciones no está tampoco regulado en Alemania, o sea, considerado derivación de principios constitucionales y la Sala Constitucional lo ha admitido. Lo que puede discutirse es si, por ejemplo, en el tema de la duración de la prisión preventiva, los plazos de duración también son expresión del principio de proporcionalidad si deberían limitarse más esos plazos o también si debería establecerse una regla más estricta en cuanto a que la prisión preventiva no pueda o no se trate de que no dure más que la privación efectiva de libertad, sino que se establezca una duración mucho menor digamos en relación con está al menos como mínimo, como lo contempla la

	Comisión Interamericana, pero podría ser incluso mayor.
Dr. Francisco Dall’Anese Ruiz, quien ha sido fiscal, juez penal y exfiscal general de la República. Actualmente, es defensor privado.	Yo realmente creo que sí está incorporado. Cuando nos dice que queda fuera de la acción de la ley, está mal redactado porque repite acción en la misma línea. Dice que las acciones privadas que dañen a terceros quedan fuera de la acción de la ley. Lo que nos está diciendo es que la acción de la ley tiene que ser la medida del daño. Claro, usted me va a decir que a eso se llega por interpretación, pero quién nos garantiza también que poniendo en la Constitución que la reacción estatal será proporcional al daño y tal y tal... quién nos garantiza que eso nos lo va a resolver. A mí, me parece que está bien, se puede aclarar más, pero, al final de cuentas, Cristian, aquí rige una premisa sentada por Carnelutti, si no me equivoco, y es que un mal código en manos de un buen juez hace justicia y el mejor código en manos de un mal juez no sirve. Entonces, más que nada, tiene que ser la formación de los abogados la que permita, porque, si usted le pone ahí que regirá el principio de proporcionalidad que consiste en... Diay, si no lo entienden, será un problema, siempre vamos a estar en el mismo lugar. Usted ve, por ejemplo, la Constitución de Guatemala es muy buena.

	<p>Incluso, establece la finalidad de la pena, la cual nuestra constitución no contiene. Claro, establece la pena de muerte ahí en otro capítulo, pero establece el fin resocializador de la pena. ¿Usted cree que en Guatemala eso se cumple? Bueno, aquí tampoco. Tampoco es que estoy diciendo que nosotros somos mejores, pero el punto está en la preparación del abogado. Yo creo que eso tiene que ver muchísimo con lo que nos está pasando, pues hay muchas universidades con minúscula que están graduando muchos abogados con minúscula y esto no deja de ser un problema.</p>
<p>MSc. Miguel Zamora Acevedo, quien ha sido defensor público por más de 20 años y ha tenido ascensos como juez de juicio y juez de apelaciones. También funge como profesor de grado y posgrado de razonamiento jurídico de la Universidad de Costa Rica.</p>	<p>No, yo creo que no. Básicamente, debemos de recordar que el derecho en general se mantiene entre reglas y principios. Con reglas, me refiero a normas que, generalmente, están articuladas en códigos, leyes, etc. Además, principios que están en la Constitución y, en general, en cualquier catálogo de cartas que establezcan derechos fundamentales. Entonces, los principios cumplen un rol básico que es mandato de optimización. Lo ideal es que se mantengan ahí en el deber ser, como la Constitución, como la Convención, que establezcan un mínimo, como el Coto</p>

Bedau, que llaman los teóricos, en el cual, a raíz de eso, se potencialice.

Si usted lo positiviza, lo pone en una norma, en materia penal, se queda limitado a la interpretación gramatical. Entonces el día de mañana, a como lo estemos interpretando, sea muy restringido, o a la inversa, a como lo estamos interpretando, podemos potencializarlo más.

Vea que hemos hablado de necesidad, de idoneidad, y en sentido estricto, pero puede suceder, como yo lo hice en un momento, como agregarle el criterio dinámico, que el criterio de la imposición sea dinámico a partir del principio de proporcionalidad, que significa que, si hoy imponemos con equis cantidad de pruebas, el día de mañana esas pruebas varían. Automáticamente, hay que variarla.

¿Como puede ser? Penalización, denuncia de la afectada. Al día siguiente, se abstiene, ya cambia todo el panorama. Yo creo que, a veces, en cuanto a los principios, está bien que se mantengan ahí o cuando están a partir de una interpretación, que ya hemos dicho el 28 párrafo segundo, 37 y 39. Positivizar los principios no me parece

	<p>muy adecuado. Las reglas evidentemente sí.</p>
<p>Licda. Andrea Rodríguez Segura, quien actualmente es jueza penal del II Circuito Judicial de San José.</p>	<p>Pues sí, podría integrarse para que quede plasmado y que sea de una mejor manera o sea más factible en hecho de que el imputado en el ejercicio de su derecho de defensa, tanto material, como técnica pueda llegar a ser atacado con algún artículo en específico. Digamos que no se está a criterio de esas personas, tanto del imputado, como de la defensa y, eventualmente, no se cumplió con ese requisito o ese artículo como tal. Me parece que podría ser integrado de manera expresa dentro de la normativa. Viéndolo desde el punto de vista de la prisión preventiva, debería aplicarse o debería reformarse mediante el artículo 238 y siguientes del Código Procesal Penal, donde se indique que, como requisito, se debe valorar el principio de proporcionalidad.</p>
<p>Licda. Karen Jiménez Ureña, quien ha sido fiscal por más de 6 años y actualmente se encuentra laborando en la Fiscalía Especializada de Probidad.</p>	<p>Para mí, sí. Sí tiene que estar porque es algo muy importante y eventualmente ya estando expresamente en la normativa procesal penal, el juez sí o sí se tiene que referir a ese requisito o a ese principio como eventualmente lo hace en el momento de analizar la probabilidad del delito o la probabilidad de la participación</p>

	<p>de la persona imputada. Lamentablemente, aquí quienes pueden incorporar este principio a la ley son los diputados de la Asamblea legislativa. Eventualmente, tal vez sería como la presentación de un proyecto, solo que tengo conocimiento de que, inclusive por parte del Ministerio Público y por parte de algunas comisiones de la Corte, se han realizado varios proyectos no propiamente en cuanto a este principio porque sinceramente sería ser mentirosa de decir que sí se ha presentado un proyecto, pero sé que se han presentado otros proyectos al menos en materia de probabilidad porque nosotros pertenecemos a la OCDE y tenemos que cumplir con ciertos lineamientos que la OCDE nos manda y que, al final, se han realizado los proyectos y todo, y cuando se presentan a la Asamblea Legislativa, quedan en nada. Entonces, sí se puede presentar un proyecto o una moción, pero, al final, quienes tienen la última palabra son los diputados. Entonces, es como un poco complicado, pues esa sería como la vía por la cual se pueda insertar en nuestra normativa procesal penal. Pero, como dice el dicho: del derecho al hecho, hay mucho trecho. Claro, es complicado más con los diputados con que mucha gente ni tan siquiera tiene conocimiento en derecho.</p>
--	---

	Entonces, empezando por ahí, estamos un poco mal en cuanto a leyes.
--	---

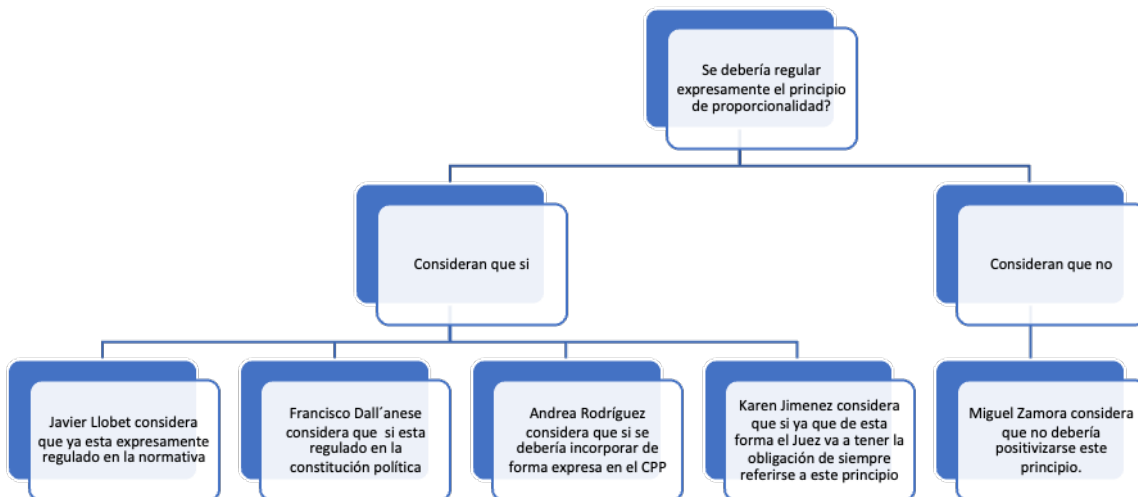
Nota: la anterior tabla representa una transcripción detallada de los datos brindados por las personas entrevistadas.

Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

Al haber analizado lo manifestado por las personas entrevistadas, se pueden determinar los siguientes aspectos esenciales:

Figura 4

Resumen de opiniones respecto de si se debería regular expresamente el principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico.



Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

De esta forma, se puede percibir cómo distintos profesionales en derecho consideran que el principio de proporcionalidad ya se encuentra regulado expresamente nuestro ordenamiento jurídico. Mientras tanto, el MSc. Miguel Zamora aduce que no debería positivizarse el principio.

Lo anterior con el fin de que su aplicación forme parte del principio de legalidad, y las personas juzgadoras estén obligadas a analizarlo conforme a su regulación e interpretación a nivel internacional. De esta forma, se vela por su adecuada y justa aplicación dentro del proceso penal a la hora de analizar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad para imponer prisión preventiva.

Lo expresado por el MSc. Miguel Zamora en la entrevista se considera importante. Por ello, se cita textualmente lo siguiente: “Si usted lo positiviza, lo pone en una norma, en materia penal, se queda limitado a la interpretación gramatical. Entonces, el día de mañana, a como lo estemos interpretando, sea muy restringido, o a la inversa, a como lo estamos interpretando podemos potencializarlo más”.

Este comentario durante la entrevista es real. Si este principio se positivizara, quedaría sujeto a su literalidad, sin embargo, debemos recordar que, en materia penal, la interpretación de la norma es restrictiva únicamente cuando afecta la libertad y derechos fundamentales de las partes. Por tal motivo, aunque el principio sea positivado en nuestro CPP, éste podría analizarse bajo el principio de legalidad, pero también podría interpretarse en forma amplia mediante el control de constitucionalidad y convencionalidad que todas las personas juzgadoras deben aplicar en el momento de dictar una resolución judicial, máxime cuando ésta limita derechos fundamentales, como la que ordena una prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar de carácter personal.

Por ende, pareciera que el problema no es que no se tenga una norma expresa en el Código Procesal Penal que lo regule, sino, por el contrario, que no todas las personas juzgadoras utilizan los controles de convencionalidad y constitucionalidad para aplicar este principio en resguardo de los derechos fundamentales de los imputados a la hora de imponer la prisión preventiva.

4.2 Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha citado y ha aplicado, en forma reiterada, el principio de proporcionalidad a la hora de limitar la libertad personal de la persona imputada. Algunos casos de interés y de gran relevancia para la presente investigación fueron analizados de la siguiente forma:

Tabla 6

Hallazgos referentes al principio de proporcionalidad en casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CASOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS REFERENTES AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	
Caso Gangaram Panday vs. Surinam, 1994	En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que, -aún calificados de legales-, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.
Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 1997	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.

Caso Tibi vs. Ecuador, 2004	Las medidas precautorias o penales que implican privación de libertad deben atenderse, con gran rigor, a las exigencias de la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad.
Caso Acosta Calderón vs. Ecuador 2005 y López Álvarez vs. Honduras, 2006	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.
Caso Chaparro Álvarez y López Iñiguez vs. Ecuador, 2007	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 obtenidas mediante tal restricción.

Caso Bayarri vs. Argentina 2008	El juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, la necesidad y la proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites impuestos por la ley y la razón.

Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

Estos casos internacionales son algunos de los más relevantes respecto de la limitación al derecho fundamental y a la libertad personal de la persona imputada. Se refieren a los fundamentos, requisitos, presupuestos y principios que deben analizarse y respetarse a la hora de dictar la prisión preventiva de una persona imputada.

Tomando en cuenta lo anterior, se percibe cómo el principio de proporcionalidad es considerado un límite para la imposición de medidas cautelares, principalmente, la prisión preventiva, y cómo debe ser utilizado en forma complementaria con el principio de legalidad, presunción de inocencia y necesidad en cada caso en concreto.

Estos casos establecen todos por igual que la medida cautelar de prisión preventiva debe ser de carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad.

Además, se indica que este principio de proporcionalidad implica un análisis adicional, donde se deberá valorar una relación entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que no resulte exagerada o desmedida la imposición cautelar.

De esta forma, se puede ver cómo, a raíz de estos criterios rendidos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha dado pie a que, a nivel doctrinario, se hayan ampliado el análisis y la interpretación del principio de proporcionalidad con la creación y definición de los tres subprincipios: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. De esta forma, se percibe cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio pie a que este principio de proporcionalidad fuese considerado un límite para la imposición de la prisión preventiva.

Todos estos casos evidencian una postura mantenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde hace décadas con respecto a que la prisión preventiva es la medida más gravosa para la persona imputada. Por consiguiente, no podrá dictarse salvo casos excepcionales donde exista un grado de probabilidad concreto y real en la comisión de los hechos investigados y se cumplan los presupuestos concretos de fuga o de obstaculización, además de analizarse la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida cautelar por imponer.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un sentido amplio al principio de proporcionalidad en el sentido de que éste debería ser utilizado en todo tipo de proceso sancionatorio y punitivo existente y al analizar cualquier situación fáctica que limite, en forma parcial o total, cualquier derecho fundamental.

Por ende, se ha resuelto, por parte de la Corte, que toda decisión que vaya a limitar un derecho fundamental, principalmente la libertad personal, deberá necesariamente contar con un fundamento jurídico razonado y objetivo que permita establecer, en forma acertada, la vulneración a un derecho fundamental.

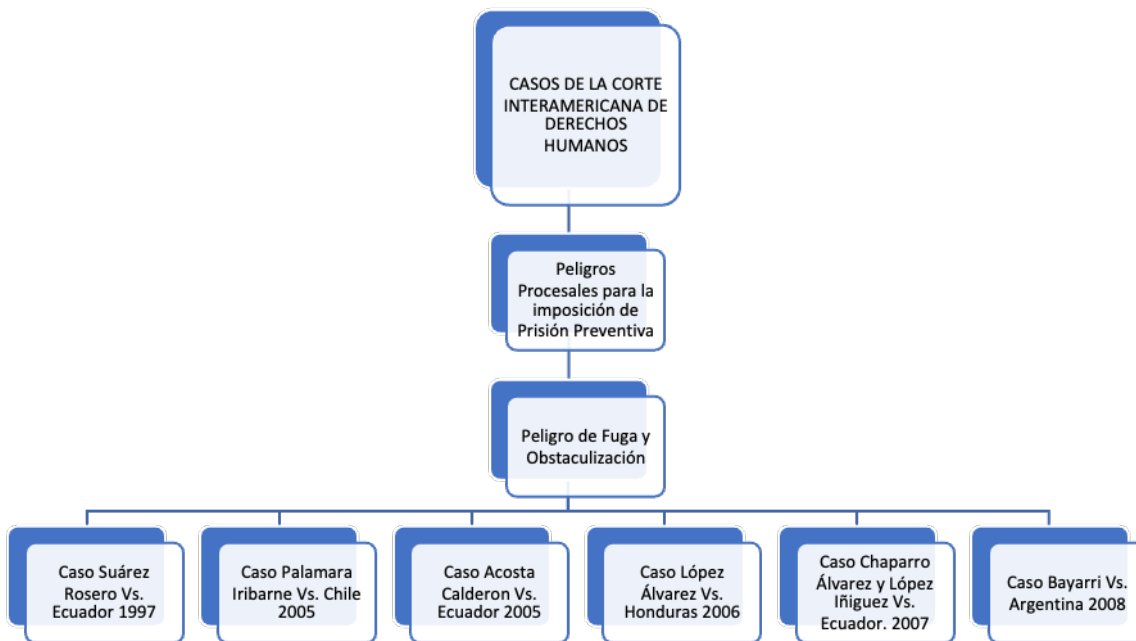
Asimismo, a partir del análisis efectuado a los casos supracitados, la Corte mantiene la posición firme de que la prisión preventiva se encuentra limitada por diversos principios, entre ellos, legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad. Con base en lo anterior, se puede ver, en el caso Bayarri vs. Argentina, cómo se estableció que la proporcionalidad no debe solo ser analizada en el momento de determinar la imposición de prisión preventiva, sino que también debe analizarse y aplicarse con respecto a los plazos de la prisión preventiva para que éstos no sean superiores a los límites establecidos.

De esta forma, se percibe cómo se incorpora el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, lo cual ha sido ampliamente desarrollado por parte de la doctrina y que, dentro de las entrevistas efectuadas, principalmente al MSc. Miguel Zamora Acevedo, lo describe y detalla en forma completa como el subprincipio que deberá hacer la ponderación del plazo y el tipo de medida cautelar acorde con la posible sentencia por imponer.

Asimismo, existen precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referentes a los peligros procesales que deben analizarse a la hora de dictar una prisión preventiva.

Figura 5

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se refiere a los peligros procesales de la prisión preventiva.



Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, la doctrina mayoritaria y las personas entrevistadas han coincidido en que los únicos peligros procesales que deben analizarse a la hora de imponer una medida cautelar privativa de libertad son el peligro de fuga y de obstaculización. De esta forma, se elimina la reiteración delictiva como peligro procesal.

Lo anterior se puede observar en todos los casos supraindicados, sin embargo, también es de relevancia citar los siguientes:

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (2007): “...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...”

De esta forma, se percibe cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere al peligro de fuga y peligro de obstaculización, como presupuestos legales para determinar la necesidad y proporcionalidad de la medida por imponer.

Figura 6

Caso Amrhein vs. Costa Rica



Fuente: Elaboración propia del investigador para efectos del presente trabajo investigativo

Posteriormente, en el caso Amrhein y otros vs. Costa Rica (2018), la Corte Interamericana de Derechos Humanos aduce que “el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso en concreto...”

De esta forma, se percibe cómo, a partir del año 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que, en la actualidad, estos peligros procesales deben ser concretos y no abstractos. Es decir, deben estar comprobados, pues ya no solamente se puede alegar la presunción de fuga y/o obstaculización, sino que ésta deberá demostrarse para poder ser utilizada para eventualmente limitar el derecho a la libertad con la imposición de prisión preventiva.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha establecido, en casos como: Tibi vs. Ecuador del (2004) y Pacheco Teruel y otros vs. Honduras (2012), no solo que la prisión preventiva debe ordenarse legalmente, sino que, además, no puede ser arbitraria. Para ello, se debería siempre respetar lo siguiente:

a. La finalidad de su imposición debe ser compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos.

b. La medida cautelar por imponer debe ser necesaria en cada caso en concreto para poder alcanzar la finalidad del proceso.

c. La medida cautelar elegida debe ser idónea para cumplir el fin perseguido.

d. La medida cautelar debe ser proporcional en el sentido de que ésta no resulte exagerada frente a la finalidad perseguida.

e. La orden de medida cautelar debe contar con una fundamentación jurídica adecuada y que no se torne arbitraria ni sea contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos.

f. La prisión preventiva deberá ser siempre excepcional.

De esta forma, es evidente cómo la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que la persona imputada tiene derecho al principio de libertad mientras se resuelve su responsabilidad penal, salvo casos excepcionales donde deberá analizarse finalmente lo indicado supra y determinar si es procedente o no su limitación mediante la prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar.

Si se realiza un análisis de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en conjunto con las entrevistas realizadas a distintos profesionales que fueron indicados supra, se puede ver cómo la práctica judicial en Costa Rica no sigue ni aplica estos criterios internacionales y que son supra constitucionales, ya que la gran mayoría de personas juzgadoras no aplican el control de convencionalidad dentro de sus resoluciones. De esta forma, se desaplican principios y preceptos establecidos en perjuicio de las personas investigadas, generando un aumento en los presos sin condena en Costa Rica.

Es claro cómo esta situación debe cambiar y mejorar para que las personas juzgadoras apliquen los preceptos internacionales y, además, no tengan temor (como la gran mayoría de personas entrevistadas coinciden) en aplicar el principio de proporcionalidad a todos los casos por igual, sin importar la presión social y mediática que pueda existir en determinados asuntos.

De esta manera, se lograría finalmente un control de convencionalidad en Costa Rica, lo cual valdría la pena leer en las resoluciones judiciales y que se ajusten a todos los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.3 Sentencias nacionales

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha venido de menos a más en las últimas décadas debido que, con el pasar de los años, interfieren menos en la correcta aplicación de la justicia penal en nuestro país.

Dos aspectos medulares sobre los cuales la Sala Constitucional no ha aplicado el adecuado control de convencionalidad respecto de las causales de imposición de prisión preventiva y los peligros procesales son los siguientes:

- a. No se ha eliminado la reiteración delictiva como un peligro procesal del CPP.
- b. No se han eliminado las causales del artículo 239 bis del CPP dejando que su aplicación sea excesiva y desproporcionada.

Con respecto del primer punto, la doctrina mayoritaria y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado, en forma contundente, en que la reiteración delictiva no puede ser considerada como un peligro procesal. Por el contrario, los únicos peligros procesales que deben y pueden ser analizados para imponer prisión preventiva son los peligros procesales de fuga y obstaculización, además de que éstos sean concretos y demostrables.

A pesar de la existencia de numerosos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fueron citados supra, sin embargo, por su relevancia, se indica *Suárez Rosero vs. Ecuador (2007)* respecto de nuestra Sala Constitucional. Por el contrario, le ha dado respaldo a la aplicación de la reiteración delictiva mediante el voto 53-2008, en el cual se indicó lo siguiente: “Dichos razonamientos resultan enteramente aplicables al numeral 239,

inciso b), del actual Código Procesal Penal, en lo relativo al tema de la reiteración delictiva como causal para decretar la prisión preventiva.

De esta forma, se percibe cómo ni tan siquiera la Sala Constitucional aplica el control de convencionalidad de manera adecuada en protección de los derechos fundamentales de las personas investigadas, lo cual, adicionalmente, fue ratificado por parte de las personas entrevistadas, donde, en su mayoría, indicaron que, en Costa Rica, no existe un verdadero control de convencionalidad.

Con respecto del punto segundo, con la reforma e integración del artículo 239 bis del CPP, se han implementado, en forma taxativa, nuevas causales de prisión preventiva, que contrario a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestra Sala Constitucional la ha avalado sin tan siquiera analizar su naturaleza punitiva e inquisidora.

Nuestra Sala Constitucional mediante el voto 3852-2011 resolvió lo siguiente: “Como segunda exigencia, se valora la presencia de los peligros procesales, sea el de reiteración delictiva, obstaculización de la justicia y de fuga...”

Asimismo, en el mismo voto supracitado “se consideró que los hechos endilgados corresponden a delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, circunstancia que, según el artículo 239 bis del código de rito, permite imponer la prisión preventiva...”

De esta forma, la Sala Constitucional mantiene una posición firme con respecto a que la reiteración delictiva sigue siendo un peligro procesal por analizar para la imposición de la prisión preventiva. Además, en forma displicente, permite que las demás causales de prisión preventiva del artículo 239 bis del CPP se sigan utilizando, pese a que tienen un carácter punitivo y subjetivo, ya que, por el tipo de delito investigado, permite y respalda la imposición de prisión preventiva, siendo contraria a los criterios de la Corte Interamericana, la doctrina mayoritaria y las personas entrevistadas.

Por lo tanto, en forma evidente, la Sala Constitucional se ha resistido a aplicar el control de convencionalidad en este aspecto, el cual, en forma directa, violenta derechos fundamentales de las personas investigadas y también podría ser el generado del hacinamiento carcelario en Costa Rica.

Finalmente, de los votos 1123-2021, 17621-2020, 21087-2019,20485-2020 y 1384-2020, todos de la Sala Constitucional, se puede extraer la misma leyenda de resolución que indica lo siguiente: “*Se declara parcialmente con lugar el recurso, sin ordenar la libertad del amparado...*”. A partir del análisis de estos votos y en conjunto con la opinión y la crítica de las personas entrevistadas durante esta investigación, la Sala Constitucional ha venido a menos en las últimas décadas y se confirma con votos recientes, ya que, en Costa Rica, la Sala Constitucional declara con lugar un habeas corpus sin poner en libertad a la persona investigada.

Debido a que es posible que, en Costa Rica, en el Estado social de Derecho en el cual nos encontramos, se percibe que la Sala Constitucional declara con lugar habeas corpus por distintos motivos, detenciones ilegales, imposición de medidas cautelares sin fundamento, violación al derecho fundamental de libre tránsito en forma expresa y aun así no ordena la puesta en libertad de la persona imputada, con lo cual se generan dos situaciones:

1. La Sala Constitucional no está protegiendo los derechos fundamentales de las personas investigadas. Por el contrario, pese a que tiene por demostrada la violación al derecho fundamental de libre tránsito, ordena una audiencia de reenvío para una nueva fundamentación, con lo cual se podría considerar que se desprotege a las personas imputadas.

2. Se da una violación al derecho de defensa en forma clara, ya que si la Sala Constitucional mantiene esta postura, ya no tiene lógica que los defensores acudan a interponer recursos de habeas corpus debido a que no ponen en libertad a las personas imputadas.

La anterior es una situación experimentada en el país desde hace varias décadas y nuestra Sala Constitucional ha dejado de ser protectora de los derechos fundamentales,

principalmente, cuando se refiere a la libertad personal de las personas investigadas dentro de un proceso penal.

En ese sentido, varios juristas entrevistados coinciden en que acudir a la Sala Constitucional para la protección de la libertad personal se ha convertido en algo inútil que más bien agrava la situación en Costa Rica. Esta situación podría, incluso, en un futuro, ser sujeta a una sanción por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

a. La prisión preventiva es de carácter excepcional y deben valorarse todos los aspectos establecidos en el CPP para que se pueda imponer, en forma adecuada, a las personas investigadas.

b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina mayoritaria han establecido que los únicos peligros procesales que pueden ser tomados en cuenta para la imposición de la prisión preventiva son el peligro de fuga y de obstaculización. Con ello, se elimina el peligro de reiteración delictiva.

c. Los peligros procesales de fuga y obstaculización, acordes con la Corte, deben ser concretos y determinados, pese a que, en Costa Rica, aún estos peligros pueden ser latentes o posibles.

d. La Sala Constitucional no aplica el control de convencionalidad, ya que ha ratificado y mantiene la reiteración delictiva como un peligro procesal para la imposición de prisión preventiva. Asimismo, se mantienen las otras causales del artículo 239 bis del CPP, las cuales son perjudiciales para las personas investigadas, ya que se convierten en limitadores aún más de derechos fundamentales.

e. Aplicando el control de convencionalidad y la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe eliminar la reiteración delictiva como peligro procesal y las otras causales de prisión preventiva del CPP con el fin de estar acordes con los lineamientos del derecho internacional.

f. El principio de proporcionalidad, acorde con la doctrina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una limitación a la imposición de prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar.

g. En la práctica judicial costarricense, el principio de proporcionalidad no es utilizado en todos los procesos, ni tampoco por todos los juzgadores, lo cual perjudica y violenta, en forma sencilla y rápida, los derechos fundamentales de las personas imputadas, ya que se impone prisión preventiva sin valorar el principio.

h. El principio de proporcionalidad es considerado como un protector de los derechos fundamentales, siempre y cuando sea analizado y fundamentado para imponer o no prisión preventiva.

i. El principio de proporcionalidad no se encuentra expresamente regulado en el CPP, sin embargo, encuentra sustento constitucional en el párrafo segundo del artículo 27 y los artículos 37 y 39 de la Constitución Política.

j. Se encontró sustento convencional del principio de proporcionalidad en el tema de la prisión preventiva, tanto en la normativa, como en la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

k. Se determinó que los juzgadores penales no aplican el control de convencionalidad en forma adecuada ni recurrente.

l. Se determinó que el principio de proporcionalidad tiene una gran importancia a nivel de protección de derechos fundamentales, por tanto, es esencial su adecuada aplicación a la hora de imponer prisión preventiva como medida cautelar.

m. El principio de proporcionalidad protege, en forma directa, el derecho fundamental a la libertad y, de manera accesoria, también el derecho a la vida, al trabajo, a la salud, al libre tránsito y al domicilio. Por este motivo, tal y como lo considera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un límite esencial para imponer la prisión preventiva.

n. Un adecuado análisis y valoración del principio de proporcionalidad tendría como solución la problemática planteada, ya que, con ello, se protegería el derecho humano de libertad de las personas imputadas.

