

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: LIMITACIONES A LAS MEDIDAS CUATELARES ALTERNATIVAS EN EL PROCESO PENAL

RESUMEN: La presente recopilación de doctrina, normativa y jurisprudencia, realiza un análisis relacionado al tema de las limitaciones de carácter procesal y constitucional con respecto al dictado de medidas alternativa a la prisión en el Derecho Penal costarricense, abarcándose temas como el de la prisión preventiva y los requisitos para su dictado, el principio de proporcionalidad y la indemnización aplicable a ese tipo de casos.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
a) La prisión preventiva en un estado de derecho.....	2
Derechos fundamentales y prisión preventiva.....	4
Presupuestos para ordenar la prisión preventiva.....	10
Peligro de reiteración delictiva.....	21
Límites de la prisión preventiva.....	22
Presunción de inocencia.....	23
Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso.....	25
Disposiciones normativas, duración y uso real de la prisión preventiva.....	26
Duración y control en el nuevo C.P.P.....	35
Uso real de la prisión preventiva.....	39
b) límites del control social a través del sistema penal	41
Indicaciones sobre la evolución de la criminalidad a nivel nacional con especial referencia a los delitos que presentan mayor alarma social.....	44
a) Áreas de penalización y despenalización.....	45
b) Evaluación de los Recursos disponibles y su concentración en la lucha contra las formas más graves de Delitos.....	46
c) Recurso a medidas y sanciones no penales ante infracciones menos graves.....	47
Poderes de la policía y del ministerio público, con particular consideración a la obligatoriedad o a la discrecionalidad de la acción penal.....	49
Control judicial sobre la ejecución de penas de detención, tutela de los derechos del recluso, medidas alternativas a la detención.....	54

c) Sobre la aplicación de medidas cautelares del artículo 244 del CPP.	60
d) Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva.....	61
Indemnización al sujeto que es declarado inocente como consecuencia de un recurso de revisión.....	62
Indemnización al absuelto que ha sufrido prisión preventiva.....	63
2 NORMATIVA.....	66
a) Código Procesal Penal.....	66
3 JURISPRUDENCIA.....	71
a) Análisis sobre los requisitos, principio de objetividad y participación del juez al dictarlas.....	72
b) Finalidad, momento procesal para imponerlas.....	81
c) Violación del derecho fundamental porque tal medida no se realizó de acuerdo a las exigencias establecidas.....	88

1 DOCTRINA

a) *La prisión preventiva en un estado de derecho*

[SANCHEZ ROMERO]¹

"Una de las instituciones procesales que ha recibido más fuertemente el impacto de la crítica y de las discusiones políticas es la prisión preventiva, y es que, como señala el profesor Winfried Hassemer "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente."

Los argumentos de críticos y defensores se producen en dos planos diferentes, quienes desean ampliarla invocan el deber de una administración de justicia eficiente de poner coto a la criminalidad; es decir, convertir a la prisión preventiva en un instrumento efectivo de lucha en contra de ésta. Mientras que, quienes la consideran excesiva, lo hacen desde la óptica de las restricciones formales de un procedimiento penal acorde con un estado de derecho.

Las críticas a la institución se han visto fortalecidas también por el serio cuestionamiento a que ha sido sometido el encierro como medida eficaz para producir algún efecto positivo, y que ha llevado a la puesta en evidencia de su urgente y necesaria sustitución como pena.

Por otra parte, aún cuando tradicionalmente se le asignan funciones procesales en sentido estricto, como medida que tiende a evitar que el responsable de un hecho delictivo eluda la acción de la justicia, aprovechando el estado de inocencia de que goza durante el proceso, es lo cierto que, el alto uso que se le da en el sistema de justicia penal americano y su excesiva duración en muchos casos, tal como quedó demostrado en la publicación "El preso sin condena en América Latina y el Caribe", la convierten en una verdadera pena.

En este sentido afirma el profesor Raúl Zaffaroni, en el prólogo a la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, que la prisión preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional. "Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad (refiriéndose a la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. Ante esta disfunción -que solo los autistas jurídicos niegan- se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho."