Recomendaciones

Dado que existe un vacío legal con respecto a la regulación del principio de proporcionalidad en temas de medidas cautelares de carácter personal en Costa Rica, se recomienda realizar una reforma legal a través de un proyecto ante la Asamblea Legislativa con el fin de incorporar un nuevo artículo al CPP.

Mientras no se realice dicha reforma, se considera que todas personas juzgadas deben interpretar, por control de convencionalidad y aplicación de la Constitución Política, el análisis y la aplicación del principio de proporcionalidad a la hora de imponer una medida cautelar, máxime cuando es de prisión preventiva.

Este proyecto de ley deberá regular, en forma expresa, el principio de proporcionalidad y todos sus derivados con el fin de que puedan ser aplicados e implementados adecuadamente.

Asimismo, se recomienda que, mediante la Escuela Judicial, se impartan cursos con duración máxima de 5 días, en forma presencial y virtual, para que las personas se puedan conectar en cualquier parte del país y también puedan asistir presencialmente, donde se hable respecto del control de convencionalidad para que, de esta forma, se explique y se analice por qué todo juez de la República tiene la capacidad e independencia para aplicar controles de constitucionalidad y convencionalidad. Además, que no solo la Sala Constitucional tiene esta facultad para que las personas juzgadas protejan los derechos fundamentales consagrados en institutos internacionales de todas las personas imputadas en un proceso penal.

CAPÍTULO 6: PROPUESTA

Dada la investigación efectuada y las conclusiones establecidas, la propuesta concreta sería presentar, en la Asamblea Legislativa, un proyecto de ley que adicione, al CPP, el artículo 239 ter, mediante el cual se regule, en forma expresa, el principio de proporcionalidad y sus subprincipios.

Concretamente, se propone que el artículo 239 ter, que se adicionará al CPP, se lea de la siguiente forma:

Artículo 239 ter. - Principio de proporcionalidad

“Una vez analizados los presupuestos establecidos en el artículo 239 anterior, el tribunal deberá, además, valorar y analizar el principio de proporcionalidad y, con ello, establecer la fundamentación jurídica respecto de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad, en sentido estricto, de la medida cautelar por imponer, máxime cuando se trate de prisión preventiva con el fin de proteger los derechos fundamentales de la parte investigada”.

REFERENCIAS

- Aguado Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en materia penal*. Edersa.
- Arnold, R., Martínez y Zúñiga, F. (2012). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*
- Asamblea Nacional Constituyente Francesa (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf
- Arnold, R., Martínez Estay, J. I. y Urbina, Z. (2012). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile.
- Barahona, E. R. (2021). *DERECHO A RECURRIR LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCESO ESPECIAL DE FLAGRANCIA SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS DE LA PERSONA DETENIDA*. Universidad Internacional de las Américas.
- Beccaria, C. (1764). *De los Delitos y las Penas*.
- Carocca Pérez, A., et al. (2000). *Nuevo proceso penal*. Editorial Jurídica Conosur.
- Cordero, U. (2016). Hacinamiento carcelario en Costa Rica: una revisión desde los Derechos Humanos. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/25293/25556/>
- Código Procesal Penal [CPP] (10 de abril de 1996). Ley 7594. Costa Rica.

Constitución Política de la República de Costa Rica (08 de noviembre de 1949). Artículos 22
y 39. Costa Rica.

Código Nacional de Procedimientos Penales (05 de marzo del 2014). México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (05 de febrero de 1917). México

Corte Plena en la sesión extraordinaria (26 de agosto de 1992).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Informe 86/09.

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/uruguay12553.sp.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe 35/07.

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/uruguay12553.sp.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos No.26: Restricción y suspensión de
derechos humanos / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación
Alemana (GIZ). -- San José, C.R.: Corte IDH

Corte Suprema de Justicia (enero, 2016). *Revista Judicial* 118, 1-200.

[https://escuelajudicialpj.poder-](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_118.pdf)

[judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_118.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_118.pdf)

Corte IDH (1 de febrero de 2006). Sentencia de caso López Álvarez vs. Honduras.

Corte IDH (21 de enero de 1994). Sentencia de caso Gangaram Panday vs. Surinam.

Corte IDH (12 de noviembre de 1997). Sentencia de caso Suárez Rosero vs. Ecuador.

Corte IDH (07 de septiembre de 2004). Sentencia de caso Tibi vs. Ecuador.

Corte IDH (24 de junio de 2005). Sentencia de caso Acosta Calderón vs. Ecuador.

Corte IDH (11 de mayo de 2007). Sentencia de caso Chaparro Álvarez y López Iñiguez vs. Ecuador.

Corte IDH (30 de octubre de 2008). Sentencia de caso Bayarri vs. Argentina.

Corte IDH (25 de abril de 2018). Sentencia de caso Amrhein y otros vs. Costa Rica.

Corte IDH (27 de abril de 2012). Sentencia de caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras.

Corte IDH (22 de noviembre de 2005). Sentencia de caso Palamara Iribarne vs. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). López vs. Honduras. Parágrafo 69.

Do Amaral De Pauli, P. (2014). *Derechos de personalidad en las relaciones laborales y daño moral* [Universidad de Burgos]. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r38310.pdf>

Fernández Nieto, J. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común europeo*. Universidad Rey Juan Carlos.

Feoli Villalobos, M. (2008). *Aplicación de la prisión preventiva: entre realidades apócrifas y violaciones evidentes a la dignidad humana*. Universidad Nacional de Costa Rica.

Feragoli, L. (1995). DERECHO Y RAZÓN TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL.

Hassemer, W. (1998). *Crítica al derecho penal de hoy*. Editorial Ad Hoc.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Sexta edición. McGraw Hill Education. <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>

- Hernández Valle, R. (2017). *El régimen jurídico de los derechos fundamentales*.
- Ibarra, E. (2021). *La paradoja del arraigo en la prisión preventiva*. Enfoque Derecho | El Portal de Actualidad Jurídica. <https://www.enfoquederecho.com/2021/02/01/la-paradoja-del-arraigo-en-la-prision-preventiva/>
- Kraft, I. (2007). *El principio de la propiedad relacional en el entendimiento jurídico alemán*.
- Llobet Rodríguez, J. (1997). *La Prisión Preventiva*. Imprenta Mundo Gráfico.
- Llobet Rodríguez, J. (2007). *La prisión preventiva y sus sustitutos en Derecho Procesal Penal Costarricense*.
- Llobet Rodríguez, Javier. (2009). PRISIÓN PREVENTIVA, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PROPORCIONALIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA DE 1981. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*.
- Llobet Rodríguez, J. (2012). *El debido proceso en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*.
- Menaut, P. (2003). *Sistema político y constitucional de Alemania*. Tórculo Ediciones.
- Mena García, S. (s.f.) El derecho a la Salud en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional. <https://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica10/02ENSAYO1.htm#:~:text=La%20definici%C3%B3n%20moderna%20m%C3%A1s%20aceptada,ausencia%20de%20afecciones%20o%20enfermedades%22>.
- Ministerio de Justicia y Paz (2021). *Compendio de Estadísticas del Sistema Penitenciario Costarricense*.
- Ministerio de Justicia y Paz (2017). *Anuario Estadístico*.

Montero, A. V. (10 de agosto de 1998). *LOS PRINCIPIOS DE LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD DENTRO DE PROCESO PENAL*. Universidad de Costa Rica.

Mora, L. E. V. (2020). *ANÁLISIS DE LA OBJECCIÓN EN CONCIENCIA DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO PENAL EN COSTA RICA*. Universidad Internacional de las Américas.

Mora-Sánchez, J. (Ed.). (2019). *Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad*.
<http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/102>

Martínez Villalb, J. C. R. (s.f.) ALCANCES Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. *Revista Chilena de Derecho*.

Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (1977). Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.
<https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/index.php/normativa/normativa-internacional/category/83-administracion-de-justicia?download=1193:reglas-mnimas-para-el-tratamiento-de-los>

Organización de los Estados Americanos (22 noviembre 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Organización de los Estados Americanos (2 mayo 1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

Organización de Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Pérez López, J. (2014). El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva.

Procuraduría General de la República (19 de marzo de 1999). C-056-1999 Normativa. San José, Costa Rica.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=10077&strTipM=T

Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto.

Rodríguez, A. G. B. (s.f.). *¿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*.
Universidad de Costa Rica.

Schlink, B. (2014). *El principio de proporcionalidad*.

Sala Constitucional (05 de marzo del 2013). Resolución N°02992 – 201. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sala Constitucional (23 de agosto del 2005). Sentencia 2005-11238. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 2010-9787. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 2008-7349. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 2011-01224. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 2001-9668. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 2005-03568. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 2013-3804. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 1992-3550. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 1264-91. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 4702-96. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 5503-95. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 5502-95. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 4975-95. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 3815-96. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 2198-95. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 2245-91. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 2274-96. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 6924-96. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 4702-96. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 427-96. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 53-2008. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 3852-2011. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 1123-2021. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 17621-2020. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 21087-2019. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 20485-2020. Corte Suprema de Justicia.

Sala Constitucional (s.f.) Voto número 1384-2020. Corte Suprema de Justicia.

Sánchez Fallas, F. (2009). *La tramitación de los procesales penales*.
https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/tecnicasJudiciales/2_proceso%20penal.pdf

Sánchez, A. L. (1980). *Sistema Polzio de la Constitución Española de 1978*. Edicora Nacional.

Sánchez Moreno, J. (Ed.). (2021). La prisión preventiva oficiosa en México. *Revista digital de Ciencias Penales de Costa Rica*.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/49523/49617/>

Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex.

Tiedemann, K. (1991). *CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL*.

Valle, R. H. (2017). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*.

Zaffaroni, R. E., Alagia, A. y Slokar, A. (2014). *Manual de Derecho Penal*. Editorial Ediar.

Zamora Acevedo, M. (Ed.). (2020). Razones y sinrazones en los peligros procesales para el dictado de la prisión preventiva (Número 1). *Revista Ius Doctrina* 13.
<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina>

Apéndice B. Cuestionario de la entrevista

1. ¿En términos generales, qué opina usted acerca de la forma de imposición de prisión preventiva en Costa Rica?
2. ¿Considera usted que los juzgadores penales analizan todos los presupuestos legales para la imposición de prisión preventiva?
3. ¿Conoce usted cuáles son, si existen, los límites a la hora de imponer prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar?
4. ¿Cree usted que, en la práctica judicial, se utiliza el principio de proporcionalidad a la hora de imponer prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar?
5. ¿Qué pasa con los casos donde usualmente por el tipo de delito se impone la medida cautelar de prisión preventiva casi que de oficio?
6. ¿Considera usted que los fiscales de la República deberían tomar en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de solicitar una medida cautelar, principalmente, la de prisión preventiva?
7. ¿En términos generales, cuáles derechos fundamentales considera que se ven violentados a la hora de imponer prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar?
8. ¿Podría considerarse que el principio de proporcionalidad se convierte en un protector de estos derechos fundamentales?
9. ¿El principio de proporcionalidad se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico?
10. ¿La interpretación, que se les ha dado a los artículos 39 y 40 de nuestra Constitución Política para la aplicación de este principio, es correcta?
11. ¿Considera usted que el principio de proporcionalidad se encuentra respaldado por el control de constitucionalidad?
12. ¿Considera usted que el principio de proporcionalidad se encuentra respaldado por el control de convencionalidad?
13. ¿En la práctica judicial, considera usted que nuestros juzgadores penales aplican alguno de estos dos controles?

14. ¿Cree usted que, si en la práctica judicial, este principio fuese utilizado por los juzgadores penales, éste sería un verdadero límite para la imposición de prisión preventiva?
15. ¿Considera usted que este principio debería integrarse en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Cuál sería la mejor forma para lograrlo?

Apéndice C. Transcripción de la entrevista con Javier Llobet Rodríguez

Cristian: Buenos días don Javier Llobet, pues agradecerle por el tiempo para poder hacer la presente entrevista, el tema de investigación que yo estoy realizando es o se titula como “El principio de proporcionalidad como barrera infranqueable de la prisión preventiva”. La investigación que se está realizando es con respecto a dicho tema y pues es para optar por el grado de máster en derecho penal en la UIA, donde estoy actualmente trabajando en la tesis y pues parte como le comentaba antes de la grabación, la parte metodológica, hay que hacer varias entrevistas a distintos juristas relacionados con el tema, para poder profundizar un poquito sobre la investigación y sobre las propuestas y conclusiones a las cuales se desea arribar en el trabajo. Dado que usted tiene una amplia experiencia como jurista hace ya más de 30 años en el tema, pues me di a la tarea para contactarlo y para poder hacer la presente entrevista. No sé si se puede presentarse para que quede en la grabación y posteriormente iniciamos.

Javier: Yo soy Javier Llobet Rodríguez, profesor en mérito de la Universidad de Costa Rica.

Cristian: Excelente, muchas gracias. Como primera pregunta don Javier, sería en términos generales, que opina usted, ¿sobre la forma de imposición de la prisión preventiva en Costa Rica?

Javier: Bueno, en primer lugar, creo que ha habido muchos problemas si a raíz de las reformas que se han dado. Siempre la prisión preventiva implica un gran juicio valorativo en relación con la existencia de las causales de la prisión preventiva y se ha ampliado las posibilidades de la prisión preventiva con la misma reforma que se dio en el año 2009 contemplando una serie de causales que no son conformes a la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos y uno de los grandes problemas por supuesto es el tema de la fundamentación de la prisión preventiva y de las exigencias con respecto a esta, es claro que se dicta con cierta facilidad la prisión preventiva, en muchos casos para poco tiempo después pues cambiarla por otra medida menos gravosa, lo que pues revela que en realidad la prisión preventiva no era necesaria. Si Costa Rica, mantiene una gran cantidad de presos en prisión

preventiva, el porcentaje es claro de presos en prisión preventiva, disminuyó digamos en comparación con los años 80, siendo pues algo superior al o aproximadamente un 20% de presos sin condena, pero pues manteniéndose un porcentaje muy elevado de presos sin condena por cien mil habitantes. En el 2001 eran por ejemplo 59 presos por cada cien mil habitantes en prisión preventiva, en el 2002 eran 46 presos por cada cien mil habitantes en prisión preventiva, todo eso revela un aspecto que es el que yo he señalado en diversas ocasiones, lo que ha ocurrido es un gran aumento de los presos por cien mil habitantes, en general, en nuestro país, lo que ha maquillado los porcentajes de presos en prisión preventiva. En 2012 teníamos 198 presos por cada cien mil habitantes, mientras que en el 2018 se llegó a 395 presos por cada cien mil habitantes, en 2021 había bajado a 391 presos por cada cien mil habitantes, pero se puede ver cómo ha aumentado mucho la cantidad de habitantes de presos por cien mil habitantes y eso como le decía a maquillado los porcentajes de presos en prisión preventiva que digamos en el 2002 era de 24% de presos en prisión preventiva, pero 46 presos por cada cien mil habitantes en prisión preventiva, mientras que en el 2021 era 19,9% pero 391 presos por cada cien mil habitantes en prisión preventiva. En asuntos mediáticos hay una gran presión para el dictado de la prisión preventiva en donde si no se dicta la prisión preventiva, salen grandes titulares en la prensa y en donde la inspección judicial esta al día siguiente de la resolución visitando el juzgado. No conozco ningún caso donde se haya ordenado la prisión preventiva y haya sido visitado por parte de la inspección judicial. La inspección judicial por supuesto, en muy pocas ocasiones creo ha llegado a imponer alguna sanción disciplinaria, pero el simple hecho de la presión y en algunos casos en que se abrieron procedimientos disciplinarios, claro que atenta en contra de la independencia judicial e implica una gran presión para los jueces para el dictado de la prisión preventiva.

No se realiza un control de convencionalidad de la prisión preventiva, es claro que hay una serie de causales digamos contrarias a la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos empezando por el peligro concreto de reiteración delictiva, que está en el 239 b, y que estaba desde el inicio de la aprobación del código, pero después incluso se amplió considerablemente a través de todas las causales del 239 b del código procesal penal que todas estas causales son en contra de la jurisprudencia más que reiterada de la Corte

interamericana de derechos humanos desde el caso Suárez Rosero, si en que solamente ese han admitido como causales de la prisión preventiva, el peligro concreto de fuga y el peligro concreto de obstaculización, pero en costa rica existen toda una serie de supuestos adicionales que permiten casi que de manera automática, sin analizar las circunstancias del caso el dictado de la prisión preventiva, desgraciadamente lo que ha ocurrido también en toda esta temática, ha sido una retirada de la Sala Constitucional desde mediados de los años 90, si la sala Constitucional tuvo un protagonismo muy grande en relación con el control del dictado de la prisión preventiva, a partir de 1989 que teníamos incluso supuestos en ese momento de presunciones de fuga y después cuando se reformo las reglas de la prisión preventiva y estableciendo así solamente el peligro concreto de fuga y de obstaculización o de reiteración delictiva, aproximadamente en 1993 la Sala todavía algún tiempo continuo con un control escrito de la fundamentación de la prisiones preventivas, de modo que existiera una educación. Ahora, la Sala Constitucional desde mediados de los años 90, cada vez más se fue retirando del control el realizado a través del recurso de hábeas Corpus prácticamente no se declaran a recursos de hábeas corpus lo que puede parecer paradójico cuando se declara con lugar algún recurso de hábeas corpus es sin poner en libertad al imputado el claro que no se ha realizado un control de convencionalidad con respecto a las causales de prisión preventiva o algún caso también en que hasta se llegó a abrir el proceso o algún proceso penal si algún juez que realizaba control de convencionalidad y pues atribuyéndole algún hecho delictivo digamos en relación con eso pero pues al final de cuentas de acuerdo con los conocimientos que tengo pues no se llegó a comprobar absolutamente nada no simplemente que dicta menos prisión una preventivas que otro juez.

Cristian: ¿Usted considera que los juzgadores penales, realmente analizan todos estos presupuestos legales a la hora de imponer medidas cautelares o específicamente prisión preventiva?

Javier: Sí bueno ahí toda una serie de requisitos verdad materiales para el dictado de la de la prisión preventiva sí y 1 de los aspectos fundamentales es que debe fundamentarse el dictado de la prisión preventiva sí y es fundamentarse con respecto a los diversos requisitos materiales de la prisión preventiva primero si la probabilidad de la responsabilidad penal del

imputado debe ser el fundamentadas en segundo lugar si las causales de la existencia de alguna causal de prisión preventiva claro se plantean problemas por supuesto con respecto a esas causales de 239 bis 239 exigencia el peligro concreto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha exigido la fundamentación de estos yo lo que he visto si, en algunas resoluciones es que de una manera muy general y con frases bastante vagas que a veces haciendo referencia velada hacia la alarma social se llegan a dictar en algunos asuntos mediáticos la prisión preventiva sí y por otro lado si el tema de la de la proporcionalidad también de modo que la prisión preventiva no debería declararse bueno en cuanto pues hay algunas medidas menos gravosas que adecuadamente pueda compensar el peligro existente y pero además también tomando en cuenta que en asuntos digamos de menos importancia no se puede nunca dictar la prisión preventiva yo con lo que me parece muchas veces con respecto a las medidas sustitutivas de la prisión preventiva es que en ocasiones se llegan a dictar en algunas resoluciones se llega a dictar esta medida cuando se parte de que no hay una probabilidad de la responsabilidad penal del imputado cuando en realidad y todas estas medidas sustitutivas requieren también el cumplimiento de los requisitos materiales de la prisión preventiva nada más que pueda ser compensado el peligro respectivo a través de una medida menos gravosa.

Cristian: ¿Bueno y también si usted considera si existen, cuales serían algunos límites que existen actualmente a la hora de imponer prisión preventiva?

Javier: Bueno en los límites este hay que controlar veíamos así al principio pero los requisitos materiales del dictado de la prisión preventiva los requisitos materiales tradicionalmente se admite la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado y la existencia de una causal de prisión preventiva claro lo que sucede es la problemática de esas causales que tenemos nosotros en relación con la prisión pero yo creo que también incluso las causales del 239 bis deberían tratar de interpretarse así en relación con la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un sentido es restrictivo sí porque a veces incluso con respecto a las medidas sustitutivas no puede pensar bueno qué medidas sustitutivas o qué es lo que persigue a algunas de estas medidas verdad en relación por ejemplo con respecto a los casos de delincuencia organizada o la causal relacionado con esta bueno tiene que

relacionarse con los requisitos materiales para el dictado de la prisión preventiva y por supuesto que el principio de proporcionalidad si no debería dictarse prisión preventiva cuando no pueda razonablemente esperarse bueno que se vaya a dictar una sentencia condenatoria y una sentencia condenatoria privativa de libertad si por ejemplo que se vaya a suspender condicionalmente la pena eso es importante que muchas veces no se toma en cuenta o incluso cuando realmente se pueda aplicar alguna medida alternativa y siempre es muy importante en relación con ese tema que usted trata en su tesis sobre el principio de proporcionalidad aquí muchas veces se ha entendido desde el código de 1973 sí y también son las enseñanzas que venían de no solo de Alfredo Valdez Mariconde sino también de de Julio Mayer y creo en la sala constitucional bueno y también puede haber algunas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que la prisión preventiva no debe durar más que el tiempo efectivo de privación de libertad que se llegara a dictar en el caso de una sentencia condenatoria tiempo efectivo bueno eso implicaba por supuesto que no se podía no se debería ordenar cuando no se contempla la pena privativa de libertad bueno lo que está en el código por supuesto que es un límite muy pequeño.

Por otro lado que no se puede ordenar cuando se parta de la posibilidad de que se disponga la suspensión condicional de la pena sí pero también y el aspecto también adicional, hay que ir mucho más lejos de ese criterio que se recoge dentro del código procesal penal que con base les decía en las enseñanzas bueno el Alfredo Vélez Maricone de Julio Mayer en que se decía así que no duran más el tiempo eventual de privación efectiva de libertad en realidad debe durar mucho menos que el tiempo de privación efectiva de libertad en el caso de que se llegara a dictar una sentencia condenatoria.

El límite digamos no puede ser partir de esa digamos esa no superación del tiempo máximo que podría o el tiempo que se le podría imponer de una pena privativa de libertad sino si queremos diferenciar también entre la entre las penas privativas de libertad si la prisión preventiva es que la prisión preventiva siempre tiene que ser una medida mucho menos gravosa y desde ese punto de vista durar y tener una mucho menor duración sí y se discute a veces cuál límite digamos con respecto a eso sí la Comisión Interamericana de derechos humanos y en un caso con respecto a Argentina creo que el año 2009 se señalaba un límite

de 2/3 de la pena mínima, 2/3 de la pena mínima para el delito posiblemente habría que ver si debería ser todavía una pena menor aquí lo que partimos es parte del problema es de un juicio valorativo un una prognosis bueno cuánto es lo que se le puede imponer entonces hay una pena mínima una pena máxima y usualmente la pena máxima es muy elevada si la Comisión Interamericana partida la pena mínima y 2/3 sin embargo eso también ha sido objeto de discusiones y si ese límite de 2 tercios es suficiente o aún debería ser menor si por ejemplo la

Cristian: Si y con respecto a ese principio de proporcionalidad, usted cree que, en la práctica judicial, los juzgadores realmente la están utilizando a la hora de imponer la prisión preventiva o cualquier otra medida sustitutiva.

Javier: Si bueno, el principio de proporcionalidad tiene diferentes aspectos, por un lado, la búsqueda, el aspecto de la excepcionalidad o necesidad que es la prioridad de la medidas menos gravosas y por otro lado si hay que ver si las implicaciones que tiene el dictado de la prisión preventiva para el privado de libertad, yo creo que muchas veces se dictan prisiones preventivas de una manera muy fácil para condenar a alguien se requiere todo un proceso, toda una recepción de pruebas, garantía del derecho de defensa, incluso, mientras que la prisión preventiva es muy fácil, muchas veces se dicta con mucha ligereza, después de una audiencia sumaria sin mayor prueba con poco derecho de defensa y con base en aspectos valorativos y digamos de difícil precisión con el peligro concreto de fuga el peligro concreto de obstaculización entonces todo digamos los jueces a veces se puede el gran peligro es que se produzca así una vez un día de prisión para cualquier persona una semana algunos días es algo terrible por las mismas condiciones en que se vive bajo la privación de libertad si en no hay solo la privación de libertad sino también incluso el riesgo digamos por problemas a la salud por los problemas de hacinamiento carcelario también el riesgo a la vida y a la integridad corporal por la violencia carcelaria que desgraciadamente pues nuestros nuestras autoridades penitenciarias no pueden mantener el control y ahí es claro una gran violencia carcelaria y también en muchos casos sometidos también a delitos en contra de la libertad sexual en toda una serie de problemas que implica además por supuesto el carácter estigmatizante, el problema con él y entonces a veces puede ser que se dicte sin tomar en

cuenta todas las implicaciones que tiene para el sujeto y de ahí parte del problema y hay una serie de estudios que en algún momento se habían hecho por el sistema penitenciario en relación con la prisión preventiva y en donde en ocasiones se mencionaba como una buena parte de las prisiones preventivas al final de cuentas son levantadas después de un mes o dos meses de haberse dictado sí y en realidad eso no deja de ser problemático y podría afirmarse que sí tenía sentido el dictado de la prisión.

Lo vemos también algunos de los asuntos mediáticos que hoy día tenemos en la prensa en donde se dictó la prisión preventiva había una gran presión para el dictado de la prisión preventiva y bueno y no quiero entrar mucho en los detalles de la fundamentación de la prisión preventiva en algunos de los casos que creo que fue también no muy adecuada y pero después resulta que se termina liberando a los imputados si es que lo que sucede muchas veces es que si hay una gran diferencia para el dictado pero después se le cambia la medida por otra medida menos gravosa cuando lo ha hecho pasar uno, dos meses en prisión preventiva o 3 meses o a veces más lo que revela que posiblemente no era necesaria la el dictado de la prisión preventiva y se sometió de manera innecesaria al imputado a este tipo de medidas y lo hemos visto también en los diversos grandes procesos que han existido aquí en mega procesos casi todos estos mega procesos en ocasiones se ha dictado la prisión preventiva de los casos mismos de los expresidentes se dictaba la prisión preventiva y meses después o tiempo después se ha cambiado por una por otro tipo de medidas que menos gravosas y la prisión preventiva no puede ser una pena anticipada sin embargo en ocasiones se ve como una prueba una pena anticipada y lo vemos en muchas veces en las redes o en las redes sociales o en o en la prensa en donde se habla de impunidad porque no se dictó la prisión preventiva es un determinado asunto si ese es 1 de los grandes problemas digamos que existen en nuestro país con respecto hacia a toda esta temática.

Cristian: y específicamente, bueno, relacionado con este tema, que pasa, por ejemplo, ¿con los casos donde usualmente por el tipo de delito se impone una medida cautelar de prisión preventiva casi que de oficio?

Javier: Si es que es parte de lo que él le señalaba sí ahí hay un problema con respecto a las causales de prisión preventiva nosotros tuvimos en un pasado y está en la regulación de otros países centroamericanos en la prohibición de excarcelación sí de en relación con determinados delitos y en una lista que se establece digamos por ejemplo el caso hondureño pero no solo en Honduras sino también en otros países de Centroamérica si eso aunque se refiere si usted lee la regulación se habla la prohibición de que sea sustituida por otra medida menos gravosa una medida sustitutiva la norma incluso no ordena que se que se disponga la prisión preventiva bueno tendría que ver entre otras cosas si si se dan los presupuestos de la prisión preventiva pero es tomado casi en en esos países como que en ese tipo de delitos así de manera automática se debe dictar la prisión preventiva o alguna jueza en 1 de estos países y en que aplicó un control de convencionalidad porque la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha considerado que los delitos no excarcelables que han sido muy tradicionales en en Latinoamérica bueno aquí lo tuvimos con respecto a los delitos relacionados con el tráfico de drogas y fue declarado en su momento inconstitucional y que logres vencer la Corte Interamericana ha señalado que esta prohibición eso esas regulaciones son contrarias a la convención americana de Derechos Humanos nosotros tenemos si en nuestro código si los supuestos del 239 bis entre esos el tema del supuesto digamos por ejemplo el relacionado con la delincuencia organizada eso no quiere decir que una serie de casos y que lo que pasa es que tiene que fundamentarse en el caso concreto sí muchos casos de delincuencia organizada se justifica si el dictado de la de la prisión preventiva de lo que no se puede establecer es de manera automática que porque a alguien se le atribuye un delito y se afirme sí que qué forma parte de la delincuencia organizada una causal también o un concepto muy amplio sí de acuerdo con la definición dada en la ley y en la convención es un término muy de una gran amplitud sí en la forma en que está concebido si se presta así a una prisión casi automática en relación con esto cuando se atribuye un delito de este tipo y yo le mencionaba así como en muchos de estos casos y que debe analizarse y los requisitos de la prisión preventiva pero hay una gran presión en relación con eso sí cuando muchas veces los jueces y también a través de la presión mediática y la presión también que se puede hacer y en relación con los casos en que no se llegue a dictar por ejemplo a través del de la expresión que puede implicar la intervención de la función judicial, pues llega no evitar la prisión de por supuesto no quiere decir que no pueda haber casos también de corrupción y de

infiltraciones del crimen organizado muchas veces dentro del del Poder Judicial pero no pero ese es otro aspecto diferente y que debe ser investigado cuando hay elementos en relación con esto.

Cristian: y don Llobet, usted consideraría que vamos a ver, los Fiscales de la República, ¿deberían de tomar en cuenta este principio de proporcionalidad a la hora de solicitar una medida cautelar principalmente cuando piden prisión preventiva?

Javier: Es claro que es una obligación, el considerar el principio de proporcionalidad, son dos principios presunción de inocencia y proporcionalidad son dos principios diversos ambos limitadores del dictado de la prisión preventiva lo que sucede es que a veces el principio de proporcionalidad es utilizado en un sentido inverso más bien como una exigencia del dictado de la prisión preventiva así así se ve muchas veces en relación con las argumentaciones que hace el Ministerio público si el el sentido del principio de proporcionalidad en en sus orígenes ilustrados tanto en relación con la con la pena si en Montesquieu o en Beccaria como en relación con el con el derecho policial administrativo si en el razón con la ordenanza procesal de Prusia a finales del siglo 18 el sentido era limitador de las injerencias estatales y no más bien en el sentido que se utiliza usualmente invirtiendo el sentido de proporcionalidad más bien exigiendo por un lado penas es mayores sí y Por otro lado también el dictado de la prisión preventiva y frente a determinados hechos de gravedad eso es digamos eso en su momento así fue denunciado por Hassemer como parte de lo que él criticaba como el derecho penal moderno esta inversión que se ha hecho dentro de éste de los principios que establecían garantías invirtiéndolos y utilizándolos en un sentido inverso con todo el principio de proporcionalidad y en relación con eso que usted indica las críticas que se han hecho muchas veces están relacionadas con el juicio valorativo sí que implica este principio de proporcionalidad si es digamos el gran grado valorativo relacionado con ese y algunos les mencionaba con respecto a la seguridad jurídica porque el principio de proporcionalidad es un principio y que llama algunos de Justicia material o estado de derecho material o sustancial si en donde por ejemplo se cumplen los otros requisitos para el dictado de una determinada injerencia es un derecho fundamental pero en el caso concreto analizando el caso concreto el el dictar o el realizar esa injerencia sería revelar una injusticia sí más allá del margen

entonces de lo que le podemos exigir como que toleren los administradores ese es el sentido por supuesto que 1 de los problemas es con respecto al principio de proporcionalidad es que el principio de proporcionalidad no implica equivalencia sino más bien el principio de proporcionalidad opera como un correctivo de carácter material cuando es más bien evidente la desproporcionalidad si ese es lo que se toma en cuenta digamos con respecto a eso sí una evidente desproporcionalidad y con respecto a ese ha sido así el criterio del que se ha partido en general dentro de la doctrina alemana y digamos con respecto a la delimitación del principio de proporcionalidad como revelador si de una injusticia podríamos decir evidente y más allá de lo tolerable si por supuesto todo implica grandes dificultades en la valoración en el caso en concreto sí y era como les decía las críticas que hacían algunos en su momento por ejemplo Smith y que también en algún texto costarricense se había hecho al principio de proporcionalidad es también si esa podríamos decir inseguridad sí que implica el juicio valorativo pero que al final de cuentas a lo que lleva ese a una valoración podríamos decir de una injusticia evidente si en el dictado de o de esta medida por supuesto que parte de lo que ocurre si en la práctica si no podemos dejar de considerar el Ministerio público debe tener un carácter objetivo se dice pero no podemos dejar de considerar que a pesar de ese carácter objetivo por más que quieran hacer objetivos usualmente tienden a digamos desde el punto de vista mismo psicológico su identificación con la pretensión punitiva y con las víctimas los los los lleva usualmente a él a sostener posiciones digamos mucho más podríamos decir perjudiciales para el imputado por supuesto que las que sostienen la defensa es parte de la controversia que existe acá y por supuesto que el Ministerio público pide es parte de lo que usted señala el Ministerio público puede pedir pero tiene que haber un control frente a las peticiones del Ministerio público y una confrontación con las posiciones de la defensa por supuesto el Ministerio público no puede ser arbitrario eso también hay que considerarlo pero posiblemente en el análisis de ese criterio valorativo va a ser más amplios y en contra del imputado que lo que voy a ver el la defensa y por supuesto el equilibrio que puede implicar el tribunal en la resolución conforme al carácter dialéctico digamos que debe tener un proceso penal sí como le decía no puede ser arbitrario pero es muy común sí es muy normal también por la posición que está lo que no se puede partir muchas veces es de que sea automático que el Ministerio público pida y se le conceda ese es 1 de los problemas que existen y a veces decía Alberto bovino criticaba en algún momento la consideración del

Ministerio público que se le da a muchas veces decir las peticiones del Ministerio público provienen de un sujeto objetivo e imparcial entonces que las de la defensa de un sujeto parcial o parcializado y entonces se tiende a veces sí o como decía algún autor y no necesariamente un sentido crítico sí que el Ministerio público en una especie de cuasi juez y claro cuando cuando los jueces parte por ejemplo de que una petición viene de un sujeto imparcial y la otra un sujeto parcial se puede crear una serie de distorsiones como lo mencionaba Alberto Bovino sí en que se le dé más peso a las peticiones de la Fiscalía que a las digamos a la réplica que puede hacer a esas peticiones de parte de la defensa.

Cristian: ¿Si y don Javier, usted en términos que derechos fundamentales considera que se pueden ver violentados a la hora de que se impone la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar?

Javier: ¿Qué derechos fundamentales? El derecho fundamental es a la libertad personal por supuesto es lo que se afecta y a través de la de la prisión preventiva también las medidas sustitutivas afectan pues la misma libertad o digamos también en cuanto que siempre está también la amenaza de que se convierta en prisión preventiva puede ser también otros derechos digamos en relación con la con con el con con la caución monetaria y en relación con el derecho digamos del propio pero fundamentalmente es la injerencia la injerencia a la libertad de Dios la libertad personal por supuesto que en forma indirecta cuando el estado no garantiza la seguridad de los privados de libertad dentro de la prisión pueden llegarse a violentar muchos otros derechos y claro cuando se afecta la libertad también se afecta a muchos aspectos bueno no se puede trabajar a final de cuentas se afecta las relaciones familiares si hay toda una serie de aspectos que ligados digamos a esto porque la libertad personal es un un derecho digamos que es condición para el ejercicio de muchos otros derechos.

Cristian: Ok y este, relacionado con los derechos fundamentales, podría considerarse que ese principio de proporcionalidad se convierte en un protector de esos derechos fundamentales?

Javier: El principio de proporcionalidad, hay que decir como decía en cuanto a sus orígenes por un lado a veces se señalan las diferencias dentro de la doctrina ilustrada penal, como las cartas persas de Montesquieu o por ejemplo las referencias mismas de Vicaria o en su distinción sienta entre necia idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto en el Derecho Administrativo policial hoy día se admite si en general por la doctrina constitucionalista que el principio de proporcionalidad es un principio que debe respetarse en todas las injerencias en los derechos fundamentales y usualmente se parte que en general sí hay aspectos sí que son intangibles sí pero se parte de que con respecto al derecho fundamentales hay un núcleo intangible del derecho fundamental e incluso en las mismas privación de libertad digamos todavía hay un ámbito de libertad dentro de la prisión y Por otro lado es el límite intangible las discusiones cuando se traspasa ese límite tangible Por otro lado se exige también la base legal para la injerencia el derecho fundamental y en tercer lugar el respeto al principio de proporcionalidad desde el punto de vista si el principio de proporcionalidad se ha considerado como un principio del derecho constitucional y un principio de que forma parte de la teoría de los derechos fundamentales aquí en Costa Rica si al final de cuentas la sala constitucional lo ha considerado como un principio de carácter constitucional si en sus distinciones el gran desarrollo en su momento fue por parte del tribunal federal constitucional alemán sí y usualmente se considera una derivación sí del principio de Estado de derecho. Le decía usualmente incluso se habla del Estado de derecho substancial más allá del Estado de derecho formal digamos como una garantía adicional no menor sino adicional al estado de derecho formal sí y también como una derivación del principio de dignidad de la persona humana que al final de cuentas este principio es el que está presente en los diversos derechos fundamentales

Cristian: ¿Y este principio de proporcionalidad del que ya hemos hablado bastante, considera usted que se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico?

Javier: Sí pero no está en la Constitución digamos aunque la sala constitucional lo ha derivado, en el código procesal contencioso administrativo código sí sí está contemplado y precisamente ahora no me acuerdo cómo es que se llama la ley si código procesal contencioso administrativo la ley de la jurisdicción contencioso administrativa está regulado

expresamente a veces los especialistas en ellos dicen que eso que es un principio que proviene del derecho penal eso es parte de las discusiones que existe es claro que antes se reguló el principio de proporcionalidad y lo encontramos dentro del código procesal penal expresamente contemplado en varios artículos y alguno todavía les decía con alguna de las expresiones yo diría que que insuficiente pero que se encuentra regulado dentro del código procesal penal si no solo en las medidas cautelares sino en algunos de los artículos iniciales del código que procesal penal ahora no sé si es el 9 o el 10 en que están contemplado y les decía que en ocasiones se considera que que proviene del derecho es parte de las discusiones que sean sostenidas en su desarrollo actual y en su división usualmente la doctrina alemana considera que proviene del derecho policial administrativos y a través de las digamos de las injerencias realizadas por parte de la prueba en ese código prusiano de finales del siglo 18 lo encontramos en la en el en el en el código de policía en relación con las actuaciones la actuación proporcional de la policía usualmente lo encontramos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos como el del softlaw como los principios relativos a la actuación de las de las autoridades algo así es como se llama la principios aprobados por la ONU o también con respecto a los principios con relacionados con el uso de armas de fuego de la ONU una expresa que se contempla en estos y el respeto al principio de proporcionar lo que está muy asociado así a esa relación con el derecho les decía policial muchos de los aspectos del principio de proporcionalidad están relacionados con el uso de la fuerza por parte de la policía el uso de la fuerza para detener y también el uso y con respecto a la regulación de la utilización de las armas de fuego y en forma digamos extraña dentro de nuestro creo que nuestro código de policía si no se regula ese tema del uso de las armas de fuego que usualmente se contempla en las legislaciones policiales si se menciona el principio de proporcionalidad, la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad pero bueno existen esas reglas del abono aquí la sala constitucional ha dicho también que estos instrumentos del softlaw como esos dos que he mencionado yo forman parte del derecho aplicable en Costa Rica con un carácter incluso supra constitucional si hay resoluciones de la de la Corte Interamericana sí en que se han referido por ejemplo también a ese tema del uso de las armas de fuego y por parte de de la policía bueno y también la corte interamericana de derechos humanos ha reconocido sí que debe considerarse en relación con la prisión preventiva el principio de proporcionalidad.

Cristian: Don Javier, existe una interpretación que se la ha dado a varios artículos de la Constitución Política, para la aplicación del principio de proporcionalidad, específicamente el 39 y 40, 37, ¿usted considera que esta aplicación o esta interpretación para aplicar este principio es correcta?

Javier: Digamos el principio de proporcionalidad no está regulado en la Constitución Política, usualmente sea considerado como un principio que debe respetarse en unas diferentes injerencias en los derechos fundamentales en la Constitución Política regula si el principio de dignidad de la persona humana al regular el principio de igualdad sí que usualmente se relaciona ahí está el principio de dignidad de la persona humana con respecto al principio de Estado de derecho si no está contemplado a diferencia de otras constituciones expresamente si el principio de Estado de derecho pero podríamos y ser tratado en ocasiones deducirlo del artículo 1 de la Constitución Política sí aunque habla de Estado republicano solamente se ha entendido muchas veces a identificar por parte de un estado republicano cuesta esto que muchas veces estaba republicana se contraponen a monarquía pero se trata de deducir de ese artículo la doctrina alemana de lo que lo deduce es propiamente de los principios de dignidad de la persona humana del principio de Estado de derecho si el 37 referirse a la privación de libertad usualmente en diversas injerencias en derechos fundamentales se requiere un determinado grado de sospecha si indicios comprobados de culpabilidad por ejemplo el 37 todas esas normas que exigen un determinado grado de sospecha e incluso las relativas a la a la prisión preventiva son consecuencia del principio de proporcionalidad.

Cristian: Excelente. ¿Y usted considera que el principio de proporcionalidad encuentra un respaldo o se encuentra respaldado tanto por el control de constitucionalidad como por el control de convencionalidad?

Javier: Debería estar respaldados sí debería encontrarse pero muchas veces no ocurre así y se discutió así con respecto a las penas la proporcionalidad de las penas en algún caso menor si se declaró esa desproporcionalidad pero en otros casos si por ejemplo el de la pena de

máxima de 50 años de prisión o de los 15 años de internamiento en un centro especializado se declararon sin lugar estas acciones de inconstitucionalidad sí en que se reclamaba la desproporcionalidad usualmente pues se ha atendido sí en algunos casos y menores pero asuntos de más relevancia pues no.

Solo tenemos unos minutos porque yo tengo que irme a una reunión tengo que salir ahora a las 9:30 tengo una reunión tengo que salir de mi casa a la reunión sí.

Cristian: Sí, ya más bien vamos a terminar. Así rápidamente, usted considera que estos controles de convencionalidad o constitucionalidad son aplicados por nuestros juzgadores.

Javier: El control de convencionalidad en realidad no se ha aplicado en Costa Rica yo creo hay algunas resoluciones que han citado así el control de convencionalidad que a veces verdad la jurisprudencia de la Corte Interamericana tuvo influencia sí en relación con con el tema de la imparcialidad si la ampliación de diversos supuestos de quebranto a la imparcialidad de los jueces y en materia el penal sí por ejemplo la participación activa digamos ahí la jurisprudencia de la Corte Interamericana creo que desempeñó un papel si pero en otros temas sí bueno el problema parte del problema que existe es que si hay un control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad según la corte según la sala constitucional sí es lo que lo que llevaría así a los jueces a no precisar esto hace que eso no implica que no deba realizar una un control digamos en la interpretación de la de la ley si la sala constitucional por ejemplo no ha aplicado ese control de convencionalidad a 1 de los casos más evidentes en que debería haberlo aplicado que es el tema de las causales de prisión preventiva y que están hay muchísima jurisprudencia incluso del caso Hambret en contra de Costa Rica y hizo referencia hacia las causales de prisión preventiva admisibles no sí a ese control de convencionalidad algunas resoluciones en que lo ha mencionado pero creo que muy poco se ha llevado a cabo ese control de convencionalidad, igual por los diversos tribunales de nuestro país y de lo mismo se puede decir con respecto al control de constitucionalidad en donde también ya ha habido apreciando una misma retirada de la sala constitucional digamos sacaron muchas leyes inconstitucionales en sus inicios pero ahora es mucho más difícil que pueda prosperar una acción de inconstitucionalidad ante la sala

constitucional si yo creo que también en materia de recursos y de la revisión integral del fallo no se ha llevado a cabo con la amplitud con que debió haberse llevado sí incluso a veces se ha interpretado por ejemplo por la sala tercera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que lleva también a la exigencia bueno y la convención americana de Derechos Humanos lleva también a la exigencia de de que se garantice el derecho del Ministerio Público de recurrir la sentencia si eso en relación con absolutoria dictada por el Tribunal de apelación sí en que pueda haber realizado una revaloración de la prueba en realidad se admite por la sala constitucional sí que aunque no sería ahí no sería contra la convención que se regulará el derecho del Ministerio público de recurrir que no es la exigencia la convención americana de Derechos Humanos incluso la la convención americana expresamente dice que con los derechos digamos esto se refiere a las personas y dice por persona sentir la persona física Ministerio Público no es una persona física pero ha sido utilizada sí esa esa norma si para en casos en que es evidente sí que existió una un error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Juicio de casación a favor del reo ha dictado un absolutoria y lo ha considerado la sala tercera que eso iría en contra de la convención americana derechos humanos el derecho de recurrir del Ministerio público lo que creo que que no es correcto.

Cristian: ¿y si puntualmente cree usted que si en la práctica judicial este principio fuese realmente utilizado por los juzgadores penales sí sería un verdadero límite para la imposición de la prisión preventiva?

Javier: Sí claro que debería operar con como un mayor límite por supuesto que yo no voy a negar si como pues bien a parte lo tienen la necesidad del dictado de la prisión preventiva en determinados el caso sí pero debe tener un carácter excepcional y también con todo el tema de la duración de la prisión preventiva si es claro que nuestra normas permiten nuestra ley permite también una duración excesivo de la prisión preventiva a través de múltiples ampliaciones de la duración de de estas y de operar y como para hacer pues restrictivos.

Cristian: ¿y como última pregunta ya donde llover para ir finalizando considera usted que este principio debería integrarse de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico y sí si cuál sería la mejor forma para lograrlo?

Javier: está regulada en forma expresa en diferentes normas del ordenamiento jurídico sí está regulada en el código procesal penal, la ley de policía en en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa en esto se está regulado expresamente si no está regulado expresamente en la Constitución pero en muchas constituciones no está tampoco regulado en Alemania o sea considerado derivación de principios constitucionales y la sala constitucional lo ha admitido lo que puede discutirse es si por ejemplo en el tema de la de de la duración de la prisión preventiva los plazos de duración también son expresión de la del principio de proporcionalidad si deberían limitarse más esos plazos o también sí debería establecerse una regla más estricta en cuanto a que la prisión preventiva no puedan o no se trate de que no dure más que la privación efectiva de de libertad sino que se establezca una duración mucho menor digamos en relación con esta bueno al menos como mínimo como lo contempla la Comisión Interamericana pero podría ser incluso mayor.

Cristian: Ok excelente, más bien muchísimas gracias este don Javier allá con esto concluimos la la entrevista ya que está ya más bien corto de tiempo éste le agradezco muchísimo el tiempo indicarle que nada más que la entrevista fue grabada que yo voy a transcribirla y se la voy a enviar para que usted la vea por encima por si quisiera agregarle o quitarle algo y me lo haga saber y pues nada más bien gracias y todas sus apreciaciones son de gran utilidad para la investigación y van a ser así plasmadas en la parte metodológica entonces ahí cualquier cosita estamos hablando y muchísimas gracias por su tiempo y su colaboración.

Javier: Ok, bueno hasta luego entonces.

Apéndice D. Transcripción de la entrevista con Francisco Dall'anese Ruíz

Cristian Salas: Buenos días don Francisco, nuevamente agradecerle por el tiempo y el espacio para poder hacer la presente entrevista. Para comentarle un poquito, pues obviamente estamos haciendo una investigación para obtener el grado de máster en derecho penal en la Universidad, bueno en la UIA, como parte de la parte metodológica nos dimos a la tarea de buscar a distintos juristas que han hablado un poco sobre el tema o que han tenido mucha experiencia tanto a nivel de fiscalía como de juzgados para pues establecer si el principio de proporcionalidad podría ser considerado como una barrera infranqueable de la prisión preventiva o para la imposición de la prisión preventiva. Entonces en vista que usted ha tenido una amplia experiencia fue discal general de la república, durante aproximadamente 7 años si no me equivoco, también estuvo en la fiscalía o el Ministerio público casi 20 años o un poco más de 20 años y pues a raíz de su experiencia es que lo contactamos para que usted nos pudiera atender y para poderlo entrevista y conocer su criterio tanto en la práctica que vivió en los Tribunales de Justicia como pues ahora a nivel independiente y profesional que ejercer todavía la profesión. Entonces para iniciar la primera pregunta de la entrevista es: ¿si en términos generales, que opina usted sobre la forma de imposición de prisión preventiva que se da en Costa Rica?

Francisco: Mire el, la prisión preventiva si hacemos un poco de historia antes de 1989, era administrada de acuerdo a la ley, el código de procedimientos penales vigente a la fecha era, no respondía a un criterio de proporcionalidad, porque inmediatamente de que se dispusiera el auto de procesamiento tenía que disponerse la prisión preventiva del acusado, eso en delitos menores quedaba muy a criterio del juez de instrucción si sustituía de una vez la prisión preventiva por una garantía, en otros delitos de mayor castigo o sancionado con penas mucho mayores que los delitos de citación directa que se llamaban en aquel momento que eran los de 3 años para abajo, en delitos de penas superiores a 3 años se aplicaba automáticamente la prisión preventiva y esto requería entonces la inmediata actuación del defensor para pedir una excarcelación que regularmente se otorgaba. Se depositaba una suma o incluso se hacía mediante una garantía real con un bien en garantía o también por la simple palabra del acusado, pero si había muchísimos presos sin condena, esto motivo en su época

un estudio que hicieron don Elías Carranza y don Mario Houed, el libro se llamaba el preso sin condena, donde señalaba la desproporción de presos que estaban privados de su libertad, valga la deontología, pero no había ninguna razón para que estuvieran en prisión, con el código, una vez que entró la Sala Constitucional, bueno el código procesal de 1986, recogió los criterios de la Sala Constitucional a partir de 1989, la Sala ya obligó a proporcionar la medida como reacción estatal y que no fuera algo automático, sino que respondiera a las necesidades procesales de evitar que el imputado se fugara y básicamente que obstaculizara la investigación, se mantuvo el peligro de reiteración o de reincidencia delictiva que después la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que no se puede tomar en cuenta para aplicar una medida cautelar, porque claramente los abogados no tenemos una bola de cristal para saber si una persona va a reincidir o no.

No obstante, el hecho de que se hayan establecido precedentes que obligan a esta proporcionalidad, me parece a mí que hay casos en los que no se toma en cuenta lo mínimo para la imposición de medidas cautelares, realmente no tengo el dato de cuantos presos sin condena tenemos en este momento y cual es porcentaje con relación a la totalidad de los presos en el país, para su estudio sería conveniente, no sé si ya lo tiene el libro este de presos sin condena de don Mario Houed y Elías Carranza, ahí venían las estadísticas que tal vez sería bueno repetir, lo que si sucede es que de alguna manera no todos pero algunos jueces consienten ciertas pretensiones de la fiscalía cuando ni siquiera tienen un indicio comprobado de la comisión de delito y entonces se recurre a argumentos como que bueno ya hay una denuncia y esa denuncia ya es un indicio de comisión de delito y eso no es cierto, yo puedo denunciar a quien sea y tiene que haber, al misma ley nos dice, indicio comprobado es decir tiene que haber, no bastaría la denuncia, sino que tiene que haber algunos elementos que apunten a la autoría de la persona o la complicidad de la persona que se tiene denunciada y no digamos de la desproporción en la aplicación de las medidas cautelares. Por ejemplo, le cito un caso y le tengo que ser leal en esto, yo soy defensor de uno de los imputados en el caso Diamante, que hay muchos alcaldes acusados. De repente los detienen en un acto totalmente desproporcionado de la fiscalía, sacaron fiscales, eh alcaldes esposados, algunos de ellos los tiraron al suelo, los amenazaron con armas, los exhibieron en el parque de su pueblo con las esposas y una vez que llegamos a la audiencia de medidas cautelares, la

fiscalía lo que pide es simplemente una suspensión en el cargo y entonces la pregunta es, ¿para que la detención? ¿Para que la exhibición persona? ¿Para que la humillación? Presentar a las personas como culpables lo cual es prohibido por la Convención Americana y ahí comienza una reacción desproporcionada de la fiscalía porque no es lícito detener a una persona para después ir a pedir que lo pongan en libertad, le pudieron haber dicho vea va a haber una audiencia tal fecha, preséntese. Y ahí se pide la suspensión en el cargo, el asunto se agudiza más cuando después de día y medio de exposición y las personas presas el Ministerio Público pide la medida sustitutiva de suspensión en el cargo y de inmediato la defensa pide que se ponga en libertad a los imputados porque la audiencia va a durar varios días y el Ministerio Público se opone y dice que tienen que seguir presos durante toda la audiencia y aquí lo que vemos es un manejo totalmente ilegal, poco profesional de la fiscalía en esta parte porque no le esta importante la necesidad procesal, sino el ataque directo a los imputados y le digo que lo tome a beneficio de inventario pero así se percibió en aquella audiencia y luego hacen peticiones a bulto, ahí no sé cuántos son los alcaldes 8 o 9 y piden 6 meses de suspensión en el cargo porque hay testigos que interrogar, no nos dicen cuántos e incluso que yo argumentaba ahí supongo que la Municipalidad de San José tiene más personal que la Municipalidad de San Carlos que es la de mi cliente y cómo van a pedir 6 meses para todos si hay necesidades distintas en la investigación de cada alcalde, pero bueno la jueza acepto la petición del Ministerio Público, sin individualizar responsabilidades, sin individualizar las necesidades procesales de cada uno y suspende a todos por 6 meses que después dichosamente cuando se revisa la medida se levantan todas las medidas porque el Ministerio Público no logra demostrar que tenga diligencias por hacer y fue otro juez en otras condiciones y por supuesto con mayor objetividad.

A lo que voy es a lo siguiente, las medidas sustitutivas no son ajenas a la proporcionalidad de la prisión preventiva, ya digamos el aplicar una medida sustitutiva significa proporcionar la reacción estatal por necesidades procesales, pero no es cierto que ante 8 casos de 8 municipalidades todas distintas y con necesidades de investigación distintas porque son escenarios diferentes en los que se habrían cometido los delitos, se pueda entablar la raza de 6 meses para todos por igual sin que la fiscalía explique y aquí esto es una violación al principio de proporcionalidad.

Hemos encontrado otros casos igual, fui defensor de un caso que ya termino que fue un caso de la refinería china, se hace un gran desplante, detienen a los imputados y cuando llegamos a la audiencia de las medidas cautelares, la fiscalía pide 1 año de prisión preventiva para cada imputado, para darle tiempo a la policía, este es el argumento, darle tiempo a la policía de un año para que diga si hay un delito o no hay delito. Es decir, primero aplique la prisión y luego investigue. Por dicha ahí también encontramos un juez que rechazó la prisión preventiva aunque privó de libertad a los imputados, porque quedaron impedidos de salida del país, pero igual no había indicio, como va a hacer que alguien vaya a decir póngamelos en prisión porque estamos buscando el indicio de comisión del delito y aquí es donde yo si encuentro que se violenta el principio de proporcionalidad desde el Ministerio Público y el Juez también porque usted me puede decir que al menos no aplicó la prisión, fue un impedimento de salida del país, si pero si no había indicio para la prisión preventiva, si no hay indicio de delito para aplicar la prisión preventiva tampoco hay un indicio para una sustitutiva y ahí es donde empieza la desproporción. Porque, porque en algunos casos los jueces, aunque traten de ser justos siempre son invadidos por el temor a lo que va a decir la prensa y los jueces no están para resolver para la prensa ni para la gradería ni para nada, sino que están para resolver la situación de una persona.

Yo participé en la redacción del Código Procesal Penal y en aquel momento vimos como muy saludable que las audiencias, tanto la preliminar como las otras audiencias de asuntos interlocutorios durante la investigación fueran secretas, pero ahora más bien yo soy de la opinión de que tiene que ser publicas porque si fueran publicas la prensa estaría viendo como lo que le informan por debajo no se cumple con las pruebas y esto liberaría un poco esa presión a los tribunales a los jueces a la hora de la imposición de las medidas. Yo sí creo que en algunos casos, no tengo los datos reales de los presos, no le puedo hablar en una forma plenaria porque no conozco todos los casos del país pero a mí me parece que hay ciertos asuntos donde no está vigente el principio de proporcionalidad sino el principio del que dirán y entonces la Fiscalía hace un show, los jueces que tienen que ser de garantías, alivian un poco la situación de los imputados pero esto no responde a un criterio de proporcionalidad, el detonante de la reacción estatal en materia de prisión preventiva es el indicio comprobado

de la comisión del delito, luego alternativamente si hay peligro de obstaculización, o peligro de fuga que tienen que sumarse a este indicio comprobado de comisión del delito y sobre esto, digamos esto de alguna manera reglamenta la proporcionalidad de la reacción estatal, es decir, sin indicio no puede haber reacción, o bien, sin indicio puede haber reacción si hay peligro de fuga, si hay peligro de obstaculización, pero entonces llegamos a otro punto que estos son otros dos ingredientes que permiten la reacción estatal y que la reglamentan porque obligan a que sea proporcionada porque nada hago si hay indicio pero no hay peligro de fuga ni de obstaculización y entonces ahí le están diciendo al juez que no puede reaccionar, pero que es lo que pasa, que la Corte Interamericana, en sentencias que obligan a Costa Rica, y le digo el caso Suarez Rosero, el caso tibi, palamara, Iribarne, Acosta Calderón, López Álvarez, Cepellón García, Chaparro Álvarez, Ivonne Neptune y Ballarí, no son casos, vea que no es uno, obligan a que el peligro de obstaculización sea comprobado, no es una presunción, tiene que haber una comprobación, obligan a que el peligro de fuga sea comprobado, no comprobada la fuga ni comprobada obstaculización, sino comprobado el peligro de que se haga algo. Tendría que existir algún elemento que apunte a que el imputado va a obstruir la investigación o que se va a fugar pero esto no se hace, sino que se recurre a determinadas presunciones, bueno es que, que ya lo he visto en varios asuntos, bueno es que los imputados tienen un puesto con un salario que, un salario enorme, y eso les permite irse y rehacer su vida en otra parte, eso es falso porque el salario no lo van a conservar en otra parte, pero bueno ese ha sido un argumento que no tiene que ver con un indicio de fuga porque la persona no ha demostrado nada como para que se diga que se va a ir del país y este luego se dice cuando la persona perdió el trabajo porque precisamente tiene, lo despidieron por la causa penal, entonces se dice que ahora con mayor razón se puede ir porque ya no tiene un mundo aquí entonces podría ir a buscar un mundo a otra parte. Entonces se entra en una situación circular muy gravosa para los imputados y después y quiero con esto darle todo el escenario con el que se topan los imputados en casos sonados verdad, que se crean mitos procesales, se crean mitos procesales, los mitos digamos se ponen en un templo y se adoran y los jueces se tragan el cuento. Por ejemplo: esto no tiene que ver con las medidas pero para que se dé una idea existe el mito procesal de que no se puede sobreseer si no se ha indagado al imputado y eso es mentira la ley no dice eso, o el mito procesal que nos dice que si ya se indagó no se puede desestimar la causa, y eso también es mentira también, la ley expresamente prevé que

se pueda desestimar la causa, pero bueno en materia de medidas cautelares se creó un mito y es que los fiscales dicen que una vez que se determinó que hay un indicio comprobado de la comisión de delito, que hay peligro de fuga, no se puede volver a discutir, la defensa no puede volver a discutir eso, entonces cada 3 meses se acude a audiencias de revisión de medidas cautelares que solo son una puesta en escena para exportar derechos humanos porque a final de cuentas se hace lo que diga la fiscalía y en realidad la Sala Constitucional nunca dijo eso, lo que dijo la Sala Constitucional es que al redactar el fallo si los razonamientos son los mismos el juez no los tiene que repetir, no tiene que escribirlos otra vez, pero eso no releva la revisión de los peligros, si la situación ha cambiado con el avance del proceso se desvaneció el que el imputado se vaya a fugar o no se vaya a fugar o que vaya a obstaculizar o no, o incluso el indicio de comisión de delito puede desaparecer. No es cierto que produzca cosa juzgada material la primera resolución que impuso las medidas cautelares, pero hay un mito con relación a todo esto y entonces como le digo al final de cuentas, ¿una revisión para qué? Para ir a hablar en el desierto, porque nadie lo está oyendo a uno y se vuelve a decir la fiscalía dice bueno no no cabe porque ya la Sala dijo y esto no se revisa y entonces se está produciendo un fraude de ley con un mito procesal. Y esto es muy grave porque uno puede pensar, bueno eso le está pasando a aquellos señores que están sometidos a juicio, pero el día de mañana puede ser usted, puedo ser yo, puede ser un vecino o el hermano y hay gente que ha estado bajo medidas cautelares muchísimo tiempo sin indicio, sin peligros comprobados como dice la Corte Interamericana, y esto obedece creo yo primero a que no se observa el principio de proporcionalidad de la reacción estatal, no se observan las necesidades procesales reales y luego a toda esta presión mediática que se hace, que siempre ha habido filtración de información, siempre ha habido filtración de información, y es imposible, siempre hay alguien que le pasa la información a la prensa, yo recuerdo cuando yo estaba en la Fiscalía General y estábamos investigando por donde se iba la información y lo más sorprendente fue que un testigo de un caso muy sonado dio la declaración una tarde y no iría ni por la puerta de los tribunales de San José cuando ya estaba radio reloj leyendo la declaración, alguien se las paso por correo y eso no se pudo determinar, pero ahora el colmo es que la prensa publica las intervenciones telefónicas, la prensa publica las intervenciones telefónicas pero nunca publica las intervenciones que liberarían a los imputados, yo tengo el caso, un caso que se acusa a un cliente mío de corrupción, porque supuestamente favoreció

a una empresa y todas las llamadas salen, usted le puede dar a la llamada la interpretación que quiera verdad porque si yo lo llamo a usted y le digo “mira, ¿te llevo aquello?” hay drogas, no y a lo mejor lo que le estoy mandando es un escrito o un regalo o que se yo. Pero bueno entonces publican las llamadas según la interpretación que hace la policía o la fiscalía, pero en el caso que yo le digo no publican una llamada entre dos personeros de la empresa supuestamente favorecida por mi cliente y donde se dice que ese tal por cual está favoreciendo a la otra empresa, nunca nos ha dado nada, no nos quiere colaborar, que es la que los libera, esa no se publica en la prensa, por eso le digo que si las audiencias fueran públicas, creo que el principio de proporcionalidad sería más respetado, porque la prensa entendería que la engañaron que le dieron parcialmente la información y que no es cierto lo que se está informando, que esta alterada la verdad. Entonces digamos en todo este escenario de repente uno se encuentra cosas muy graves, en un sistema acusatorio, se supone lo que nos dicen los profesionales en derecho es cierto y es muy grave ese miedo, bueno a mí me toco en un determinado asunto que la Fiscal aseguraba una cosa, un documento ahí de varios cientos de páginas un documento decía tal cosa, hasta que en una de esas audiencias le dije ya ya me reventó, el día de mañana puedo ser yo al que por sus mentiras este preso, yo le exijo que diga cual es la parte del documento que dice eso, porque no lo dice. Y el Juez le dijo dígame donde esta, pidiendo tiempo para la tarde y en la tarde tuvo que decir no lo dice el documento pero mientras tanto ya mis clientes llevaban 45 días presos con las mentiras que se habían informado y esto, todo esto tiene que ver digamos la proporcionalidad y esto último ya para seguir a la siguiente pregunta, es que yo hablo mucho, la proporcionalidad también tiene que ver con la fundamentación que debe hacer quien pide la medida, porque le tiene que suministrar al tribunal los elementos de calidad para que el tribunal se convenza de la necesidad de la medida, pero si la medida se pide sobre mentiras y el tribunal supone que como le está hablando un fiscal, un funcionario público, un profesional en derecho que no debe mentirle en un proceso acusatorio a ningún juez, bueno a nadie, pero menos a los jueces y menos para pedir una medida cautelar o para pedir una condena si fuera el caso, el juez se lo cree verdad y hay un asunto gravísimo que paso en Heredia, donde tuvieron 13 meses en prisión preventiva a unos imputados y lo que se dijo es que lideraban una banda internacional, una organización transnacional dedicada al secuestro de personas y es mentira, es

absolutamente falso, no ofrecieron una sola prueba pero los jueces le creyeron y tuvieron a las personas 13 meses en prisión preventiva.

Entonces vea la proporcionalidad no es solo un, no se basa en un juicio personal del juez al final que es el que decide sino que tiene la proporcionalidad es un juicio discrecional, no un juicio arbitrario y en esto hay una gran diferencia, porque en lo arbitrario yo puedo hacer lo que quiera porque tengo el poder y nadie me puso limite, pero cuando yo tengo que tomar, cuando tengo la libertad y la independencia de tomar una decisión dentro de ciertos límites, eso es discrecionalidad y la proporcionalidad nos lleva a ese escenario, primero la ley, el indicio comprobado, sin ese indicio yo no puedo hacer lo que quiero, no puedo poner en prisión preventiva a nadie.

Si además de ese indicio necesito el peligro de obstaculización o de fuga comprobado, como dice la Corte Interamericana, ese marco se cierra más, pero esto, esos 3 requisitos tienen que ser fundamentados por quien pide la medida y si los fundamenta mal o no los fundamenta el juez no puede imponer la prisión preventiva, es decir, hay unos requisitos digamos en abstracto que son las previsiones legales y pero hay unos requisitos concretos y es la fundamentación, y es el material de calidad que le va a dar la fiscalía al juez para que aplique la medida, y en algunos casos esto no se cumple. Ha habido casos donde entramos a ver una medida cautelar, la fiscalía la expone muy mal y el juez la aplica por otras razones y eso está en contra del proceso acusatorio porque como hago yo para saber si no se informó en la audiencia, como hago para defender a mi cliente de algo que solo el juez tiene en la cabeza y que yo no puedo contradecir, es decir, me lo pone fuera del contradictorio que es lo que alimenta el proceso acusatorio.

Todo esto está pasando y por supuesto todo esto quiebra la proporcionalidad, un juez que diga, yo como juez podría decir ah no es que yo aplicaría la medida por tales razones, claro pero si es que la fiscalía no me lo argumento, yo no puedo subsanar los defectos de la fiscalía, porque estoy parcializado y si estoy parcializado tendría que inhibirme, la proporcionalidad se mueve en todo ese escenario, no es que yo digo que a mí me parece proporcionado que como este delito en función de que yo pienso que tal cosa esto es proporcionado, no, es

reglada esa proporcionalidad, y siempre que hay poder el poder es reglado, sino sería una proporcionalidad total ajena al Estado de Derecho. Perdóneme si me extendí, pero ese es el marco que uno tiene que usar.

Cristian: Esta genial, no se preocupe, más bien las siguientes preguntas ya medio las ha contestado también pero igual se las voy a citar para que brevemente igual las puedas exponer. ¿Considera usted que los juzgadores penales analizan todos los presupuestos legales para la imposición de la prisión preventiva?

Francisco: Como le digo no, el hecho, como le dije antes, el hecho de que ya hay una denuncia, ya hay un indicio, no la denuncia no es un indicio de nada porque diay imagínese usted yo hoy lo denuncio a usted de lo que se me ocurra, ¿ya hay un indicio?, eso no sería jamás un indicio y luego no cumplen con las resoluciones de la Sala Constitucional, es un control de convencionalidad también el que tenga que demostrarse el peligro de obstaculización o de fuga. Lo que ha dicho la Corte Interamericana es que con peligros concretos, no son peligros abstractos, no es que yo pueda decir es que con la pena que se va a imponer había un peligro, se va a fugar, si si claro, todo el mundo puede pensar eso, pero no se trata de ese asunto, se trata de ver qué bueno en el peligro de obstaculización que ya la persona que se yo, le ofreció plata a alguien o que trato de convencer a alguien de que declarara diferente a la verdad o que trato de destruir pruebas, por ejemplo, eso sería un peligro comprobado de obstaculización.

El de fuga igual, habría que demostrar que la persona se está preparando para irse o que le ha coqueteado ahí o que ha comprado pasajes, o como se dijo en algún caso que encontraron una libreta que decían cuales países no tenían tratado de extradición con Costa Rica, el problema es que eso se puso en el informe, pero nunca apareció la libreta. Se dijo eso, pero no había prueba, entonces yo creo que no se está cumpliendo del todo con estos, con la demostración de los presupuestos

Cristian: Correcto, ahora, con respecto a los límites, si existen, ¿cuáles considera usted que pueden ser los límites que tienen los juzgadores a la hora de imponer prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar?

Francisco: Bueno son las necesidades del proceso, son las necesidades procesales precisamente, mire yo me acuerdo con el Código viejo, el código de procedimientos penales, yo llegue a ser juez de instrucción en San José, bueno el actuario en un juzgado e instrucción en San José, yo era juez de instrucción de Turrialba y me vine como actuario de un juzgado de instrucción de San José y resulta que se había aplicado una incomunicación a unos imputados y el fundamento de la incomunicación era que tenían que mantenerse ahí incomunicados porque habían otros imputados, otros sospechosos, que tenían que detener y no querían que se les diera aviso, pero resulta que el OIJ da una entrevista, los agentes del OIJ dan una entrevista y revelan el nombre de las personas que no están detenidas. Bueno, lo que antes parecía razonable, dejo de serlo, el límite se estrechó, y yo puse en libertad el mismo día con la información del periódico, se armó un gran alboroto verdad, porque antes la policía tenía menos controles que ahora, este, pero lo que le quiero decir con esto es que cuando hablamos de los límites, bueno están todos esos límites legales, pero en el momento en el que se perciba que la sospecha de fuga, la sospecha de obstaculización o que el indicio del delito se desvanecieron, se acabó, los límites son muy claro. Ahora, si usted me dice límites temporales, la ley los establece y dentro de esos límites temporales el Juez no podría salirse. Yo lo que si le encuentro es un problema es al, más bien que se dice que las revisiones son cada tres meses, porque realmente 3 meses son mucho tiempo y que es lo que puede pasar, hay una cuestión que es importante y que generalmente no se observa, no digamos generalmente, creo que en ningún caso se observa, usted me puede aplicar prisión preventiva, digamos un año, revisable cada 3 meses, por necesidades procesales, que se las tienen que decir, bueno el imputado ha amenazado testigos o se sospecha, bueno está bien digamos que se comprueba todo eso, pero que pasa si en 3 meses ya se entrevistaron a todos los testigos, que podría ser el imputado para obstaculizar la investigación, si era por amenaza de testigos y vamos al otro caso, que pasa si en esos 3 meses el Ministerio Público no hizo nada? Va a seguir la persona en prisión preventiva por unas eventuales amenazas a testigos que ni siquiera el Ministerio Público se ha esmerado en buscar. Entonces esto tiene que entenderse

como una cuestión dinámica, esa es la idea de la revisión y yo más bien creo que la revisión, la ley no debería de decir de una revisión trimestral, la revisión tiene que hacerse por parte del propio Ministerio Público, pero sobre todo la defensa, en el momento en que las condiciones se modificación.

¿Yo tengo que estar en prisión preventiva porque tienen que entrevistar a 100 testigos? Bueno los entrevistaron en un mes, ¿porque me tengo que esperar 3 meses para la revisión?

Ya los entrevistaron ya me pueden soltar. O paso el mes y no han citado a ninguno, yo tendría que irle a decir al Juez, vea me tienen preso porque van a entrevistar a los testigos y no lo hacen, ¿no se si me explico? Esto tiene que ser una condición dinámica, son personas de carne y hueso, el sol sale, la gente come, la gente se duerme, pero no tiene por qué hacerlo en la cárcel. Y el principio es que hay que afrontar el proceso en libertad, cuando usted está preso las posibilidades de defensa disminuyen, el abogado no tiene tiempo todos los días para ir a la cárcel a sentarse a hablar con el imputado, es muy difícil la comunicación y si manda asistentes, posiblemente la comunicación no es la más clara ni transparente, entonces, en esta parte, hay que comprender que la medida cautelar no es estática, sino dinámica y corre la suerte del proceso. Esto es algo que se le olvida a la gente verdad, entonces llegamos, mire es como cuando se le pide al Juzgado que le ponga un límite o que le fije un plazo al Ministerio Público porque no está investigando, y el Ministerio Público entonces dice bueno mire tengo 30 diligencias que hacer y pido seis meses, claro y le dan los 6 meses, pero si a los 2 meses no ha hecho nada, porque se le van a seguir manteniendo esos 6 meses, entonces no se si me explico, entonces el tema es, los procesos penales con medidas cautelares o sin ellas, las personas no los viven, los padecen, son terribles, es violencia pasiva institucionalizada y por eso que la justicia pronta es necesaria y por eso las medidas cautelares tienen que ser excepcionales, no la regla, pero hay determinados casos donde pareciera es la regla y por parte del Ministerio Público y que los Jueces conceden esas, una prerrogativa que no está en la ley al aplicar las medidas, que lo diga el Ministerio Público.

Cristian: Correcto, no y con todo este tema, no se están respetando esos principios, si la Fiscalía pide tiempo para hacer las cosas y no lo hace le están achacando ese tiempo a los

imputados y pues di los imputados son los únicos que siguen sufriendo el tema de la prisión preventiva por la inoperancia o por el recargo de funciones que tienen todos los fiscales.

Francisco: Si vea, por ejemplo, que interesante en el caso diamante, ahí no fue prisión preventiva, fue suspensión en el cargo, pero entonces en determinado momento el juez dice bueno mire vamos a aplicar la suspensión, pero ustedes en un mes tienen que decirme cual es la lista de testigos para cada alcalde y en un mes no presentaron nada. En dos meses no presentaron nada y una semana antes de la revisión de las medidas, presentaron unas listas enormes, que eran las planillas completas de las municipalidades, entonces imagínese usted que vacilón en el caso de Johnny Araya, que yo no lo defiendo, es muy ilustrativo que es lo que pasa, venía la planilla completa de la municipalidad, con todas las personas que no debía comunicarse Johnny Araya y por eso tenía que seguir suspendido y en la lista venía Johnny Araya, el mismo, entonces violaría la medida si se ve al espejo para rasurarse. Vea la barbaridad, que lo hacen hasta sin cuidado, a bulto, y esa fue la razón por la que el Juez le rechazó la prórroga de la medida, porque en realidad estaban tratando de engañar al Tribunal, dándole una lista de personas que no eran testigos, sino que eran las planillas de las municipalidades. Ahí si hubo un Juez que se amarró los pantalones.

Cristian: Si, pero cuesta encontrarlos, porque no siempre los jueces tratan de hacerlo de tal forma, ceden a las solicitudes del Ministerio Público, en la mayoría de los procesos.

Francisco: Vea, esto también obedece a otro problema de carácter institucional y es que, al estar el Ministerio Público dentro del Poder Judicial, yo no quisiera que quede en el Poder Legislativo ni en el Poder Ejecutivo, yo quisiera que quede como en el Tribunal Supremo de Elecciones verdad, que lo nombra la corte pero es una institución independiente de los poderes, pero el problema es que como todo mundo está bajo el mismo techo, entonces se crea una inconveniente camaradería entonces el fiscal es un compañero y si el fiscal lo pidió mal, que problema, y el juez no está para eso, el Juez no está para enmendarle la plana al Ministerio Público, ni a la defensa ni a nadie, el Juez esta para resolver con lo que oye y ve y se acabó, esto es lo que no se está cumpliendo y tiene que ver como una idiosincrasia institucional.

Cristian: Correcto, y es completamente real y es lo que se trata de erradicar, pero bueno así estamos actualmente.

Francisco: Yo creo que era Binder el que hablaba, que en Costa Rica como está la policía, el Ministerio Público, la defensa, que se vive en una suerte de incesto institucional, algo así decía a modo de chiste.

Cristian: Si si, bueno siguiendo con el cuestionario, ¿cree usted que, en la práctica judicial, se está utilizando el principio de proporcionalidad a la hora de imponer prisión preventiva o cualquier otro tipo de medida sustitutiva?

Francisco: Bueno, en algunos casos si, en alguno no. Me parece a mí, que sobre todo los casos de resonancia periodística son los que menos se aplica el criterio de proporcionalidad. Mire, por ejemplo, son cosas que llaman la atención, yo no llevo el caso cochinilla y lo que yo sé es lo que ha salido en el periódico, no tengo la menor idea de que ha pasado ahí, pero habían dos personas dueños de la empresa, o presidentes de las dos empresas grandes ahí involucradas en prisión preventiva y de repente viene doña Rocío Aguilar y declara que no hay faltantes de dinero en el CONAVI, que nadie se robó nada, que todo ha sido perfecto y la pregunta es, ¿Por qué duraron tanto meses en poner en libertad a esta gente? ¿Si el indicio ya se había desvirtuado? Yo no creo que se esté aplicando en estos casos, hay un cierto temor a decirle que no a la fiscalía, a quedarle mal a la prensa, esta es una situación muy complicada, se ha agudizado el tema esto con las redes sociales, porque las redes sociales, condenan, opinan y dicen cosas, aseguran cosas que no saben por la gente en Facebook o estas redes, porque no conocen el expediente y después entonces los jueces no se atreven a aplicar correctamente la libertad ni la proporcionalidad de las medidas cautelares, por ese miedo al qué dirán y desgraciadamente la Corte, históricamente, no ahora, la Corte Suprema ha sido muy permeable al qué dirán. Es un serio problema que se tiene ahí adentro.

Cristian: Si no, la presión mediática ha sido o es imponente en ciertos casos específicos y eso va de la mano con la siguiente pregunta: ¿Qué pasa con los casos donde usualmente por el

tipo de delito se impone la medida cautelar de prisión preventiva casi que de oficio por parte de los Juzgadores y en el Ministerio Público tienen una lista de delitos que si cualquier persona lo cometió van y solicitan la prisión preventiva?

Francisco: Si bueno, es que, digamos eso tiene que ver con una desnaturalización del trabajo del Ministerio Público, pero no solo en medidas cautelares sino en todo. Cuando usted tiene noticias de que a los fiscales les exigen una cuota por acusaciones, bueno entonces para llenar la cuota, ¿cuántos inocentes tienen que ir a juicio? Y eso es un delito, acusar a un inocente a sabiendas que es inocente eso es un delito. Entonces, hay unas sentencias interesantes sobre todo una, donde un Tribunal de apelaciones le dice a la fiscalía que no puede apelar por apelar, que no puede apelar porque reciba la orden sin una causa lícita para la apelación, que ese no es el papel de la fiscalía y es el colmo que los jueces se lo tengan que recordar. Entonces, vea, acusaciones masivas, recursos de apelación por lo que sea y prisiones preventivas que se piden automáticamente, se supone que tienen que haber jueces de garantías, que son los jueces penales los que paren eso. El asunto es que si se conceden las medidas, está clarísimo que entonces el principio de proporcionalidad no está vigente y eso con todo el contexto que hablamos, los requisitos legales, la fundamentación en la petición de la medida, todo esto que compone que tiene que contribuir a una decisión proporcionada de la judicatura.

Cristian: Correcto. Bueno igual de la mano con la pregunta anterior, a raíz de todo esto, considera usted los Fiscales de la República, deberían de tomar en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de solicitar una medida cautelar, principalmente la de prisión preventiva?

Francisco: Vea, vamos a ver. La ley tanto el código Procesal Penal, creo que es el artículo 62, no quiero equivocarme, como la ley orgánica del Ministerio Público, le exige a los fiscales fundamentar todas sus peticiones, y volvemos, esto tiene que ver, si es el 62 y hay otro de la ley orgánica del Ministerio Público. Esto como le digo, la fundamentación tiene que ver con la proporcionalidad, porque usted le está proporcionando al Tribunal, los

elementos para que tome una decisión, pero la fundamentación se desnaturalizó institucionalmente en la Fiscalía. Vamos a ver, usted se encuentra, se encuentra, digamos para acusar, para formular una acusación tiene que poner los hechos el fiscal, la calificación legal, ofrecer la prueba y tiene que fundamentar. ¿Qué es lo que hacen? Bueno aquí yo fundamento porque la ley dice esto y la jurisprudencia ha dicho esto y la doctrina dice aquí y dice allá, esta no es la fundamentación. La fundamentación es lo que se denomina causa probable, la causal probable, es decir, la probable culpabilidad, yo tengo que explicar cómo fiscal cual es, no solo la prueba que tengo, sino que me dice la prueba, cuales elementos derivo de ahí y porque hay una probabilidad, prácticamente es un proyecto de sentencia lo que yo tengo que presentarle al Juez, para que el Juez diga si lo eleva a juicio o no.

Pero resulta que los jueces penales cogen aquello y mecánicamente se eleva a juicio y si usted toma en cuenta la cantidad de absolutorias que hay, pareciera que hay muchos asuntos que debieron quedarse en la etapa intermedia con un sobreseimiento. Bueno lo mismo pasa con la fundamentación, la fundamentación se desnaturalizó, la causa probable comienza con el indicio comprobado de comisión del delito. Pero si los jueces se conforman con que hay una denuncia y eso es suficiente, ahí comenzamos mal y a partir de ahí ya las cosas van renqueando.

Cristian: Bueno, cambiando un poquitito el tema, igual siempre de la mano con el principio, ¿En términos generales, que derechos fundamentales considera que se ven violentados a la hora de imponer prisión preventiva o cualesquiera otra medida cautelar?

Francisco: Bueno, prácticamente todos, la libertad personal, el derecho al trabajo, la familia, todo porque el privado de libertad no puede hacer absolutamente nada de lo que haría en su cotidianidad, a partir de ahí queda listo, queda liquidado y no podría desarrollar su dinámica de vida, ni su proyecto de vida, pero sobre todo la libertad de tránsito y aquí sí quiero insistir en algo, bueno la libertad de tránsito, el trabajo, la familia, pero el derecho de defensa, por lo que le dije antes, nuestras cárceles no le dan a los abogados o a los imputados las condiciones adecuadas para hablar con el imputado. La posibilidad, por ejemplo, de sentarse a analizar un expediente extenso con el imputado, comentar, porque paso esto? Conoce a este testigo?

Si lo conoce, bueno entonces que relación tienen con esto? Todos esos detalles que van a permitir una adecuada defensa, prácticamente son nulos en nuestras cárceles y en las condiciones que hay, no sé si usted ha estado ahí. Si hay 5 abogados hablando con 5 imputados, uno se está enterando de todo, de todo lo que esta, de todas las conversaciones, porque no hay privacidad. Entonces, se ve muy afectado el derecho de defensa, aparte de los que ya le dije.

Cristian: Y usted consideraría que si en la práctica judicial se diera un poco más la aplicación de ese principio de proporcionalidad este podría convertirse en un protector de esos derechos fundamentales?

Francisco: Por supuesto, los que tienen que tener mayor consciencia de esto son los jueces, porque son los que tienen que controlar al Ministerio Público, tienen que controlar al Ministerio Público, tienen que controlar la legalidad del proceso, son los garantes, todos los jueces son de garantías, a mí me molesta cuando me dicen, el juez de garantías, todos los jueces son de garantías, todas las materias tienen que ver porque se respeten los derechos humanos los derechos, de las partes, pero bueno tenemos el problema de una incomprensión de esta parte cuando la sala constitucional de repente dijo que el Ministerio público tenía derechos humanos, a las instituciones no derechos humanos, son los ciudadanos, las personas de carne y hueso entonces hay una incomprensión desde arriba de lo que lo que se tiene que proteger y controlar el sistema judicial. Yo sí creo que si hubiera una mejor formación, partiendo de una verdad que hay que gritar siempre, hay una confusión entre el tema de la seguridad ciudadana y la justicia y esta esta esta confusión ahora está exacerbada, la justicia no es un generador de seguridad ciudadana, cuando ya las cosas llegan a la justicia es porque la seguridad no funcionó, la seguridad pretende que no maten que no violen que no roben que no estafen pero que ya cuando estafaron, mataron, violaron eso es lo que le llega cuando la justicia fracasa, eso es lo que le llega a la justicia y si se parte del criterio de que siendo una justicia muy dura va a haber menos delitos eso también es mentira no ha habido un solo sistema que pueda persuadir o disuadir al delincuente para que no cometa los delitos con la amenaza del castigo, en nuestra tradición judío cristiana y eso siempre lo digo en todas las conferencias y en las clases pero estoy convencido de esto, nosotros nacemos con un pecado

original que no sabemos cuándo lo cometimos ni porque, nacimos ya condenados con un pecado, si no nos arrepentimos nos vamos al infierno y todos nosotros en vez de arrepentirnos cometemos más pecados verdad, porque no le tenemos miedo y al final confiamos que algo va a pasar y no nos vamos a ir al infierno. Después en la casa de los papás nos amenazan con que si hace tal cosa verdad, si fuma si tal cosa no ve tele o no sale o no le doy plata, todos hacemos lo contrario a lo que nos dicen los papas a pesar de la amenaza de castigo y después todas las personas en este país todos nosotros hemos delinquido, el que menos ha hecho ha hablado mal del vecino y eso es difamación y a pesar de la amenaza de castigo entonces en esta confusión de que castigando muy severamente o con amenazas de castigos severos la gente no va a delinquir esto es mentira claro.

La gente va a delinquir porque esto de realizar conductas contrarias a la ley en mayor o menor medida dependen de la condición personal de cada una, quienes tienen necesidades porque no tienen qué comer porque no tienen trabajo porque su familia está pasando hambre van a robar y usted ahí puede seguir en el escalafón social y dependiendo de las necesidades que sean así se cometerán delitos menos graves según usted va para arriba pero también hay algunos que no tienen esa cantidad se cometen actos de corrupción con gravísimos daños para la sociedad, eso se ha curado con la amenaza de castigo no, no se ha curado con amenaza de castigo eso es mentira la única manera de evitar el delito es una buena política social con las medidas cautelares que pasa que la gente está convencida de que la medida cautelar espuma adelantó condena que entonces qué sucede primero aparece el OIJ y dice tenemos esto, tenemos a los delincuentes, ya presentan a la gente como culpable, después viene el Ministerio Público pide las medidas y si un juez, si aparece un juez que los ponga en libertad a alguien, la corrupción de los jueces, la corrupción del sistema, y entonces muchas veces, lo que le digo es que los jueces para no ser señalados aplican las medidas, para librarse de la crítica.

Cristian: Bueno, hemos hablado bastante sobre el principio de proporcionalidad, pero realmente este principio se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico?

Francisco: claro el artículo 28 de la Constitución, el 28 nos dice que este vamos a ver no quiero equivocarme no quiero mentirle, a ver dice que nadie puede ser inquietado ni presionado por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley ahí arranca ya la proporcionalidad pero vea lo que nos dice el siguiente párrafo las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros están fuera de la acción de la ley esto se tiene que interpretar digamos ahí está el principio de lesividad pero cuando nos dice que las acciones que no dañen están fuera de la acción de la ley también no quiere decir otra cosa, la acción de la ley está en la medida del daño y eso establece una proporcionalidad no sé si he sido claro con lo que quiero transmitirle.

Cristian: Si, bueno la siguiente pregunta tiene que ver los artículos específicos que también se han utilizado La Constitución para darle cabida a este principio es el 39 y el 40 de la Constitución, ¿se da una interpretación extensiva de esos dos artículos y la pregunta es que si usted considera correcta la aplicación del principio con base en el 39 y el 40 de la Constitución?

Francisco: A ver si estamos hablando de, si estamos hablando de la pena al final del proceso sí, digamos si se aplica la proporcionalidad, incluso está delimitada por el extremo máximo y mínimo de las penas que establece el Código Penal. El artículo 40 se refiere más bien a la fase de investigación cuando se recurre a medios, a la tortura, a medios degradantes o inhumanos para lograr que una persona suministre información verdadera o falsa, esto por supuesto que tiene que ver con la proporcionalidad, la investigación tiene que hacerse por medios técnicos, por medios científicos. Y aquí hay algo que también tiene que ver con esto, en la medida en que la investigación sea más científica, que dependa menos de testigos, está más cercana a la verdad, porque los testigos son cambiantes o mienten o se les olvida, es la peor de las pruebas, cuando la verdad establecida por medios científicos esto nos lleva a una reacción estatal ante la verdad de los hechos y en la medida de los daños comprobados nos llevaría a una reacción proporcionada ahora que pasa, mire yo no me opongo a la igualdad y a la protección y a los derechos de la mujer pero cuando usted ve como se está aplicando las condenas, como se están emitiendo condenas en los casos de mujeres víctimas de delitos, sin pruebas, llegando incluso a un, no sé si tengo aquí a mano el

libro, llegando incluso a afirmar el tribunal de San Ramón, en una sentencia del Tribunal de Apelaciones, que aunque la mujer mienta hay que creerle. Esto hace que la justicia sea desproporcionada y con el peligro de que ahora lo estamos aplicando al caso de mujeres, pero con esto podemos brincar a robos, estafas, homicidios y otras cosas más graves.

Hay una confusión entre lo que es la prueba única, que es con lo que se está condenando y lo que es testigo único, testigo único que tiene otros elementos que corroboran su versión de la verdad y entonces ahí sí estoy de acuerdo en una condena. El problema es que cuando usted se encuentra con una sentencia que le dice que, aunque la persona mienta que aunque la víctima mienta usted le tiene que creer, entonces ya dejamos el sistema acusatorio de sana crítica y pasamos a un sistema acusatorio de conciencia, cuando usted forma parte de un jurado, usted puede resolver con base en la prueba o separándose de la prueba o contra la prueba, es decir, usted resuelve con su conciencia y esto no es una facultad que tienen nuestros tribunales, y Dios libre la tuvieran. Absolverían a determinados sectores y condenarían a otros. Entonces, la proporcionalidad se quiebra en estos casos, y sobre todo en esos casos, ya hablamos de los grandes casos de periódicos pero también estos casos y yo sí creo y soy un convencido de que Costa Rica en algún momento tendrá que pagar condenas de la Corte Interamericana todos estos fallos que no tienen prueba y esto ha hecho que entonces la policía y el Ministerio Público en casos de delitos sexuales entren en una condición de confort porque no tienen que probar nada, los jueces van a aplicar las medidas cautelares que pidan, solo con el dicho de la mujer y solo con la versión de la mujer y esto por supuesto, esta situación de confort hace que no investiguen y llegan a juicio con lo que la mujer dijo y condenan, lo más grave es que condenan.

Hablemos de proporcionalidad por ejemplo en los bienes jurídicos, con otra colega, llevamos una defensa en un asunto de un delito sexual en Pococí, resulta que una mujer argumenta que el marido la violaba por vía anal contra su voluntad, que a ella no le gusta eso, que ella despreciaba esa forma pero que la violaba, a la fuerza siempre la penetró. Pero resulta que apareció un video donde están teniendo sexo y donde ella le está diciendo que tengan sexo anal que ella quiere, que, por favor, y él le dice que no que no puede, que no. Ok, se ofrece esa prueba para mejor resolver en el juicio y los jueces la rechazan y dicen que en el conflicto entre la libertad personal del imputado y la intimidad de la mujer, la intimidad prima sobre

la libertad del imputado y condenaron, 36 años de prisión. Gracias a Dios, ya se cayó la sentencia y va de nuevo para juicio. Pero la pregunta es, digamos, ¿hay proporcionalidad en esta cosa que se está hablando? Yo entiendo que ningún bien, ningún derecho humano esta por encima de otro, pero ya la Sala Constitucional y la Corte Interamericana han dicho que hay que emitir un juicio concreto porque hay casos donde un derecho si tiene que ceder a otro, dependiendo de la lesión que se pueda dar si no cede. Cuando el respeto del derecho causa una lesión más gravosa que la, digamos, cuando, cediendo un derecho evita un daño mayor, ese derecho tiene que ceder, eso es lo que nos ha dicho la Corte Interamericana y la Sala Constitucional y sin embargo, a los jueces no les ha importado. Esta proporcionalidad que tiene que ver con las reglas que nos impone la ley, que nos impone la Corte Interamericana, la racionalidad, proporcionalidad y racionalidad, y los bienes jurídicos en juego en un momento determinado, dependiendo del caso no son respetados por los jueces.

Yo quisiera saber si en un homicidio, por ejemplo, se ofrece un video de esos y por supuesto que se va a ver el video y se va a ver lo que sea, pero como se trata de que podían absolver al imputado, porque se iba a desmentir totalmente lo que dijo la mujer, ah no ahí no se puede porque la intimidad de la mujer está por encima de todo.

Entonces, digamos el principio de proporcionalidad corta transversalmente el ordenamiento jurídico, esta desde la legislación, por ahí hay una proporcionalidad que no puede superar el legislador, no puede establecer penas por lo que quiera, sino solo contra los bienes jurídicos que la constitución protege, no podrá crear delitos, por respirar digamos, sino los bienes jurídicos hay una proporcionalidad legislativa, luego hay una proporcionalidad judicial y hay una proporcionalidad al concretar, una proporcionalidad legislativa, interpretativa, y concreta en todo el proceso. Usted hasta para un allanamiento tiene que medir la proporcionalidad de lo que se va a hacer. Yo recuerdo, recién llegado yo a San José, me pidieron un allanamiento, hace años de esto, décadas, un allanamiento para la casa de una mujer que había sido la empleada doméstica de la denunciante y lo que querían era buscar dos sabanas, dos blusas y un pantalón. Yo rechacé el allanamiento, se formó un alboroto, usted no tiene idea, porque los allanamientos no se rechazaban. Pero era desproporcionado violar la intimidad del domicilio para buscar bienes que después no se podrían saber si realmente eran de la parte

ofendida, y bienes que en función de lo que había que vulnerar eran de escaso valor, porque la intimidad del domicilio está por encima, por eso se requiere la orden de un juez para que suspenda esa inviolabilidad del domicilio. A veces se trata con mucha lenidad esto, mire, por ejemplo, y vamos a ser claros, aunque está en el capítulo de pruebas, el allanamiento, o la intervención de comunicaciones, en realidad son medidas cautelares, porque es para conservar unas cosas, no medidas cautelares contra las personas, pero son medidas cautelares. Si usted ve la ley de intervención de las comunicaciones, lo que dice es que el Juez tendrá que encargarse de todo y excepcionalmente, podrá delegarlo en situaciones, no dice la ley, dice excepcionalmente lo podrá delegar en la Fiscalía.

Pero usted ve la generalidad de las ordenes de allanamiento, por ejemplo, cuando van a allanar, decomisar computadoras y descargar los contenidos, los jueces siempre delegan las cosas y no fundamentan porque y se convirtió en una regla, esa excepción se convirtió en una regla y por supuesto que se quiebra la proporcionalidad porque no les importa, el 24 de la constitución ni la ley de intervenciones, no les importa nada y todas estas normas que reglamentan el comportamiento y las acciones de los jueces tienen que ver con esa reacción proporcional porque volvemos es discrecional, no es lo que yo quiera. Y esto se ha ido perdiendo, lamentablemente con la prisión preventiva pasa lo mismo, la apelación es difícil porque sobre todo en estos casos de periódico, los jueces no están dispuestos a que su nombre salga en letras de molde, como los que liberaron a los imputados. Este es el mayor problema que yo veo, tiene que ver tal vez con la formación, alguien que tenga la vocación de Juez tiene que tener algo muy claro, es que la justicia es contra mayoritaria, la justicia es para evitar el linchamiento y el juez tiene que amarrarse los pantalones y tiene que saber que cuando le diga algo que no le gusta a la mayoría lo van a criticar y lo van a desplumar pero para eso está y si no puede o no tiene la fortaleza para soportar toda esa reacción ante sus resoluciones pues entonces no puede ser juez, y esto va para todos los operadores, la gente critica a los defensores porque qué barbaridad ese abogado defendiendo a ese delincuente. Primero nadie lo ha declarado delincuente, está defendiendo a una persona, que está frente a los tribunales y todo el mundo tiene derecho a un defensor, el fiscal tiene que ser contra mayoritario porque tiene que pedir la absolutoria incluso si se convence de la inocencia y el que más tiene que levantar la bandera de ser contra mayoritario es el juez, el juez tendrá que

resolver la situación de una persona y no con las encuestas ni con los editoriales de los periódicos sino que tiene que resolver con las pruebas.

Cristian: Así es, no y esto es algo muy importante y de hecho va de la mano con las siguientes dos preguntas, igual del principio de proporcionalidad, ¿si usted considera que el principio de proporcionalidad se encuentra respaldado tanto por el control de constitucionalidad como por el control de convencionalidad?

Francisco: Bueno aquí hay unos jueces que dichosamente si se sujetan al control de convencionalidad, hay otros que nos les importa y evitan que cuando uno les cita las sentencias de la Corte Interamericana, evitan referirse a ellas, ni siquiera las mencionan, porque no están aplicando el control de convencionalidad.

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, en esta parte de medidas cautelares, estamos en una crisis institucional muy complicada porque yo creo que este es el único país del mundo donde se declara con lugar un hábeas corpus y aunque a usted le digan vea don Cristian usted esta ilegalmente preso, se ha procedido con abuso de autoridad, usted debería estar en libertad y usted tiene razón en venir en hábeas corpus y se declara con lugar el hábeas corpus, diay pero siga preso. Es el único país del mundo donde esto sucede. Entonces ya nadie plantea hábeas corpus, ¿porque? Porque si yo planteo un hábeas corpus y la Sala me lo declara, primero ya no los acogen, pero si me lo declarara, si me dejan preso al cliente, estoy condicionado, ya ahí se va a quedar preso hasta el final de los tiempos, entonces es más el daño, porque ya nosotros no tenemos Sala Constitucional hace tiempo, sino que es prácticamente una oficina de refrendos del abuso estatal. Esto no se lo estoy diciendo aquí en privado, ya lo dije en una conferencia en el Colegio de Abogados, la Sala Cuarta ha venido a menos desde hace mucho tiempo, ha dejado de proteger al ciudadano y se ha dedicado a otras cosas.

Cristian: Así es, se ha dedicado a proteger a los suyos, pero bueno.

Francisco: Si a una clase que es la que manda.

Cristian: Exacto y ¿en la práctica judicial, considera usted que nuestros juzgadores penales aplican alguno de estos dos controles?

Francisco: Mire, es más fácil que lo apliquen en delitos menores que en los asuntos más complejos, de mayor envergadura o de mayor exposición periodística. En los asuntos pequeños no pasa nada, un caso donde una persona amenazó al vecino con un arma y el vecino va y denuncia, la fiscalía eventualmente pide una medida cautelar, no digamos que ni de prisión, sino que no se traslade de un sitio a otro, los jueces rechazan eso, no les importa, y hablan de los derechos humanos y del indicio.

Pero, cuando se tratan de asuntos de exposición, se resuelve con las páginas del periódico y no con las páginas del expediente.

Cristian: y tiene más fuerza mediática que lo que uno creería.

Francisco: Ah si, si claro.

Cristian: Igual de la mano, con la pregunta anterior, ¿cree usted que si se en la práctica judicial, este principio fuese utilizado por los Juzgadores Penales, por todos no por solo un sector o dependiendo del tipo de delito, el mismo sería un verdadero límite para la imposición de prisión preventiva?

Francisco: Si, estoy convencido de que si se aplicara, sería un límite, porque si aplicaran estos requisitos legales, si se tuvieran que comprobar como dice la Corte Interamericana, si la Fiscalía tuviera que fundamentar la causa probable como corresponde, por supuesto que la fiscalía encontraría muy pocos casos en los que podría darle material idóneo a los juzgadores para que puedan aplicar la prisión. Esta sería la realidad, ahora como le digo, están en una situación de confort, piden la medida cautelar, que aquí hay puntos ciegos en las fronteras y que se pueden ir, pero nadie ha dicho que el hombre ha estado a un metro, cien o un kilómetro de la frontera. Ah no, pero es por una cuestión abstracta de la posibilidad que hay para

cualquier ciudadano, no solo para el imputado. Por supuesto que si se aplicará la proporcionalidad dentro de toda la dinámica que debe llevar y la vemos como algo de movilidad del proceso y no como un concepto en abstracto por supuesto que serían menos las prisiones preventivas y por supuesto que sería digamos que se respetaría más el derecho de defensa de los imputados.

Cristian: No inclusive, bueno a mi criterio, creo que inclusive dejaría de existir el hacinamiento carcelario si se aplicara.

Francisco: Ah si, por supuesto, este es un problema seriecísimo, ahora otro tema es que se han elevado tantísimo las penas para muchos delitos que muchos imputados o se presume que muchos imputados se van a ir por las penas tan severas que hay, ahora todos los delitos tienen penas de más de 4 años, eso también fue una locura legislativa en la que hemos entrado.

Cristian: Si bueno, el poder punitivo y la política criminal que se ha establecido en los últimos años ha buscado eso, subir las penas para evitar los delitos, el problema es que los delitos no se reducen ni se evitan.

Francisco: No no, la prueba siempre es la de Guatemala, en Guatemala hace algunos años, bastantes años, Guatemala es un país con muchos secuestros, entonces, impusieron la pena de muerte para el caso del secuestro, el resultado final fue el incremento de víctimas mortales en los secuestros, porque el secuestrador con solo sospechar que la víctima lo había visto y que lo podía identificar lo mataba, no se iba a arriesgar a una pena de muerte. Entonces todas estas respuestas generalmente generan más violencia.

Cristian: Claro. Ahora para terminar, ya la última pregunta, don Francisco, ¿considera usted que este principio debería integrarse de forma expresa a nuestro ordenamiento jurídico, para que no quede con base en las interpretaciones de la constitución política? ¿Cuál sería la mejor forma para lograrlo?

Francisco: Bueno, yo realmente creo que si esta incorporado, cuando nos dice que queda fuera de la acción de la ley, está mal redactado porque repite acción en la misma línea, dice que las acciones privadas que dañen a terceros quedan fuera de la acción de la ley. Lo que nos está diciendo es que la acción de la ley tiene que ser la medida del daño. Claro usted me va a decir que a eso se llega por interpretación, pero quien nos garantiza también que poniendo en la constitución que la reacción estatal será proporcional al daño y tal y tal.. quien nos garantiza que eso nos lo va a resolver? A mí me parece que está bien, se puede aclarar más, pero al final de cuentas Cristian, aquí rige una premisa sentada por Carnelutti si no me equivoco, y es que un mal Código en manos de un buen juez hace justicia y el mejor código en manos de un mal juez no sirve. Entonces, más que nada tiene que ser la formación de los abogados, la que permita, porque si usted le pone ahí que regirá el principio de proporcionalidad que consiste en... diay si no lo entienden, será un problema, siempre vamos a estar en el mismo lugar. Usted ve por ejemplo la constitución de Guatemala es muy buena, incluso, establece la finalidad de la pena que incluso nuestra constitución no al contiene. Claro, establece la pena de muerte ahí en otro capítulo, pero establece el fin resocializador de la pena y usted cree que en Guatemala eso se cumple? Bueno aquí tampoco, tampoco es que estoy diciendo que nosotros somos mejores, pero el punto está en la preparación del abogado, yo creo que eso tiene que ver muchísimo con lo que nos está pasando, hay muchas universidades con minúscula, que esta graduando muchos abogados con minúscula y esto no deja de ser un problema.

Cristian: Y no solo las universidades pues también el proceso para llegar a ser juez penal no es un proceso más que un examen, no existe una verdadera capacitación para asumir este tipo de casos, porque puede que el Juez que haya asumido la primera audiencia por ejemplo del caso cochinilla, o diamante o cementazo, haya sido un juez nuevito.

Francisco: Bueno, yo creo que ese no era el caso, me parece que había más presión mediática que eso, pero para el futuro el problema que afronta el país es que se ha lesionado tanto al poder judicial, se le han rebajado tanto el salario de los jueces, y se han gravado tanto las pensiones que ya dejo de ser un atractivo para un buen estudiante de derecho iniciar la carrera judicial, yo no lo digo por los jueces que están ahora, pero esperemos unos 10 o 20 años a

ver cómo vamos a estar. Es que cuando uno no estudiaba en la escuela, lo que le decían a uno los papas y los abuelos era que en ese tiempo, que si no estudia va a terminar de policía, que eran los funcionarios peor pagados en aquel momento. Bueno, yo creo que dentro de algunos años van a decir si no estudia va a terminar de siendo juez. Vea usted que triste el discurso del nuevo presidente de la Corte Suprema don Orlando Aguirre que lo que dijo es que el poder judicial lo que logra captar son las sobras, es lo que sobra de los abogados y esto es muy triste que hayamos llegado a esto, porque teníamos el mejor poder judicial de América latina.

Cristian: Es que es algo preocupante porque yo le digo a usted, en 10, 15, 20 años yo creería que o no van a haber jueces porque ya no es atractivo o los jueces que van a existir van a ser las personas más corruptas del poder judicial porque van a ganar tan poquito, no van a tener pensión y su única forma de subsistencia real va a ser dándose para la corrupción.

Francisco: Si en algún momento hubo un proyecto que se llamó el libro blanco de la justicia centroamericana patrocinado por algunas universidades internacionales y cuando se expusieron las conclusiones alguien decía que el salario de un juez no debe ser tan alto como para que se atreva a hacer lo que sea para conservar el empleo ni puede ser tan bajo como para que se atreva a hacer lo que sea para por conservar el empleo, porque si es muy bajo y quiere conservar el empleo es porque es un abogado que no sirve para nada y hace lo que sea para conservar el empleo. Entonces tiene que ser un salario que le permita vivir con decoro, con progreso familiar, no para hacerse millonario pero tampoco para vivir en la miseria y con una buena promesa de pensión al final de la carrera. Porque si no la gente optara por irse a la calle a construir un capital que le permita vivir decorosamente al final de sus días, pero si la carrera judicial no se la va a permitir quien va a estar ahí.

Cristian: Demasiado dolor de cabeza para algo tan poquito.

Francisco: Claro! Y no con lo que hay que enfrentar. Yo quiero ver si con un salario exiguo van a arriesgar la vida con narcotraficantes, con traficantes de armas, sicarios, es que tenemos que ver que es lo que hay que enfrentar. Y claro a veces la gente, la gente fanática, lo que le

dice es bueno diay para que optan a eso, porque, que es esa barbaridad y porque tiene que tener escoltas y porque guardaespaldas y porque seguridad. Bueno, yo quisiera saber si esas personas que hablan irían sin cuerdas, sin plataforma, sin casco, sin nada a limpiar los pisos, los vidrios de un piso catorce. Las condiciones adecuadas se dan según la misión que usted tenga que realizar y a todo el mundo se las dan menos a los jueces. Esta estupidez que inventaron de la jurisdicción especializada de crimen organizado, es una demostración del deterioro que tenemos, donde el único incentivo que se le va a dar a los jueces que apliquen o que sean nombrados son 60 mil colones más de salario, con eso no le alcanza pero ni para pagar el parqueo. Es tan miope lo que se ha creado, que estos tribunales de alto impacto se supone que tienen que estar en edificios ajenos al resto de la jurisdicción para poderles dar una protección especial y no arriesgarlos con los que están en otros edificios, los jueces civiles, los jueces de familia, que nada tienen que ver con criminalidad organizada, entonces cuando usted los tiene separados es más fácil darles protección porque es un punto concreto además es más fácil controlar los viajes, las entradas y salidas pero si le van a dar 60 mil pesos y además no le vamos a dar ni parqueo, usted tiene que salir caminando después del juicio para que lo maten en la calle, bueno, es una verdadera estupidez.

Cristian: Si si no tiene sentido, e irónicamente tampoco aplicaron o pensaron en la proporcionalidad de lo que los jueces y los personeros de los fiscales ven como para ofrecerles una miseria de aumentos para ese tipo de delitos, es ilógico.

Francisco: Si totalmente.

Cristian: No, más bien. Ya termine con el cuestionario don Francisco, le agradezco muchísimo el tiempo, la atención y sus respuestas tan aplicas que van a ser de suma importancia para la investigación.

Como parte del trabajo yo tengo que hacer la transcripción completa de la entrevista, si usted quiere yo sé la envío obviamente antes de presentar el trabajo final, para que usted la pueda revisar y si quiere agregarle o quitarle algo que tal vez haya dicho que no está de acuerdo cuando lo vuelve a leer, para poderlo eliminar de la transcripción.

Francisco: Ok perfecto

Cristian: Ok perfecto. Muchas gracias, pura vida y que tenga muy buen día.

Francisco: El mejor de los éxitos.

Cristian: Gracias, pura vida, hasta luego.

Francisco: Hasta luego.

Apéndice E. Transcripción de la entrevista con Miguel Zamora Acevedo

Cristian: Muy buenos días don Miguel, mi nombre es Cristian Salas, yo estoy trabajando en un trabajo de investigación para obtener el grado de maestría en derecho penal en la UIA, el trabajo se titula “El principio de proporcionalidad como barrera infranqueable a la hora de la imposición de la prisión preventiva”, como parte metodológica del trabajo de investigación pues corresponde hacer distintas entrevistas tanto a defensores, jueces o fiscales o litigantes privados que se dediquen al derecho penal y que tengan un contacto cercano con audiencias de medidas cautelares en etapa intermedia o en etapa preparatorio. Inicialmente lo contactamos a usted por su amplia experiencia en temas de esta materia y como usted se dedica a ser defensor público y también ha tenido asensos en la judicatura, pues es de bastante interés para mí y para el trabajo conocer su criterio y sus apreciaciones respecto del tema de principio de proporcionalidad a la hora de imponer la prisión preventiva. No sé si se puede presentar.

Miguel: Si claro, Miguel Zamora, buenas tardes Cristian, si me desempeño como defensor público hace menos, bueno desde el año 2015, del 2005 perdón, soy docente también de la universidad de Costa Rica en grado y posgrado en razonamiento jurídico y de investigación jurídica y me desempeño como defensor público y hago asensos también como juez de apelaciones en Santa Cruz y Juez de Juicio en San Ramón y Alajuela y he escrito algunas cuestiones ahí de interés. Eso es más o menos a lo que me he dedicado.

Cristian: Perfecto, excelente. Bueno para comentarle que la presente entrevista va a ser grabada para que sea de conocimiento suyo.

Miguel: Perfecto

Cristian: Y pues si gusta vamos a iniciar con la primera pregunta que es un poco general, ¿en términos generales, que opina usted sobre la forma de imposición de prisión preventiva en Costa Rica?

Miguel: Si bueno, en general la imposición de las medidas cautelares, específicamente de las que son de más gravosa imposición como es la privación de libertad, es muy casuística, no obstante, se pueden encontrar diversas líneas temáticas no, para decir como es el instituto en Costa Rica. Yo creo que es a la inversa lo que establece la legislación, es decir, criterio de excepcionalidad o ultima ratio, es a la inversa, se parte más bien que es casi que la regla en ciertos delitos. El punto medular que yo siempre he criticado es que la prisión se impone cuando se tienen elementos de prueba no, así lo dice la norma, se tienen elementos de prueba para la imposición de la medida, sin embargo, en Costa Rica es al revés, si se pide la prisión preventiva para investigar, eso lo he visto siempre.

Imponemos la medida para cuestiones de alarma social, pero también para facilitarle la investigación al Ministerio Público, por eso vemos entonces sobre todo en casos muy mediáticos la solicitudes de medidas, la imposición y después la investigación. Y en que termina en los grandes casos, yo creo que es la regla, termina en nada, pero si previamente hubo imposición de medidas, sobre todo prisión preventiva y no se llega a nada.

Yo creo que ese es el común denominador, hay una, digámoslo así una decidía por imponer la prisión como manda la ley y a lo que establece el juicio de convencionalidad la excepción y no como regla.

Cristian: ¿Considera usted que los Juzgadores penales analizan todos los presupuestos legales para la imposición de prisión preventiva?

Miguel: yo creo que no y ese es el defecto, entendemos que para la imposición se ocupan nada más los elementos de convicción, la existencia de un peligro procesal y que el delito tenga sanción privativa de libertad, eso suena fácil. Y al decir que solo es eso, se establece como una falacia de conclusión apresurada, analizó esto y no todo lo demás. Bueno yo creo que hay que analizar todo lo demás, si uno ve el 240 por ejemplo que desarrolla la presunción de fuga, muchas veces se dice que hay presunción de fuga porque no tiene domicilio o no tiene arraigo en el país y eso es criminalizar la pobreza y se entra en condiciones muy

normales de la persona, pero no examinan lo demás, que está en el país, que puede ser una persona extranjera pero que vino aquí por necesidades o porque le gusta, por deseo, es una afinidad, siempre hay más elementos, pero se resalta lo negativo y nunca lo positivo.

Eso es lo que yo critico porque al sentido inverso si usted dice mire hay peligro de fuga, usted también a favor del imputado puede decir mire pero no hay obstaculización, pero no hay peligro para la víctima, me explico, son puntos a favor que se dejan de considerar. Eso no es un análisis conglobado integral de la situación real del imputado y por tanto me parece que es perjudicial y así no se hace una debida fundamentación de una decisión.

Cristian: Y bueno, si existen, cuáles son esos los límites que deberían de tomar en cuenta los juzgadores a la hora de imponer prisión preventiva o cualesquiera otra medida cautelar?

Miguel: Si bueno, ese es el detalle no? Las legislaciones siempre van atrasadas en cuanto a lo que señala la doctrina y lo que señala la jurisprudencia. El límite esta yo creo, el límite está en lo que es el principio de proporcionalidad, como principio supra legal, no está contenido en la norma, pero si usted lo lee, por ejemplo la relación que hay en el 244 genero-especie 238, es de genero-especio, ahí está la proporcionalidad. Es decir, tiene que hacer examen entre aspectos de necesidad, idoneidad y duración de la medida.

Es una cuestión interpretativa, como también esta otro principio que es el principio dinámico, no está en la norma, evidentemente si usted lo lee en general, las medidas cautelares tienen que ser dinámicas, es decir, la imposición el estatus quo de la imposición varía con el tiempo, entonces hay que ver necesariamente en el transcurso del tiempo si eso se sigue manteniendo. Es algo dinámico.

Cristian: Y usted, ¿cree que en la práctica judicial, se utiliza el principio de proporcionalidad a la hora de imponer prisión preventiva o cualesquiera otra medida cautelar?

Miguel: Yo creo que parcialmente, porque confunden proporcionalidad con el nombre, con el correctivo de plazos, y es lo único, si usted ve en la jurisprudencia, miré el plazo es proporcional porque el delito es droga, 8 años mínimo, entonces le pone 6 meses, es tentativa de homicidio y generalmente se confunden en eso y en realidad el plazo es el último de los requisitos que es como una relación escalonada, siempre he dicho yo, es como ver una escalera, el piso es su principio de necesidad, porque es necesaria la medida, ¿necesidad con respecto a qué? Al proceso. No para evitar delitos, no para ver que dice la gente, no para aspectos externos, la necesidad es para el proceso. Entonces hay que ver qué medida es necesaria para el proceso, que es lo que nos interesa? Que el proceso continúe, que se ocupa algún elemento de prueba donde el imputado es objeto de prueba, entonces evidentemente ahí hay una necesidad.

Y lo otro es, el otro principio es idoneidad, si usted establece que es necesaria la imposición de una medida, no quiere decir que es prisión, lo que implica es que hay necesidad para imponer una medida, perfecto, pasemos al segundo escalón.

¿Qué quiere decir eso? Bueno examinemos la idoneidad, cual es la medida idónea, el 244 da un catálogo, pero también hay amplios, ahí hay elementos que deben de considerarse, lo que interesa es saber dónde localizar al sujeto, o no? Y si determina que hay necesidad de imponer una medida, bueno busque cual es la idónea, digamos, la obligación de firmar digamos, la obligación de presentarse a tal lugar, la imposición de determinar un domicilio. Si el sujeto es indigente, bueno tiene que fijar un domicilio donde se le pueda localizar, independientemente de su condición y así sucesivamente, pero no pasar directamente a la prisión por la existencia del peligro.

Y después si la medida es necesaria y hay alguna que sea idónea, determinar también el plazo, en estos casos, hay parámetros ya objetivos que ha dado la jurisprudencia convencional, digamos se ha establecido, sobre todo la Comisión que en tesis de principio ninguna medida puede superar los dos tercios de la pena mínima a imponer, entonces ya con eso le dan un parámetros, pero no por eso quiere decir que voy a imponer eso, porque sería muy alto por ejemplo el delito de droga, es simplemente un parámetro y así se debe imponer.

Cristian: ¿Y qué pasa con los casos donde usualmente por el tipo de delito se impone la medida cautelar de prisión preventiva casi que de oficio?

Miguel: Bueno el detalle es que los correctivos procesales son los recursos y es una cuestión casi que de regla, que los tribunales que conocen en apelación difícilmente modifican lo que ha resuelto el juez de juicio, máxime cuando es una decisión muy amplia, son horas de resolverlo oralmente, yo lo que he visto en la práctica es que es muy poco, y otro detalle también es como recurrimos, como apelamos, a veces le facilitamos la labor al juez para sostener una decisión que es errada no, porque en apelación no es discutir nuevamente la medida, eso es lo que a veces sucede, mire es que si había peligro, esto lo otro, en apelación no es eso, en apelación es el examen de la logicidad y la juricidad de la decisión.

Cristian: Y usted estando del otro lado como defensor, ¿considera usted que más bien son o deberían de ser los Fiscales de la República, quienes deberían de tomar en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de solicitar una medida cautelar, principalmente la de prisión preventiva?

Miguel: Vamos a ver, ese es el deber ser. Es decir, a lo que aspirarían, pero la norma no es eso. Básicamente el 6 y el 36 procesales establecen la objetividad, la objetividad es el respeto a la norma, no son y eso a veces lo confundimos, los fiscales no son imparciales, son parcializados también. Entonces trabajan en función de eso también, hay muchos correctivos externos que juegan en su contra, evidentemente un fiscal interino en un puesto que desea mantenerse, en un caso mediático o no siendo mediático es un caso grave, que podría llegar a ser y el temor de que sea publicitado, todo esto son cuestiones que juegan en contra del imputado, entonces ameritan que el fiscal siempre pida las máximas medidas y traslada a los jueces la responsabilidad o no. Son esas variables externas que juegan en contra.

Cristian: Si y siempre en perjuicio de los imputados, nunca en perjuicio de la institución. ¿y en términos generales, que derechos fundamentales considera que se ven violentados a la hora de imponer prisión preventiva o cualesquiera otra medida cautelar?

Miguel: Yo creo evidentemente la libertad ambulatoria, pero sobre todo yo creo que la dignidad, porque? Bueno básicamente porque los correctivos que tenemos no funcionan y el máximo correcto que tiene cualquier sistema, es el hábeas corpus, pero si usted examina los hábeas corpus, por más que se declaren con lugar, curiosamente la sala tiene un estribillo, sin otorgar la libertad del imputado y ha inventado lo que es la prisión instrumental. Pero con solo eso que usted diga mire la Sala se ha creado la prisión instrumental e inmediatamente cualquier persona va a entender mire eso es una interpretación y eso no existe legalmente y por tanto es ilegítimo establecer una prisión así y debe otorgarse la libertad inmediatamente. Esa es la esencia del hábeas corpus, si el juez, si el Estado restringe un derecho y está mal y este derecho es la libertad ambulatoria, automáticamente tiene que dejarlo en libertad, pero no se hace eso.

Bueno hay una historia de eso, yo la he contado varias veces, que eso se debe porque los mismos magistrados hace mucho, en el 2009 para atrás, metieron todo el proceso de oralidad a la fuerza entonces ellos querían que todo fuera oral, todo tenía que ser oral y cuando vieron que eso no funcionaba, porque? Porque bueno no todos tenemos facilidad de palabra, etc etc, si la audiencia era oral el Juez iba a resolver con lo que le dijeran las partes y algunas personas, sobre todo fiscales no tenían facilidad oral o el mismo juez dictaba una resolución sin fundamentación, entonces estaba mal y recurríamos a la Sala y la Sala veía eso y decía si no puede ser. Entonces si comienzo a declarar con lugar todos los hábeas y los pongo en libertad, nadie va a seguir aplicando la oralidad, entonces mejor lo que se curaron en salud fue, eso es lo que yo creo, que vamos a declarar con lugar el hábeas, que esta malo, pero no le otorgamos la libertad, vuelva a hacer la audiencia otra vez, entonces no tiene ningún sentido.

Cristian: Si si, deja de tener lógica el simple hecho de presentar el hábeas corpus y usted, ¿podría considerar que el principio de proporcionalidad se convierte en un protector de estos derechos fundamentales?

Miguel: Si se aplica, me parece que es básico, ese es el correctivo, tanto el tribunal federal alemán, el tribunal constitucional español así lo han hecho ver y si se aplica en países donde la prisión es totalmente excepcionalísima, así debe ser. Yo siempre digo hágase el siguiente ejercicio, si tú ves en un caso sonado, de carácter mediático, la trocha, caso diamante, bueno cualquier otro, siempre se hace la detención y solicitan las medidas. Si usted ve el estándar probatorio para la imposición de una medida que es la existencia de elementos de convicción suficientes y luego examina usted el estándar probatorio necesario para una acusación que tenga el grado probable, es prácticamente lo mismo. Entonces porque es que tenemos solicitudes de prisión, se otorgan prisiones a veces o algún otro tipo de medidas como arresto domiciliario, etc, y no hay acusaciones. Hay dos alternativas, o la solicitud estuvo mal porque en realidad no había prueba o la solicitud a pesar de estar mal o estar buena, el juez siempre la concedió por ser un caso mediático y después cuando examinan si esas pruebas son suficientes para la acusación se determina que no hay, porque si usted tiene elementos de prueba para llevar a una persona a una medida cautelar, o sea hay pruebas suficientes según el 238, quiere decir, que con eso podría acusar también y no lo hay. Quiere decir entonces que la proporcionalidad está fallando, no se está aplicando adecuadamente.

Cristian: ¿y este principio de proporcionalidad se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico?

Miguel: yo creo que sí, una interpretación sistemática de la constitución, yo diría que a partir del 28 párrafo segundo, artículo 37 y 39 de la constitución. 28 párrafo segundo, artículo 37 y 39 de la constitución.

Yo creo que ahí establece claramente el deber del Estado cuando puede afectar o no la lesividad, el indicio para la detención, en función del llamamiento de un juez y la culpabilidad del sujeto, que debe entenderse, no como la culpabilidad como teoría del delito, sino como culpabilidad en sentido amplio para tenerlo como sospechoso.

Cristian: ¿Y la interpretación que se le ha dado a esos artículos si cree que es correcta?

Miguel: Yo creo que es correcta pero no suficiente, me parece que debe de ser desarrollada más, como he indicado ahí está el análisis de la necesidad, idoneidad y la proporcionalidad. Finalmente, se hace como haber reiterado nada más como proporcionalidad en sentido estricto, nada más para los plazos y lo demás se mencionan pero no se han desarrollado. Y esa es la lógica, necesidad como he indicado, porque tiene que existir un peligro específico y la idoneidad, cual es la medida que puede solventar ese peligro. Generalmente, no se desarrolla eso.

Cristian: Y de la mano con la pregunta anterior, ese principio de proporcionalidad, considera usted, que se encuentra respaldado, bueno, por el control de constitucionalidad, ya me menciono que sí, pero por el control de convencionalidad.

Miguel: Claro, es más desde los primeros casos, Suarez Rosero contra Honduras, se ha establecido cuales son los parámetros para la imposición de medidas cautelares, simplemente nada más peligro de fuga y obstaculización, con solo eso es un parámetro de proporcionalidad, quiere decir que el Estado no puede intervenir más allá de estos peligros procesales pero nosotros tenemos continuidad delictiva 238 bis, es un peligro que es que continúe delinquiriendo. Eso no es un peligro procesal, es una función de la pena, impedir que vuelvan a cometer delitos, pero procesalmente no porque es dentro del caso en específico.

Y dos tenemos la reincidencia que dicho sea de paso en Costa Rica como que no se sabe muy bien que es reincidencia, solo aplican el 39 del Código Penal. Yo hice un articulito hace mucho donde desarrollaba los tipos de reincidencia, porque el código si vos lo ves no tiene como medida la reincidencia en general, sino específica, dice reincidente en delitos contra la

vida, bla bla bla con fuerza o violencia, básicamente serían homicidios graves o robos o extorsiones pero no pueden en delitos, por ejemplo como la estafa que no existe fuerza ni violencia, porque el código te exige una reincidencia específica para el delito que estas investigando y para el anterior, esa es la lógica de la reincidencia.

Cristian: ¿y usted considera, que en la práctica judicial, nuestros juzgadores penales aplican alguno de estos dos controles de constitucionalidad o de convencionalidad a la hora de utilizar el principio de proporcionalidad?

Miguel: Mira, ve, cuando uno lo encuentra es rarísimo, por ejemplo, yo he litigado todo el primer circuito judicial de San José, que es de los más grandes, por no decir el más grande del país, y de los jueces penales solo una, vea que lo aplique, y cuando digo solo una, es porque es una mujer y lo puedo decir es Ana Raquel, y este, y es nueva, los más viejos no. Vamos a ver, yo creo que existen ciertos temores no? Sobre todo para algún tipo de delincuencia, drogas, penalización, delitos sexuales contra menor, casi que la imposición de la mitad es la regla, si vos lo ves el problema es que en forma indeterminada vos puedes sostener una medida, cualquier caso equis, vos puedes decir, mire existe el peligro de fuga, si bien es costarricense no tiene un trabajo estable entonces lo puede realizar en cualquier parte del país, si bien tiene familia, hijos, lo cierto del caso es que eso no fue obstáculo para cometer delitos, son los estribillos que uno escucha, ya solo con eso tiene peligro de fuga, es muy ambiguo, indeterminado y absurdo, y hasta tonto pero bueno eso es lo que se ve. Me explico? Entonces yo creo que hace falta más racionalidad en el control de las decisiones, a veces, se nos confunde que a pesar de ciencia social, el derecho o el discurso tiene que tener un mínimo de racionalidad, es decir, las cosas que decimos tienen que tener algún contenido lógico, y nosotros a veces nos falta eso.

Cristian: Si y vieras que curioso porque al menos en mi práctica profesional, también solamente una juzgadora me ha aplicado los controles de convencionalidad a la hora de resolver medidas cautelares, y fue en Heredia y también es jovencita, entonces ahí es donde

uno dice, que será? Que es que los viejos o no saben o no quieren aplicarla o de verdad les da miedo utilizarla.

Miguel: Si, también es que, bueno, lo que yo he visto en la práctica cuando yo lo he propuesto ante los viejos es que nuestro sistema constitucional es arcaico, para la Sala constitucional que es muy arcaica, no quiere actualizarse, parten de que existe un control concentrado de convencionalidad, que solo ellos lo pueden aplicar, que el Juez ordinario lo haga, dice que es malo, a veces le da cierto temor al juez penal, lo cual es falso, con el caso Almoracid Arellano la Corte ha dicho que el control de convencionalidad lo tiene que hacer cualquiera, entonces el juez lo puede aplicar directamente y nosotros tenemos el caso más vergonzoso que es la anulación de una sentencia de constitucionalidad por parte de la Convención en el caso de Artavia Murillo, la Corte estableció la fecundación in vitro, luego la Corte constitucional, la Sala cuarta nuestra, anuló el decreto que regulaba eso y vino después en ese mismo caso Artavia Murillo, la Sala, la Corte Interamericana y anula la decisión de inconstitucionalidad de esa norma que había hecho la sala constitucional nuestra. Que esa fue la primera decisión de la Corte Interamericana donde anula directamente un proceso ya de incumplimiento de sus decisiones y yo creo que es vergonzoso, pero bueno ese es un antecedente.

Cristian: Ok. ¿Usted cree que si se en la práctica judicial, este principio fuese utilizado por los Juzgadores Penales, el mismo sería un verdadero límite para la imposición de prisión preventiva?

Miguel: Es una condición necesaria, pero no suficiente. Que quiero decir con esto? Cualquier instrumento que tengamos nosotros para bien o para mal puede servir para uno u otro parámetro, pero por sí mismo no es suficiente. Es necesario es el basamento lógico, pero no es suficiente. Para que sea suficiente se requiere que vaya también con apego al principio de legalidad, por ejemplo.

Al principio de legalidad, en cuanto, que es lo que quiero decir con esto? Es su correctivo tipicidad, reserva de ley, porque bueno puedes tener proporcionalidad pero que pasa si lo que

tienes un caso de un sujeto con un cuchillo intentó agredir a alguien hacia la cara, un pleito callejero, bueno por aplicar la proporcionalidad, puede resultar muy bien, pero si no aplicas muy bien la legalidad lo que va a decir el fiscal es que eso es tentativa de homicidio, donde es una simple agresión, entonces si aplicas mal la legalidad te da una tentativa de homicidio y tienes una pena grave de 12 años, y por la proporcionalidad se justificaría la prisión. Me explico? Entonces los institutos si son importantes siempre y cuando también se apliquen otros también que son necesarios y básicos en el sistema, yo creo que para el respeto de eso si hay que incluir la proporcionalidad pero no decayendo en por ejemplo la legalidad, el debido proceso.

Qué pasa si aplicamos legalidad, proporcionalidad pero no el derecho de defensa porque el imputado no llevo defensor, o el que llevo fue un defensor particular que no tenía conocimiento de penal y el juez no garantizo el debido proceso, con una diligencia debida del profesional que lo asesoraba. Me explico? Hay muchas, hay muchas variables, pero en si, por supuesto que puede contribuir grandemente siempre y cuando se respeten los otros elementos también del proceso.

Cristian: Si siempre que se aplique todo en conjunto y no de forma aislada.

Miguel: Si, exacto.

Cristian: ¿y usted considera que este principio debería integrarse de forma expresa a nuestro ordenamiento jurídico? ¿Cuál sería la mejor forma para lograrlo?

Miguel: No, yo creo que no. Básicamente debemos de recordar que el derecho en general se mantiene entre reglas y principios, reglas me refiero a normas, generalmente están articuladas en códigos, leyes, etc. Y principios están en la constitución y en general en cualquier catálogo de cartas que establezcan derechos fundamentales. Entonces los principios cumplen un rol básico que es mandato de optimización. Lo ideal es que se mantengan ahí en el deber-ser, como la constitución, como la convención que establezcan un mínimo, como el coto bedau, que llaman los teóricos, en el cual a raíz de eso se potencialice.

Si usted lo positiviza, lo pone en una norma, en materia penal se queda limitado a la interpretación gramatical, entonces el día de mañana a como lo estemos interpretando, sea muy restringido, o a la inversa, a como lo estamos interpretando podemos potencializarlo más.

Vea que hemos hablado de necesidad, de idoneidad, y en sentido estricto, pero puede suceder como yo lo hice en un momento como agregarle el criterio dinámico, que el criterio de la imposición sea dinámica a partir del principio de proporcionalidad, que significa que si hoy imponemos con equis cantidad de pruebas el día de mañana esas pruebas varían, automáticamente hay que variarla.

Como puede ser? Penalización, denuncia de la afectada, al día siguiente se abstiene, ya cambia todo el panorama. Yo creo que a veces en cuanto a los principios está bien que se mantengan ahí o cuando están a partir de una interpretación, que ya hemos dicho el 28 párrafo segundo, 37 y 39. Positivizar los principios no me parece muy adecuado. Las reglas evidentemente sí.

Cristian: Claro, porque al establecerlo en norma, podría verse completamente limitada su interpretación, ya que en materia penal es una interpretación restrictiva y eso perjudicaría al principio por sí solo.

Miguel: Exactamente.

Cristian: Bueno perfecto. Más bien esa era la última pregunta don Miguel. Más bien muchísimas gracias, por el tiempo que saco para la presente entrevista, su información o su criterio es de suma importancia para el trabajo y pues así será plasmado en la parte metodológica del mismo. De hecho inclusive más bien fue pura coincidencia, porque se lo comento don Adán lo contactó porque en mi trabajo yo lo cité a usted en varios artículos que usted ha escrito, entonces como él lo conocía entonces me dijo aprovecha la entrevista también para conocerlo y pues como él también ha escrito varias cosillas sobre el principio,

pues te va a servir de gran ayuda para el mismo y para aclarar ciertos puntos específicos que tengas duda con respecto al trabajo en sí y pues la verdad las preguntas iban más que todo enfocadas a eso y pues más bien darle las gracias por el tiempo y no ahí cualquier cosita yo le voy a enviar la transcripción por escrito para que usted la pueda leer, si quisiera agregar algo, quitar algo, para eliminarlo antes de presentar el trabajo nada más me lo indica para así hacerlo y que no vaya nada que usted no quiera que vaya dentro de la transcripción. Y también para solicitarle si me autoriza a poner su nombre completo y datos personales para que conste ahí en el documento.

Miguel: Si claro, no hay ningún problema. Es más no se cual citaste, pero yo hice un artículo donde examinaba, yo le había dicho a Adán, ahorita no me acuerdo cual es, donde se examinaba puntualmente la razonabilidad de cada principio, de cada peligro procesal, pregúntale a él, yo se lo había facilitado, porque yo creo que eso, es el que yo hice una ponencia en Italia, porque ahí fue donde lo puse, porque le llamo la atención, entonces yo lo que agarre fue cada peligro procesal y examine punto por punto la razonabilidad de cada uno de ellos, entonces puede ser porque es en sí la aplicación de la proporcionalidad.

Cristian: Si, me parece que ese fue el que tengo. Entonces sí. Igual voy a verificarlo con él para ver si es otro pero me parece que es ese, pero sino más bien super explicado todo el tema y ahí le agradezco mucho el tiempo y pues cualquier cosita estamos conversando.

Apéndice F. Transcripción de la entrevista con Karen Jiménez Umaña

Cristian: Buenas noches doña Karen Jiménez, ¿usted fiscal en probidad verdad?

Karen: Si en la Fiscalía de Probidad de San José.

Cristian: Ok perfecto, te comento un poquitito yo estoy haciendo ahorita actualmente la tesis de maestría en derecho penal en la UIA, el tema es el principio de proporcionalidad como franqueable de la prisión preventiva. Como parte de la metodología o de la Universidad nos impone como requisitos pues obviamente es entrevistar tanto a defensores públicos, fiscales, juece, defensores privados con respecto al tema de medidas cautelares específicamente el principio de proporcionalidad para ver cómo se está utilizando, si es que se utiliza de forma correcta por parte de los jugadores en la práctica judicial este para comentarte igual la entrevista está siendo grabada y va a ser transcrita posteriormente yo te la voy a hacer llegar transcripción para que usted la pueda leer y si quiere agregar o quitar algo gusto podemos hacerlo para que vaya lo único que usted quiera que haya plasmado en esa en esa entrevista no sé si te podes este introducir presentar.

Karen: Bueno mi nombre es Karen Jiménez Umaña, soy fiscal auxiliar en el Ministerio público desde el 2016, he estado en varias fiscalías, de hecho ese tema es bastante interesante porque yo inicié la fiscalía de flagrancia donde la prisión preventiva es pan de cada día verdad, después también estuve en la unidad del trámite rápido que es una fiscalía bastante movida, que hay mucha delincuencia común y también en la Fiscalía de San José, he estado en varias fiscalías especializadas como por ejemplo delitos económicos y ahora que estoy en la Fiscalía probidad donde más bien la prisión preventiva algo que usted más bien atípico, no algo que usted normalmente practique verdad de ir a solicitarla de un Juez Penal pero si la verdad he tenido bastantes experiencias con la prisión preventiva.

Cristian: Ok perfecto muchas gracias y para iniciar ya lo que es la entrevista la primera pregunta sería en términos generales qué opina usted sobre la forma de imposición de prisión preventiva en Costa Rica

Karen: Bueno que te puedo decir si para sí tenemos que partir de que eventualmente la prisión preventiva es un mecanismo que se creó bajo la normativa procesal penal para eventualmente suprimir por decirlo de alguna manera o contrarrestar algunos peligros procesales verdad sin embargo este siento que en los últimos años en Costa Rica y precisamente por la creación de tantas leyes y que la Asamblea Legislativa se ha olvidado de que el derecho penal debe ser la última ratio, que más bien todo lo están penalizando verdad todo lo están metiendo como por decirlo así como lenguaje coloquial en un saquito dentro del derecho penal se le ha venido dando un mal uso a la prisión preventiva las medidas cautelares en Costa Rica olvidándonos inclusive por parte del Ministerio público de que efectivamente la prisión preventiva tiene que ser la excepción no la regla y este algo que me que a mí me llama la atención y que incluso cuando ya usted se no se tiene el nombramiento de juez o demás que se le abre un poco el horizonte nos damos cuenta que eventualmente quién está detrás de una prisión preventiva es una persona un ser humano y que eventualmente tenemos que valorar bien si efectivamente se debe o no solicitar la prisión preventiva entonces ahí también es donde debemos recordar aplicar control de convencionalidad porque si vos te pones a ver o si nos vamos a la normativa procesal a los artículos que ya propiamente regula la prisión preventiva vemos que parte de los peligros procesales que para mí solos por los cuales debe solicitar que son el peligro de fuga y obstaculización se crearon un montón más de peligros entre comillas que incluso han sido bastante controvertidos porque a nivel de la convención americana de Derechos Humanos y de que efectivamente ellos incluso dicen que la prisión preventiva debe ser la excepción porque hemos velar por la libertad de las personas imputadas o de cualquier persona entonces ellos ven como peligros procesales solo de obstaculización y de fuga pero aquí en Costa Rica hemos tenido casos en los que se van a pedir prisión preventiva únicamente porque la persona tal vez tiene 10 causas por robo agravado 10 causas por hurto simple etc entonces sinceramente los últimos años en Costa Rica y eso es algo que se dio incluso reflejaba la pandemia la prisión preventiva se le ha dado completamente un mal uso y para nada es la excepción sino que más bien es como una regla.

Cristian: Y usted considera que los jugadores penales analizan los presupuestos legales para la imposición de estas prisiones preventivas.

Karen: Lo tiene que hacer verdad porque inclusive para el momento de dictar la resolución que di tiene que, en tesis de principio la resolución de ellos tiene que estar completamente fundamentada y parte del dictado de la resolución es que hayan analizado eventualmente es la probabilidad de que la persona haya cometido el hecho delictivo los peligros de los peligros que hay los peligros procesales verdad y la proporcionalidad desde la prisión preventiva sin embargo como te digo este en realidad en Costa Rica en muchos lugares siento que las personas juzgadoras son más de la prisión preventiva es algo que en algunos lados se ha ido cambiando por medio incluso de de medidas sustitutivas del arresto domiciliario con monitoreo electrónico y demás pero bueno hay hay de todo en realidad hay de todo porque también hay resoluciones sumamente malas verdad de las cuales evidentemente uno ha tenido que ir a apelar la defensa ha tenido que ir a apelar y ya un Tribunal Superior pues deja en libertad o no a la persona imputada a la persona que se está investigando entonces en tesis de principio deberían hacerlo pero sinceramente y podemos ver que el que actualmente le hay tanto tanto hacinamiento carcelario que entonces usted ahí es donde se cuestiona efectivamente cuando dictan la prisión preventiva se detienen a analizar los presupuestos o simplemente la dictan por dictarlo verdad entonces siento que en muchos casos sí es como porque tal vez es lo más fácil verdad para para para resolver pero o sea no puedo hablar por todos los jueces digamos que estamos como un 50/50 pero en tesis de principio ellos deberían hacerlo he topado con muy buenos jueces que si lo hacen y inclusive este se aplican control de convencionalidad te hablan de control de convencionalidad que es algo a lo que Costa Rica está obligado pero como te digo no no todos.

Cristian: si realmente la minoría.

Karen: sí sí sí sí porque digamos no voy a decir nombres sigüientemente porque suena feo decirlo, pero yo tengo una amistad que es jueza y ella dice que ella así y ella me dijo ay no la verdad es que yo los dejo pegados a todos entonces al final usted dice verdad no sé eso eso no no habla muy bonito verdad de la función jurisdiccional, pero hay hay jueces de jueces de todo hay

Cristian: conoce usted cuáles son si existen los límites que se deberían de tomar en cuenta a la hora de imponer prisión preventiva o cualquier otro tipo de medida cautelar.

Karen: claro que sí bueno la tenemos que la la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal verdad en la que precisamente lo que se está valorando es un derecho fundamental que es la libertad de la persona que está siendo investigada entonces parte de los presupuestos para eventualmente analizar e incluso como fiscales si debo solicitarle al juez la prisión la imposición de la prisión preventiva es lo que establecen los artículos del 239 en adelante entonces qué es lo primero que yo debo analizar bueno si efectivamente hay una probabilidad de que la persona que yo estoy investigando sea autora del delito y con probabilidad yo tengo que concatenarlo con el principio de libertad probatoria verdad que es ver si yo tengo suficientes elementos de prueba en la causa que que me este demuestran que efectivamente esa persona pudo ser autor del delito participo en el delito o es coautor del delito verdad eso sí es muy importante y es algo que eventualmente sea tendido a confundir por parte incluso a veces del Ministerio público porque en muchas este solicitudes inclusive hablan de certeza y la certeza es algo que solo un juicio se va a establecer por medio de un tribunal en ya una vez que usted ha superado el análisis de la probabilidad es lo que tenías que empezar a ver es sí dentro de la causa cuando ya uno le toma los datos de identificación a la persona imputada existe algún peligro procesal por el cual se deba solicitar el dictado de la prisión preventiva que te mandemos el peligro de fuga que se compone por varias aristas que es el familiar laboral y domiciliario y eventualmente el que el peligro de obstaculización verdad que es cuando los testigos están en peligro o la víctima está en peligro tiene tiene dos supuestos el peligro de obstaculización pero también como te estaba diciendo anteriormente ahora hay este otras causales de prisión preventiva que se han visto como peligros procesales o que sea tomado como un peligro procesal una mala práctica tal vez siento yo que es el peligro para la víctima precisamente cuando estamos hablando de delitos de violencia doméstica o violencia de género y también que haya flagrancia en delitos como por ejemplo contra la propiedad no me acuerdo bien las otras las otras causales pero a mi criterio son o sea yo no lo veo como peligros si lo bueno también la la reiteración delictiva o la reincidencia verdad la continuidad delictiva yo sinceramente yo si aplico control de convencionalidad yo no lo veo precisamente como peligros procesales, pero aquí hay algo muy importante que la sala constitucional en jurisprudencia ha dicho que eventualmente sí se pueden alegar como

como peligros procesales si eventualmente existe por ejemplo un endeble arraigo domiciliario entonces por ejemplo si la persona que se yo, tiene 5 causas por robo agravado y tal vez tiene un endeble arraigo laboral que se dedique a vender tapitas en las inmediaciones del mercado central entonces ya hay vos ya lo puedes alegar como un peligro procesal entonces siento que ahí la sala constitucional si es abierto un gran portillo para que en eventualmente sean utilizados como peligros procesales pese a que ya existen varias este sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto en cuanto a cuáles son verdaderamente los peligros procesales por los cuales se impone la prisión preventiva y también este estos otras causales de prisión preventiva usted ve que son muy utilizadas en cuanto a cuando son delitos de droga verdad porque si por ejemplo la persona realiza varias ventas entonces algo en lo que fijo usted va a ir a alegar cuando le pide la prisión preventiva al juez es que fulanito vendió hoy vendió mañana vendió pasado mañana verdad entonces por eso y por la alta penalidad que tienen esos delitos entonces casi que casi que fijo que eventualmente dejen a las personas en prisión preventiva y con respecto a este los arraigos verdad a lo que establece el principio de el peligro de fuga propiamente se habla de arraigos verdad y eso es algo que también ha sido muy controvertido al momento de solicitar la prisión preventiva y al momento en que el juez impone la persona de jugadoras más bien para hacerlo del lenguaje inclusivo impone la prisión preventiva porque qué pasa que se habla de que arraigos es echar raíces ya tener cierto tiempo en un lugar determinado y verdad pero a veces las personas ya después llegan como una oferta laboral y así y lo que se ha dicho y lo que se alega como fiscal es que eso no constituye ningún arraigo verdad que eso es como una presunción pero esas son como como lo más importante que usted tiene que analizar al momento de solicitar la prisión preventiva y también muy importante bueno que el delito si está sancionado con una pena privativa de libertad porque si por ejemplo está con sancionado con una pena de inhabilitación o de trabajo de utilidad pública no cabe la prisión preventiva y también eventualmente se concatena el peligro de fuga con la eventual pena imponer que eso es algo en lo que se ha perdido bastante por no decir que mucho el principio de proporcionalidad en Costa Rica.

Cristian: y usted cree que en la práctica judicial este principio proporcionalidad es tomado en cuenta a la hora de imponer prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar

Karen: Bueno el principio de proporcionalidad este no está establecido así taxativamente en la normativa procesal penal sí está mencionado en el artículo 239 pero como por así por decirte que el artículo tal establece propiamente el principio de proporcionalidad no verdad eso es establecido a nivel de jurisprudencia y a nivel de normativa internacional qué pasa que inclusive este muchos fiscales al momento de solicitar la prisión preventiva y muchas personas juzgadoras al momento de fundamentar la resolución de prisión preventiva no hablan del principio de proporcionalidad pese a que efectivamente el artículo 239 establece la proporcionalidad y este los que usted ve que manejan el principio de proporcionalidad súper bien son los defensores públicos o eventualmente los defensores particulares verdad entonces como que usted diga que en la práctica si éste se maneja bien o que si si éste se cómo se puede decir se me fue la palabra en este momento se sea una buena práctica del principio de proporcionalidad no porque inclusive mucha gente no sabe que el principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios verdad que es la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto más bien muchas veces cuando usted termina de solicitar la prisión preventiva y usted hace alusión a ese principio de yo yo he tenido jueces que que se quedan como patinando puede ser un lenguaje coloquial verdad entonces siento que desde ahí estamos mal porque hay muchas personas que no saben ni tan siquiera qué significa el principio de proporcionalidad o que contiene el principio de proporcionalidad.

Cristian: y qué pasa con esos delitos o esos casos donde usualmente por el tipo de delitos se impone la medida cautelar de prisión preventiva casi que de oficio.

Karen: Bueno así como casi que de oficio, eventualmente quién puede imponer la prisión preventiva de oficio es solamente el Tribunal Penal verdad sin que el Ministerio público le haya solicitado este vista o le haya solicitado la prisión preventiva y esto es cuando el imputado ha estado rebelde verdad según lo que establece el artículo 89 y ya han sido tantas las rebeldías ya han tenido tantos dictados de rebeldía que entonces el Tribunal Penal la impone de oficio verdad por lo general para que el juez de la etapa preparatoria o intermedia imponga la prisión preventiva si tiene que ser a solicitud del Ministerio público y precisamente se tiene que dar un peligro procesal verdad pero este así como de oficio no he

visto que en los que casi siempre por decirlo de alguna manera que es muy común que se imponga la prisión preventiva es en los delitos de drogas o en los delitos que tienen que ver con este en los delitos sexuales verdad en esos delitos casi que es fijo fijo o en por ejemplo en violencia doméstica esos delitos y son casi fijos que se impone la prisión preventiva los de drogas por la alta penalidad verdad y precisamente por lo que te estaba hablando de la reincidencia que es como la solución para que ya la persona no continúe delinquiendo en los de violencia de género precisamente para salvaguardar la la la vida de la persona ofendida y los delitos de abusos sexuales precisamente también por la alta penalidad y eventualmente tomando en cuenta si se trata de un menor de edad nadie más si son familia casi que fijo que se impone la prisión preventiva pero de oficio únicamente el tribunal puede si se ha este dictado varias rebeldía se encuentra a la persona imputada.

Cristian: La siguiente pregunta ya medio me la contestaste en en tu entrevista, pero considera usted que los fiscales de la República deberían de tomar en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de que solicitan una medida cautelar principalmente cuando piden prisión preventiva

Karen: sí claro que sí es algo que uno como fiscal en apego al principio de objetividad usted tiene que tener en cuenta el por qué bueno primero porque estamos nosotros tenemos que ser objetivos y el principio de objetividad el lo que dice es que usted no solo debe ver las probanzas o la prueba que hay en contra del imputado sino también aquella que lo favorece a él verdad entonces eventualmente también analizar el principio de proporcionalidad es muy importante inclusive dependiendo del delito que usted está investigando porque por ejemplo si un fiscal no sabe nada de principio de proporcionalidad y tiene una causa de un hurto simple en el cual la pena mínima es de un mes imagínese entonces por ejemplo yo como fiscal ir a pedir prisión preventiva a una persona imputada por un delito de hurto simple porque tal vez tiene un endeble arraigo o laboral y tiene poco tiempo de vivir en x lugar y yo voy precisamente lo que solicitó es un mes de prisión preventiva en contra de la persona imputada para eventualmente finalizar la investigación porque yo también tengo que decir porque es que estoy pidiendo ese tiempo de que se dicte la prisión preventiva entonces eventualmente si yo como fiscal le pido el mes y él fue al mes básicamente que a la persona

pese a que existe un principio de presunción de inocencia y que estamos hablando de un derecho fundamental como es la libertad básicamente la persona ya casi que cumplió la condena sin habérselas llevado todo el proceso verdad entonces por eso es que es tan importante conocer el principio de proporcionalidad porque inclusive si usted conoce el principio se puede dar cuenta que tan necesario es solicitar la prisión preventiva o bien si el peligro procesal que existe dentro de la causa puede ser suprimido por otra medida menos gravosa.

Cristian: y usted vamos a ver en términos generales qué derechos fundamentales considera que se ven violentados a la hora de que se le impone la prisión preventiva o cualquier otro tipo de medida cautelar a un imputado

Karen: bueno el derecho más importante es el derecho a la libertad que es un derecho fundamental este que no solo es protegido a nivel de la Constitución Política sino que además es es protegido a nivel internacional verdad entonces la prisión preventiva lo que más violenta es efectivamente esa libertad de la persona de ya tener que ir a un centro penitenciario en un lugar donde evidentemente las condiciones mucha gente muchas veces por no decir la mayoría son inhumanas donde ya usted se le coarta la libertad de tránsito la libertad a salir la libertad de éste a trabajar a llevar una vida normal para mí ese es el ese es el delito como que uh perdón el delito el derecho fundamental que más se violentado con el dictado de la prisión preventiva

Cristian: y entonces podría considerarse que este principio proporcionalidad podría convertirse en un protector de estos derechos fundamentales

Karen: No podríamos decir que es como un protector si no vas yo podría decir que es un parámetro en eventualmente para poder determinar si efectivamente no hay otra alternativa verdad y sí o sí se tiene que pedir la prisión preventiva o eventualmente que me sirva como parámetro para para a saber si yo puedo solicitarle al juez alguna otra medida cautelar que no sea tan gravosa para la persona que yo estoy investigando lo veo más como un parámetro que

Cristian: La siguiente me parece que ya iguala contestaste, pero para ver si si tal vez puedo ahondar un poquito más si este principio de proporcionalidad se regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

Karen: No el principio de proporcionalidad está dame un momentito para verlo por acá el principio de proporcionalidad así como te digo taxativamente que esté en un artículo que diga al principio de proporcionalidad significa esto y esto y eso como por ejemplo el de legalidad o libertad probatoria no está sin embargo el inciso c del artículo 239 del código procesal penal vigente si éste si bien no lo menciona así como expresamente sí hace reconocimiento a este principio de proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva verdad entonces de ahí es que viene en la jurisprudencia que se ha creado y también este la la sentencias que ha establecido la Corte interamericana de derechos humanos mediante la aplicación de la convención y demás pero así que yo te diga que está expresamente establecido en nuestra normativa no ni tan siquiera la Constitución Política.

Cristian: sí justo eso es la siguiente pregunta existe una interpretación que se le ha dado a los artículos 37, 39 y 40 de la Constitución Política para la aplicación de este principio de proporcionalidad este bueno si consideras que si esa interpretación que se le ha dado es correcta y si tienes algún criterio al respecto.

Karen: bueno ahorita no tengo a mano la constitución política pero este algo algo he escuchado de eso porque como te digo yo me he basado más como en como en el control de convencionalidad entonces de esa interpretación que vos me decís sinceramente no no conozco mucho no sé si me puedes referir un poco para ver qué es lo que trata la interpretación de esos artículos.

Cristian: Si quieres te voy a leer los artículos o por lo menos el 37 dice: nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito de Juez o autoridad encargada del orden excepto cuando se trate de prófugo o delincuente in fraganti pero en todo caso ser puesto a disposición del juez competente dentro del término perentorio

de 24 horas y el 39 es el referido a nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior en virtud de sentencia en firme dictada por autoridad competente previo a oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad no constituye violación a este artículo o los dos anteriores el apremio en materia civil de trabajo detenciones que pudiera decretarse insolvencias quiebras bueno realmente la interpretación que se le ha dado ese es específicamente este el sentido de no lo dice expresamente por eso es la interpretación que le ha dado han dado algunos autores en el sentido de que pues si la persona todavía tiene esa presunción de inocencia y no existe una sentencia en firme pues deberá valorarse si es proporcional la aplicación de esa medida cautelar que se les está violentando su derecho fundamental a la libertad sin contar con esa certeza de que efectivamente haya cometido o no el delito en cuestión el delito.

Karen: sí bueno sinceramente yo ahora que me que me lo explicas no lo no veo como que esa interpretación esté correcta o que se relacione tanto con el principio de proporcionalidad porque vamos a ver eventualmente que nadie se ha detenido este sin indicio o que eventualmente que lo que no constituya delito y demás ahí estamos hablando básicamente de los requisitos de la prisión preventiva de la probabilidad verdad porque si tiene que haber indicios en contra de la persona imputada para para poder este eventualmente dictar la prisión preventiva y lo otro es valorar el dictado de la prisión preventiva y luego otro efectivamente que el delito esté sancionado con una pena privativa de libertad verdad porque sino no cabría el el este el dictado de la prisión preventiva entonces cómo interpretar que se concatenen o que yo pueda interpretar que esos artículos de la Constitución Política estén haciendo como como referencia o al principio de proporcionalidad no porque si ya te pones a analizar el principio de proporcionalidad es tenés que analizar la idoneidad la este necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto tal vez si analizamos este último su principio de la proporcionalidad en el sentido estricto en el sentido de que efectivamente se se tiene que valorar que no se le vaya a imponer a la persona un o que no se vaya a acceder en él dictado de la prisión preventiva este equilibrándolo con la eventual pena a imponer ahí digamos que tal vez lo podríamos ver por ese lado pero siento que eventualmente esos artículos se hacen más referencia como a esos requisitos que ya se tienen que analizar si o si para para el dictado la prisión preventiva pero no tanto para el principio de proporcionalidad creo que el principio

de proporcionalidad yo lo analizaría más con este el este derecho fundamental del derecho a la libertad verdad que ahí sí dice que este la prisión preventiva tiene que ser la excepción no la regla que actualmente tienes que valorar la idoneidad de la medida que estás solicitando la necesidad es decir si efectivamente no hay ninguna otra medida para yo poder suprimir el peligro procesal que estoy alegando como fiscal o que estoy alegando en la causa y eventualmente si la proporcionalidad del sentido estricto que es que si bien se ha dicho que la prisión preventiva no es una pena anticipada verdad porque eventualmente la pena solo se establece en juicio pues como te daba el ejemplo del delito y ver tu siempre muchas veces de la persona básicamente que cumplió la pena estando en la causa en en plena etapa de investigación entonces no sé no soy tan convencida como que se puede interpretar que estaba aludiendo al principio de proporcionalidad pero bueno autores doctrina hay un montón claro.

Cristian: Ahora consideras que este principio de proporcionalidad se encuentra respaldado bueno por el control de constitucionalidad ya lo ya lo hablamos, pero por el control de convencionalidad también pero tal vez si puedes especificar un poquito más.

Karen: sí por control de convencionalidad este se encuentran bastante respaldado por que inclusive ahí es donde se empezaron a dar varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos verdad me acuerdo de una de apellido Arellano es que son como son como apellidos un poco extraños no sé si en este sin esos apuntes que tengo acá de prisión preventiva están pero son sentencias en las cuales se conocieron precisamente porque de las personas habían estado digamos con la imposición de una prisión preventiva que al final fue excesiva verdad entonces sí tengo aquí qué parte del control de convencionalidad y prisión preventiva es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse en temas relacionados con la prisión preventiva de verdad y menciona precisamente el artículo 8.2 de la convención del cual se deriva la la obligación estatal precisamente de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios entonces aquí sí podemos decir que efectivamente a nivel internacional pues la Corte Interamericana le ha dado una protección a la libertad de tránsito de la persona a ese derecho fundamental y que éste ya hay inclusive podemos hablar del principio de proporcionalidad verdad entonces el control de convencionalidad es algo que tiene que

respetar o que tienen que este acatar no solo los jueces verdad porque inclusive ya la la sala constitucional se ha referido a eso sino que todas las instituciones públicas todos los funcionarios públicos y eventualmente también el Ministerio público está llamado a respetar este control de convencionalidad pese a que existen circulares y demás en los cuales el Ministerio público no está tan convencido de este control pero bueno por ahí si la Corte Interamericana está muy bien en cuanto en cuanto a jurisprudencia y como te digo eventualmente los que los que están más empapados al momento de ir a solicitar algún tipo de estas vistas somos defensores públicos precisamente por estar defendiendo los derechos fundamentales de la persona que ellos están esté representando claro.

Cristian: y consideras que en la práctica judicial los juzgadores aplican estos controles tanto de convencionalidad como de constitucionalidad.

Karen: De constitucionalidad tienen que verdad porque si ellos tienen que conocer sobre el derecho a la libertad de tránsito verdad y lo que habla la Constitución Política respecto del control de convencionalidad lamentablemente no todos conocen de control de convencionalidad y eso inclusive usted lo ve cuando la defensa pública que es con la que más he trabajado alega precisamente el control de convencionalidad en casos de los que usted dice si es que tienen toda la razón que se yo que me a mí me rige el principio de jerarquía verdad entonces si a mí me adjunto me dice usted tiene que ir a solicitar prisión preventiva yo tengo que ir aunque yo no esté de acuerdo pero como fiscal no le puedo decir que no a mi jefe entonces usted va a solicitar la prisión preventiva y ahí la defensa pública vez como bueno pelea con uñas jurídicamente en cuanto en cuanto a este a ese control de convencionalidad y que tiene que ser este el acatado por Costa Rica porque estamos suscritos a la convención y que ya la corte ha hecho que todos los funcionarios públicos tienen que respetarlo verdad que tienen que se me se me va la palabra no se tienen que cómo es que se puede aplicarlo, pero muchos jueces cuando inclusive se les empieza a hablar de control de convencionalidad y de las sentencias que dieron pie al control de convencionalidad en se quedan como como viendo para el ciprés es por decirlo así verdad un lenguaje coloquial y usted se da cuenta que al momento de este emitir la resolución no refieren nada en cuanto a control de convencionalidad entonces hay dos veces que si son brillantes y saben mucho

control de convencionalidad por ejemplo hay un profesor de la UIA que es excelente con control de convencionalidad que es Norberto Garay pero hay muchos otros que usted dice están ahí sentados y no saben qué significa control de convencionalidad que siento que sí es importante y como personas juzgadoras que tienen en sus manos la libertad de una persona tiene que conocerlo claro bueno ahí

Cristian: Es que nos enfrentamos correcto sí y bueno crees vos que si en la práctica judicial este principio proporcionalidad fue utilizado más por los juzgadores penales el mismo podría convertirse en un verdadero límite para la imposición de la prisión preventiva

Karen: Claro que sí porque ahí es donde vos tenés que entrar a valorar eventualmente los tres sub principios que componen este principio de proporcionalidad entonces por ejemplo como en flagrancia es verdad que al final la prisión preventiva es súper cortita son 15 días o por ejemplo los delitos de hurto simple que la prisión, que la pena mínima es un mes entonces ahí es donde vos te das cuenta y sopesas o haces un equilibrio de eventualmente qué tan necesario sea dictar la prisión preventiva o mandar a una persona a un centro penitenciario mientras la investigación finaliza o mientras se hace las diligencias que le faltan al Ministerio Público o eventualmente si con una medida menos gravosa como por ejemplo la firma o que se yo este bueno digamos que la firma por ejemplo los delitos contra la propiedad puede suprimir ese peligro verdad pero si se aplicara bien si si los jueces tuvieran suficiente conocimiento y no solo los jueces sino también el Ministerio Público porque siento que eventualmente cuando nosotros vamos a solicitar la prisión preventiva usted sí o sí tiene que fundamentar o tiene que peticionaria al juez al momento de que usted está diciendo cuánto tiempo es que le vas a pedir porque este tiempo en apego al principio de proporcionalidad pero lamentablemente no pasa así entonces este novel no se ha podido darle como una buena utilización a este a este principio tan importante porque como te digo está establecido a nivel internacional bueno entonces que si se utilizaría bien sí sería un un límite a esa a esa este medida que es una excepción pero que aquí en Costa Rica sido la regla.

Cristian: y ya para concluir considera usted que este principio era integrarse de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico y sí sí cuál sería la mejor forma para lograrlo.

Karen: para mí sí sí tiene que estar porque es algo muy importante y eventualmente ya estando expresamente en la normativa procesal penal el juez sí o sí se tiene que referir a ese requisito verdad o a ese principio como eventualmente lo hace al momento de analizar la probabilidad del de del delito verdad o la probabilidad de la participación de la persona imputada y lamentablemente aquí verdad quienes pueden incorporar este principio a a la ley que son los diputados verdad en la Asamblea legislativa y eventualmente tal vez sería como la presentación de un proyecto, solo que, tengo conocimiento que inclusive por parte del Ministerio Público y por parte de algunas comisiones de la corte se han realizado varios proyectos no propiamente en cuanto en cuanto a este principio porque sinceramente sería ser mentirosa de decir que sí se ha presentado un proyecto pero sé que se han presentado otros proyectos al menos en materia de probabilidad verdad porque nosotros pertenecemos a la OCDE y tenemos que cumplir con ciertos lineamientos que la OCDE nos manda y que al final se han realizado los proyectos y todo y cuando se presentan a la Asamblea Legislativa quedan en nada entonces sí se puede presentar un proyecto verdad o una moción pero al final quienes tienen la la última palabra son los diputados entonces es es es como un poco complicado esa sería como la vía por la cual verdad se pueda este insertar en nuestra normativa procesal penal pero como dice el dicho del derecho al hecho hay mucho trecho verdad claro es complicado más con los diputados con que mucha gente ni tan siquiera tiene conocimiento en derecho entonces empezando por ahí estamos un poco mal en cuanto a leyes.

Cristian: si la siguiente pregunta en realidad ya no forma parte del del cuestionario, pero pero me nace con el di con esta última respuesta este vamos a ver usted no consideraría que si esta no bueno que si este principio se integra de forma expresa por ejemplo el código procesal penal no se vería más bien limitado este a la interpretación restrictiva que tiene el código.

Karen: ¿limitado?

Cristian: si por ejemplo si lo redactan los bueno él o sea los diputados en este caso se va a haber limitado a los verbos y al y a los este sustantivos que ellos utilicen a la hora de utilizar o de tratar de regular este principio y podría haberse limitado a toda esa interpretación que

se ha dado a nivel internacional este de forma amplia y tan enriquecedora como se ha hecho porque precisamente no se encuentra limitado a una redacción específica.

Karen: en realidad ahí tienes razón verdad porque se supone que las leyes tienen que ser lo más claras posibles verdad y más bien a veces son los más confusas y se contradicen con otras leyes claro verdad entonces inclusive si nosotros hablamos de que el principio de proporcionalidad seguía entre sus principios yo creo que ya eso para los diputados y para la Asamblea Legislativa sería todo un mundo. No obstante este tenemos que tener en cuenta aquí la pirámide Kelsen verdad entonces qué es lo que nosotros también debemos aplicar en control de convencionalidad la norma más favorable para la persona imputada entonces ciertamente se integraría la normativa procesal penal y es un poco confusa yo tengo que irme a la normativa internacional que inclusive está por encima de la Constitución Política claro verdad y que yo tengo que aplicar como operador del derecho entonces gracias a Dios existe esa pirámide de verdad y existe existe esa normativa internacional que muchos juristas sí aplican aquí en Costa Rica y no solo juristas sino también puedo hablar por compañeros fiscales y compañeros defensores claro pero eventualmente si se realizará y esto fuera a algo restrictivo para la prisión preventiva verdad o que limite más o no sé que confunda más la aplicación de la prisión preventiva siempre va a estar la normativa internacional que que todo buen abogado debe conocer.

Cristian: claro este ahora con eso mismo que me decís que pasaría o qué crees que podría pasar si eso fuese así porque si se regulará expresamente y fuera restrictivo y eventualmente al día de hoy es como sabemos 85% de los jueces o las personas juzgadoras no aplican ese control de convencionalidad cuando ya la tengan como norma expresa la van a aplicar tal cual y más bien sentiría yo que sería perjudicial para las personas.

Karen: ¿imputadas perjudicial para las personas imputadas?

Cristian: Sí porque si los jueces hoy día no aplican ese control de convencionalidad cuando haya duda o algo respecto a ese principio que eventualmente se pueda integrar en la

normativa procesal penal cuando exista esa duda tampoco van a acudir a aplicar ese control de convencionalidad van a aplicarlo que taxativamente esté en la ley.

Karen: yo no siento que sea perjudicial para las personas imputadas siento que ahorita si la presión siento que ahorita si es perjudicial él nos el que no sepan aplicar bien el principio de proporcionalidad porque como te digo Costa Rica tiene un hacinamiento carcelario demasiado grande verdad es es es triste es muy triste verdad y también es triste ver cómo eventualmente algunas personas se preocupan por el hacinamiento carcelario con su cómo en su momento lo hizo marco feoli y que más bien toda la población y mucha gente se le fue encima y se le fue en contra y lamentablemente en cómo me dijo una vez una profesora que yo adoro y que es una gran jurista que es doña Jenny Quirós ella dijo que el sistema penal de un país es el reflejo del sistema político y usted se pone a ver los delitos aquí en Costa Rica verdad y los delitos que tienen mayor pena y demás son los delitos que actualmente son de delincuencia común y que cometen personas por ejemplo que a veces no tienen trabajo y demás verdades son los delitos que tienen más más pena verdad entonces siento que eventualmente no sería tan perjudicial si eventualmente que ahí otra vez entre sí si se diera o si se estableciera propiamente taxativamente en la normativa porque más bien el juez estaría obligado a analizar cómo debe ser este principio y verificar si efectivamente la persona tiene que ir o no a prisión preventiva es decir a que ya por medio de una norma o por medio de ese principio se le diga mire la prisión preventiva es la excepción no la regla entonces no como se está haciendo ahorita entonces no siento que sea perjudicial siento que es más perjudicial ahorita sinceramente a mi criterio verdad.

Cristian: No perfecto este bueno igual ya esa era la última duda este más bien agradecerte realmente por el tiempo por todas tus respuestas son de gran utilidad para la investigación y cómo y cómo sos fiscal obviamente ya tenemos el punto de vista este de que tienes vos en la práctica profesional que es sumamente importante y que pues así va a ser plasmado en pues en el trabajo en los aspectos importantes o puntuales que nos has dicho hoy para para poderlo este concluir de forma di ojala la acertada y en concordancia con todo lo que nos has dicho y que los otros y demás profesionales nos han dicho este bueno como te dije anteriormente

se va a hacer la transcripción te la voy a pasar para que hagas las verificaciones correspondientes y cualquier cosita ahí me avisas

Karen: no está bien tranquilo más bien con mucho gusto si me escucharán algunos de MP me iría no se mejor no la queremos más en el MP pero es que siento que digamos al César lo que es del César verdad y si hay digamos digo obviamente yo como te digo me dio un principio de jerarquía y amo la función que tiene el Ministerio público me encanta pero sí siento que a veces pierde la objetividad en cuanto al tema de prisión preventiva entonces diay ni modo o sea es es mi mi criterio mi pensamiento y aunque muchas veces tenga que hacer lo que lo que me mandan la Jefatura pues de ahí pero si si usted en la práctica ve cosas que usted dice no esto no esto no pero vamos a ver qué pasa dale claro está bien entonces ahí quedó atenta lo da lo del correo.

Cristian: claro y muchas gracias y que pases buena noche

Karen: bueno buenas noches Cristian que le valla súper bien con la tesis.

Cristian: Gracias hasta luego.

Apéndice G. Transcripción de la entrevista con Andrea Rodríguez Segura

Cristian: Buenas tardes Andrea Rodríguez, muchas gracias por atendernos o bueno por atenderme, en este caso estoy haciendo mi tesis de grado para la maestría de derecho penal en la Universidad, bueno en la UIA, como parte de la investigación que estamos realizando nos toca hacer entrevistas a distintas personas, ya sea, jueces, fiscales, defensores, y pues en este caso, usted que es Jueza penal ahí en el primer circuito judicial de San José, de etapa intermedia, nos dimos a la tarea de ubicarla, pues para poder hacerle la entrevista a profundidad que vamos a hacer a continuación dada su experiencia y pues sus labores diarias en el tema. Inicialmente si te quieres presentar para el audio y para empezar posteriormente.

Andrea: Gracias Cristian, buenas tardes, en efecto mi nombre es Andrea Rodríguez Segura, para servirle, ahorita me desempeño como Jueza Penal en el segundo circuito judicial de San José, realizando pues las labores propias de la función y ahorita pues en este despacho estamos viendo determinadas etapas y también justamente me corresponde la etapa preparatoria que vemos todo lo que es, las solicitudes del ente ministerial a efecto de pues ir resolviendo lo que corresponde con las investigaciones que se van realizando por parte del Ministerio Público con lo que es la intervención jurisdiccional cuando se requiere.

Cristian: Perfecto, muchas gracias. También para comentarte un poquitito el tema de investigación es si el principio de proporcionalidad puede ser considerado como una barrera infranqueable de la prisión preventiva y sobre eso se va a basar la entrevista que vamos a hacer a continuación. Como primera pregunta ¿En términos generales, que opina usted sobre la forma de imposición de prisión preventiva en Costa Rica?

Andrea: Bueno en este caso lo que es en términos generales, con respecto a la prisión preventiva conforme a la ley, pues desde mi punto de vista, se hace con respecto o se ordena con respecto a lo que es, de conformidad con el artículo 238 y siguientes del Código Procesal Penal, en ese sentido me refiero a que es pues la prisión preventiva es totalmente excepcional a nivel nacional no se ve así, me refiero a nivel de prensa o a lo que la prensa hace referencia a los casos que salen a la luz, pero uno como persona juzgadora si debe verificar ciertos

requisitos a la hora de la imposición de prisión preventiva y pues debe de ser totalmente excepcional y en cumplimiento con los presupuestos que nos ordena nuestra normativa costarricense.

Cristian: Y usted ¿Considera usted que los Juzgadores penales analizan todos los presupuestos legales para la imposición de prisión preventiva?

Andrea: Pues debería de hacerse así, es lo lógico digamos, para la imposición de una prisión preventiva se deben de cumplir en efecto ciertos requisitos, el primero de ellos pues es los elementos de convicción que pues se puedan llegar a tener en cuenta con respecto a la causa que se está valorando en ese momento, los elementos probatorios que permiten llegar a ese grado de probabilidad que se requiere. Superados esos elementos de convicción pues lógicamente ya debería de entrarse a conocer los presupuestos que son lo que son el peligro de fuga, el peligro para la víctima, el peligro de obstaculización, se debe de valorar en efecto que exista la proporcionalidad con respecto justamente a la posible pena entonces son presupuestos que son previstos en la normativa y que deben de irse valorando a efectos de verificar la procedencia o no de la misma.

Cristian: ¿y cuáles considera usted que pueden ser los límites que tienen los juzgadores a la hora de imponer prisión preventiva o cualesquiera otra medida cautelar?

Andrea: Pues, va relacionado un poco con la respuesta anterior, el momento de la imposición de la prisión preventiva nos tenemos que limitar justamente tal y como lo respondí la primera pregunta también, la prisión preventiva no es la regla, es la excepción y pues entonces en este caso, los límites se deben determinar siempre y cuando pues se ordena, cuando la persona imputada no cumple con los requisitos como para mantenerse sujeto al proceso, pues en ese sentido es necesario limitarlos los requisitos valorar pues si en efecto en este caso la persona

imputada es merecedor de lo que es la restricción al derecho a la libertad como tal y que se, tal y como lo reza el artículo 238 y siguientes del Código Procesal Penal y me refiero en ese sentido pues, que se deben de valorar los presupuestos pues de peligro de fuga, valorado propiamente con los datos que se otorgan, datos previos que se dan en la indagatoria, en ese sentido se valora lo que es el domicilio, o el arraigo domiciliario, el arraigo laboral, el arraigo familiar, como para poder valorar si efectivamente pues esta persona cuenta con estos arraigos si hay una debilidad de ellos o si hay una nulidad de ellos, pues en ese caso entonces ya ahí si debemos ir valorando si es posible determinar si con esas debilidades o nulidades se puede otorgar una medida cautelar menos gravosa que la prisión preventiva y si por el contrario se considera que no es posible entonces ya ahí si se tiene que valorar la excepcionalidad de lo que es la prisión preventiva, entonces si existen límites a la hora de imponer la prisión preventiva, en este caso siguiendo las pautas del artículo 239 del Código Procesal Penal.

Cristian: Usted me mencionó el principio de proporcionalidad hace un rato, ¿Cree usted que en la práctica judicial, se utiliza el principio de proporcionalidad a la hora de imponer prisión preventiva o cualesquiera otra medida cautelar?

Andrea: Claro que sí, incluso así se hace ver dentro de o por lo menos dentro de mi manera de resolver los tomo como uno de los presupuestos que se deben de valorar el principio de proporcionalidad, de que exista una proporcionalidad, una necesidad y una idoneidad con respecto a los fines del proceso, entonces si se debe de valorar el principio de proporcionalidad al momento en el que se impone una prisión preventiva esto de cara con respecto a lo que es la posible pena a imponer, por poner un ejemplo, un robo agravado, va de 5 a 15 años, generalmente la práctica o la experiencia nos dice que cuando una persona imputada no se le puede ordenar medidas cautelares menos gravosas una vez valorado su caso en concreto pues se estima conveniente la prisión preventiva por el plazo de tres meses a efecto que en el plazo de tres meses pues se fijen las pautas de la investigación por parte del ente ministerial y que una vez se haya finalizado, esperando que se haya finalizado con

el acto conclusivo por parte del ente ministerial, en este caso pues eventualmente se concluye con lo que es una acusación y un auto de apertura a juicio.

Cristian: y vamos a ver, ¿Qué pasa con los casos donde usualmente por el tipo de delito se impone la medida cautelar de prisión preventiva casi que de oficio?

Andrea: Bueno en ese caso yo si no estoy muy de acuerdo con respecto a esa situación en particular o la pregunta en particular esto por cuanto volvemos a lo mismo, la prisión preventiva es totalmente excepcional se debe de valorar cada caso en concreto de cara incluso al delito, no podemos, o se debe de evitar la imposición de la prisión preventiva en todo momento de conformidad con lo que hemos venido conversado incluso el control de convencionalidad y constitucionalidad que se debe también de tomar en cuenta en estos, en este tipo de resoluciones, no obstante, por lo menos como lo digo a mi criterio, yo no estoy de acuerdo y se debe de valorar cada caso en concreto pero si es de conocimiento que lo que es por ejemplo el proceso expedito de flagrancia que básicamente ahí la prisión preventiva es la que impera por sobre las otras medidas cautelares, de igual manera valorando el caso en concreto, pero al ser un proceso tan expedito que va en 15 días se toma la decisión para poder cumplir con esa rapidez e inmediatez que se requiere, es necesario que la persona se mantenga sujeta al proceso en igual sentido incluso en los tribunales penales que el juez de juicio tiene la potestad de ordenar la prisión preventiva de oficio sin ni siquiera valorar o mediante una audiencia donde las partes y la defensa, incluso el imputado, puedan hacer valer sus derechos, esto incluso igual de previo a la valoración de cada caso en concreto. Se da generalmente, cuando al imputado se le ha citado en algún momento para un juicio o algún llamamiento judicial propiamente de la etapa de juicio y este pues no asiste o no cumple con ese llamamiento entonces pues el juez de juicio tiene la potestad de ordenar la prisión de oficio en ese caso, prisión preventiva de oficio.

Cristian: Y siguiendo la línea con ese principio de proporcionalidad, ¿cree usted que los Fiscales de la República, deberían de tomar en cuenta el principio de proporcionalidad a la hora de solicitar una medida cautelar, principalmente la de prisión preventiva?

Andrea: Si, si claro que lo deben de tomar en cuenta. Nos encontramos en la práctica de todo verdad, pues la fiscalía por el principio de verticalidad que los rige pues muchas veces se ciegan con respecto, son sesgados de su principio de objetividad por el mandato que impera en cuanto a los fiscales superiores y pues a veces nos hemos tomado lastimosamente con que si llegan solicitan la prisión preventiva independientemente pasándole por encima a todos los presupuestos que nos encontramos en la normativa costarricense pero en la mayoría de casos también se da que el fiscal si toma en cuenta parte de su exposición es valorar el principio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad que hice mención hace un momento, ellos si lo toman en cuenta al momento de solicitar el plazo por el cual consideran pertinente la prisión preventiva, ahí hacen mención a este principio de proporcionalidad.

Cristian: ¿En términos generales, que derechos fundamentales considera que se ven violentados a la hora de imponer prisión preventiva o cualesquiera otra medida cautelar?

Andrea: Pues en este caso en concreto, hablando de la prisión preventiva, pues lógicamente se sesgado el derecho a lo que es la libertad de tránsito, que está determinado incluso en nuestra constitución política y básicamente ese es uno de los derechos fundamentales que se ven cuartados. Tenemos multiplicidad de medidas cautelares que se le pueden ordenar a una persona distintas a la prisión, incluso podemos ver en casos que es muy común por el tipo de delitos que vemos cuando es de aspectos tributarios o delitos funcionales pues que se debe de separar del cargo, pues en este caso también se estaría violentando el derecho al trabajo de esa persona por las medidas cautelares que valorado el caso en concreto se determinaron que eran procedentes y la imposición del traslado del trabajo o incluso que se le separe del cargo por un momento o plazo determinado.

Cristian: Específicamente ese principio de proporcionalidad, ¿usted podría considerarlo como un protector de estos derechos fundamentales que tienen las personas imputadas?

Andrea: Si, de hecho que sí, puesto que el principio de proporcionalidad, como parte de la base de una resolución se debe de ver respaldado con respecto al tiempo por decirlo de algún modo o explicarlo de una mejor manera, poner un ejemplo, el derecho al libre tránsito ordenada una vez la prisión preventiva por el espacio por poner un ejemplo de dos meses, pues se debe determinar que en efecto durante ese plazo de 2 meses que se le está cuartando la libertad al encartado de realizar sus quehaceres, que va a estar detenido en un centro penal, pues se deberá valorar pues que en efecto en esos 2 meses se debe de cumplir con la imposición de este plazo a efecto de que el ente ministerial continúe e incluso termine con el proceso o la investigación para la cual se consideró oportuna la prisión preventiva entonces si se ve respaldado el principio de proporcionalidad de cara a los derechos fundamentales que eventualmente se le están cuartando al encartado.

Cristian: ¿Y este principio de proporcionalidad se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico?

Andrea: no, no se encuentra regulado, sin embargo, si se hace mención al mismo como hemos o tenemos conocimiento los operadores del derecho, incluso todos los estudiante que en su momento cursamos la carrera, pues que en este caso se ve desde lo que son, el derecho internacional que se encuentra regulado con respecto al control de convencionalidad y el control de constitucionalidad pues también que de acuerdo al artículo 7 de la constitución política vemos que en efecto la, lo que son estos convenios o decretos internacionales está por encima de nuestra normativa, pero específicamente no encontramos un artículo dentro de la normativa costarricense que nos hable del principio de proporcionalidad.

Cristian: Hay un o existe la interpretación que se le ha dado los artículos 39 y 40 de nuestra Constitución Política, considera usted que esta interpretación es correcta para la aplicación de este principio de proporcionalidad?

Andrea: Si, con respecto al artículo 39 como tal me parece que si es como más tomado en cuenta puesto que ya ahí como tal o tomando la literalidad del artículo 39 de la Constitución Política, hablamos de lo que es ya una pena en firme para una persona, una vez que se la sido

demostrada la culpabilidad, pues se ordena la pena de cara al hecho que se le imputó y condenó y pues si se le debe imponer una pena proporcional a los hechos que le fueron debidamente señalados o por los cuales se encontró culpable, pero con respecto al artículo 40 no considero que sea tanto, ahí hablamos más bien o hablamos más bien de tratos crueles o violencia que imperó en el momento y no me parece que es aplicable el principio de proporcionalidad, pero con respecto al artículo 39 constitucional si, si se aplica.

Cristian: yo sé que ya me contestaste lo que te voy a pregunta ahorita, pero ¿Considera usted que el principio de proporcionalidad se encuentra respaldado tanto por control de constitucionalidad como por control de convencionalidad?

Andrea: Si, desde mi punto de vista sí. Por lo menos así porque yo lo valoro con respecto, en ese sentido que para la imposición de la prisión preventiva como tal obviamente debemos regularlo con respecto al artículo 239 o 238 y siguientes del código procesal penal, incluso tomando de referencia lo que es el derecho internacional y demás tratados que como indique tienen rango superior a la ley pues se deben de valorar y si se encuentra respaldado lo que es el principio de proporcionalidad y existe una conexidad entre el principio de convencionalidad y el principio de, perdón el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, puesto que incluso que de no ser así o de no ordenarse de esa forma, el juez podría estar incurriendo en lo que es el delito de prevaricato pues estaría ordenando una resolución contraria a derecho, entonces si se debe de hacer así.

Cristian: Ya me la contestaste también, te me adelantaste pero, ¿en la práctica judicial, considera usted que nuestros juzgadores penales aplican alguno de estos dos controles?

Andrea: Pues sí, si debería de ser aplicado así. Incluso, precisamente por esa última oración que utilice o la última frase con respecto a que de no ser así podríamos incurrir en lo que es el delito de prevaricato, al ordenar una prisión o cualquier otra resolución que no está apegada a derecho y no valorando lo que es el principio de independencia pues que también nos rige

pero este principio de independencia tiene que estar justamente apegado a lo que son los, la normativa costarricense y normativa internacional.

Cristian: La siguiente pregunta tal vez vaya a ser un poco polémica por todo lo que ya has dicho pero, en práctica judicial, si este principio fuese utilizado por todos los Juzgadores Penales, realmente podría considerarse como un verdadero límite para la imposición de prisión preventiva?

Andrea: Pues no, no un límite como tal porque ya está aplicado en el momento en que se ordena la resolución, si es valorado entonces el hecho de que eventualmente sea utilizado de manera tajante o mediante una norma pues no sería desde mi punto de vista no vendría a generar una limitante porque ya es tomado en cuenta a la hora de valorar la imposición de una prisión preventiva.

Cristian: ¿Usted considera usted que este principio debería integrarse de forma expresa a nuestro ordenamiento jurídico? ¿Cuál sería la mejor forma para lograrlo?

Andrea: Pues sí, podría integrarse para que quede plasmado y que sea de una mejor manera o sea más factible en hecho de que el imputado en el ejercicio de su derecho de defensa tanto material como técnica pueda llegar a ser atacado con algún artículo en específico digamos que no se está a criterio de esas personas tanto del imputado como de la defensa eventualmente no se cumplió con ese requisito o ese artículo como tal. Me parece que podría ser integrado de manera expresa dentro de la normativa y viéndolo desde el punto de vista de la prisión preventiva debería de aplicarse o debería de reformarse mediante el artículo 238 y siguientes del código procesal penal donde se indique que como requisito se debe de valorar el principio de proporcionalidad.

Cristian: Ok excelente. Bueno realmente ese sería la entrevista, esas serían las preguntas que tenía preparadas para el día de hoy para conocer tu opinión y en la práctica judicial como vos lo vas viendo también y desempeñando como juzgadora de como realmente se está aplicando o no este principio de proporcionalidad o no a la hora de la imposición de prisión preventiva

o medidas cautelares. Este, darte las gracias nuevamente por el tiempo, por el espacio y bueno aquí voy a finalizar la grabación.

Apéndice H: Consentimientos informados de las personas entrevistadas

CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, Karen Jiménez Umaña, portador de la cédula de identidad número 1-1292-0020, declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BARRERA INFRANQUEABLE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”, consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Cristian Andrés Salas Morgan de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Cristian Andrés Salas Morgan se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha indicado que mi nombre aparecerá en el estudio y proyecto de graduación que se entregará a la universidad, ante lo cual no tengo inconveniente.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las diez horas del diez de noviembre del dos mil veintidós.

Firmado digitalmente
por KAREN JIMENEZ
UMAÑA (FIRMA)
Fecha: 2022.11.11
09:55:56 -06'00'

Karen Jiménez Umaña

CRISTIAN ANDRES SALAS MORGAN (FIRMA)
PERSONA FISICA, CPF-01-1565-0269.
Fecha declarada: 16/11/2022 03:39:03 PM
Esta es una representación gráfica únicamente,
verifique la validez de la firma.

Cristian Salas Morgan

CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, Francisco Javier Dall' Anese Ruíz, portador de la cédula de identidad número 2-0451-0648, declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre "EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BARRERA INFRANQUEABLE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA", consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Cristian Andrés Salas Morgan de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Cristian Andrés Salas Morgan se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha indicado que mi nombre aparecerá en el estudio y proyecto de graduación que se entregará a la universidad, ante lo cual no tengo inconveniente.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.


Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las diez horas del diez de noviembre del dos mil veintidós.



Francisco Dall' Anese Ruíz



Cristian Salas Morgan

CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, Andrea Alejandra Rodríguez Segura, portador de la cédula de identidad número 1-1341-0574, declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BARRERA INFRANQUEABLE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”, consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Cristian Andrés Salas Morgan de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Cristian Andrés Salas Morgan se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha indicado que mi nombre aparecerá en el estudio y proyecto de graduación que se entregará a la universidad, ante lo cual no tengo inconveniente.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

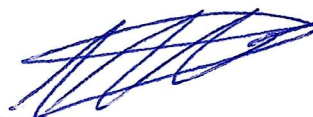
Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las diez horas del diez de noviembre del dos mil veintidós.



Andrea Rodríguez Segura



Cristian Salas Morgan

CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, Javier Eduardo Llobet Rodríguez, portador de la cédula de identidad número 2-0394-0001, declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BARRERA INFRANQUEABLE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”, consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Cristian Andrés Salas Morgan de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Cristian Andrés Salas Morgan se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

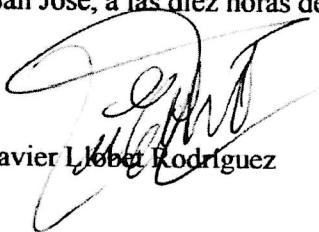
Asimismo, el entrevistador me ha indicado que mi nombre aparecerá en el estudio y proyecto de graduación que se entregará a la universidad, ante lo cual no tengo inconveniente.

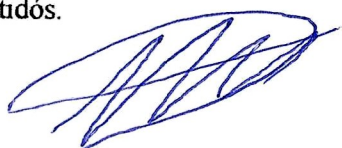
En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las diez horas del diez de noviembre del dos mil veintidós.


Javier Llobet Rodríguez


Cristian Salas Morgan

CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, José Miguel Zamora Acevedo, portador de la cédula de identidad número 5-0297-0659, declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BARRERA INFRANQUEABLE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”, consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Cristian Andrés Salas Morgan de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Cristian Andrés Salas Morgan se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha indicado que mi nombre aparecerá en el estudio y proyecto de graduación que se entregará a la universidad, ante lo cual no tengo inconveniente.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las diez horas del diez de noviembre del dos mil veintidós.

**Miguel
Zamora**

Miguel Zamora Acevedo

Firmado digitalmente
por Miguel Zamora
Fecha: 2022.11.17
14:07:38 -06'00'

CRISTIAN
ANDRES SALAS
MORGAN
(FIRMA)

Cristian Salas Morgan

Firmado digitalmente
por CRISTIAN
ANDRES SALAS
MORGAN (FIRMA)
Fecha: 2022.11.18
09:41:30 -06'00'

Apéndice I: Cartas de Aprobación. Tutor, lector y filólogo.

San José, 10 de noviembre del 2022.

Máster Silvia Madrigal Córdoba

Directora Académica Universidad Internacional de las Américas

Estimada señora directora:

Por este medio, el suscrito profesor **Adán L. Carmona Pérez**, cédula **503260824**, en mi condición de director del proyecto final de graduación del estudiante **Cristian Salas Morgan**, cédula de identidad número **1-1565-0269**, titulado **“Principio de proporcionalidad como una barrera infranqueable de la prisión preventiva”**, le comunico formalmente que el mismo cumple con los requisitos para la presentación y defensa final.

De igual forma, hago constar que he revisado y aprobado en el documento los siguientes criterios establecidos por la Universidad Internacional de las Américas:

	Criterio	Calificación asignada	Calificación Obtenida
1.	Cumplimiento de entregas de avance.	20%	20%
2.	Coherencia entre los objetivos, los instrumentos aplicados y los resultados de la investigación, proyecto o práctica.	30%	27%
3.	Relevancia de las conclusiones y recomendaciones o del producto final del proyecto o práctica.	25%	23%
4.	Calidad y detalle del marco teórico.	25%	23%

Firmo en San José, el 10 de noviembre del 2022.

**ADAN LUIS
CARMONA
PEREZ (FIRMA)**

Firmado digitalmente
por ADAN LUIS
CARMONA PEREZ
(FIRMA)

Fecha: 2022.11.10
13:15:14 -06'00'

San José, 19 de noviembre de 2022

Señores

Instituto de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad Internacional de las Américas

Estimados señores:

Por este medio el suscrito (a) Odilie Robles Escobar, comunica formalmente lo siguiente.

Hago constar que en calidad de lector (a) del trabajo de investigación titulado: **“El principio de proporcionalidad como una barrera infranqueable de la prisión preventiva”**, del estudiante Cristian Salas Morgan, de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas cumple con los requisitos de forma y fondo.

En la calidad indicada apruebo el presente Proyecto de Graduación para optar por el título de máster en Derecho con énfasis en Derecho Penal.

Firmo en San José a las dieciocho horas del 10 de noviembre del 2022



Msc. Odilie Robles Escobar

Ced. 1-0847-0845

CARTA DE APROBACIÓN FILOLÓGICA

San José, lunes 14 de noviembre de 2022

MSc. Silvia Madrigal Córdoba
Sistema de Estudios de Posgrado
Universidad Internacional de las Américas

Estimada funcionaria:

Por medio de la presente, yo, **Edin Mauricio Buzano Barrantes**, mayor, cédula #5-276-638 y número de adscripción al Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes (COLYPRO) #024561, en mi calidad de profesional en Filología Española #94-629 graduado en la Universidad de Costa Rica, certifico que el sustentante **Cristian Andrés Salas Morgan**, cédula 1-1565-0269, quien opta por el posgrado académico de **Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Penal**, ha cumplido satisfactoriamente los aspectos formales de estructura y de contenido correspondientes a su tesis denominada: **“Principio de proporcionalidad como una barrera infranqueable de la prisión preventiva”**, en el cual se respetó el estilo de los autores. Por lo tanto, recomiendo se le brinde el aval correspondiente para los trámites administrativos y académicos posteriores.

Lo anterior, por cuanto dicha tesis cumple con los requisitos establecidos por su prestigiosa Universidad.

Muchas gracias.

Atentamente,

EDIN MAURICIO BUZANO BARRANTES (FIRMA) Firmado digitalmente por EDIN MAURICIO BUZANO BARRANTES (FIRMA)
Fecha: 2022.11.14 07:22:07 -06'00'

Lic. Edin Mauricio Buzano Barrantes