En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de "coerción procesal", en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de "anticipar el efecto intimidatorio de la pena", que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente "durante el largo período del terrorismo italiano", como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de "dar seguridad

a la colectividad", asignándole un carácter de "sedante social" frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar.

En la cultura progresista de los últimos años, se niega que entre sus finalidades pueda incluirse la intimidación, la ejemplariedad o el intento por apaciguar el alarmismo social. La única finalidad que esta cultura de las garantías y de los derechos le asigna a la prisión preventiva es aquella excepcional, de carácter instrumental, necesaria para evitar el entorpecimiento del juicio.

El carácter de instituto de naturaleza eminentemente procesal ha sido definido por nuestra Sala Constitucional en el voto N° 1309-96 al mencionarse que su virtud es la de: "constituir una excepción calificada a la libertad de los acusados, dentro de esa fase previa de investigación penal de los hechos en que aún no se ha resuelto la situación jurídica. En este contexto, la medida se justifica cuando en concreto, en la causa específica que se tramita, se presenten circunstancias igualmente concretas que exigen la adopción de esa medida cautelar".

Con el afán de contribuir a esta discusión y formular algunas ideas, desarrollaremos el tema, a partir de su consideración tanto desde la perspectiva de los derechos fundamentales como desde su vinculación con el fenómeno del encierro aplicado como pena luego de la tramitación de un proceso.

Derechos fundamentales y prisión preventiva.

a.- La protección constitucional de la libertad.

Al haber optado nuestro constituyente por la democracia como el régimen político aplicable, se estaba definiendo por un sistema de gobierno que garantiza un pleno respeto al ser humano y le reconoce su dignidad y derechos fundamentales.

En este contexto, el derecho a la libertad, como parte de ese conjunto de derechos y garantías individuales y sociales, fue ubicado dentro de los primeros artículos del texto constitucional, pudiendo apreciarse de esta forma el grado de reconocimiento que el constituyente le otorgó. La libertad deviene entonces en el

bien por excelencia durante la existencia del ser humano.

El concepto va más allá del aspecto ambulatorio, abarca la libertad de pensamiento, de reunión, de expresión, de cátedra, de comercio etc., pero para los efectos del tema que nos interesa, nos limitaremos al derecho a la libertad ambulatoria, en relación con el desarrollo del proceso penal. La protección que el régimen democrático brinda en ese sentido se extiende a cualquier persona, incluyendo por supuesto a todos aquellos que ingresan a la maquinaria del sistema penal en condición de supuestos acusados por un hecho delictivo. El Estado debe garantizarles el reconocimiento absoluto de todos sus derechos y deberes, y brindarles medios de protección para cuando éstos le sean desconocidos.

Debemos reconocer sin embargo, que por desgracia, la realidad nos presenta un cuadro diferente, según el cual, el sujeto sometido a proceso pasa a formar parte de una categoría distinta de ciudadanos, para quienes los derechos fundamentales no tienen vigencia plena.

Como principios fundamentales del reconocimiento al derecho a la libertad, vigentes en nuestro país, tenemos el artículo 20 de la Constitución Política y el 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra señala: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales."

Como garantía fundamental este derecho no ha sido considerado de carácter absoluto e irrestricto, pues se admite que en ciertas circunstancias pueda ser restringido, en salvaguarda de intereses sociales de mayor valor, y por ello, tanto la Constitución como la Convención Americana establecen los casos en que puede restringirse el disfrute de la libertad y la forma en que debe hacerse como supuestos de excepción. A ello nos referiremos más adelante.

b.- La coerción en el proceso penal.

Como resulta obvio, la sanción en este tipo de procesos es la consecuencia natural de la actuación de la ley material, resultado del haberse comprobado la realización de una conducta típica y antijurídica, por un sujeto capaz, al que puede serle reprochada jurídicamente, y como producto de una sentencia condenatoria dictada por un tribunal competente, en los términos de nuestro artículo 37 de la Constitución Política. La comprobación del

derecho aplicado en relación con los hechos que se declaran acreditados es un paso lógico anterior a la sentencia, inexcusable en un Estado de Derecho. De esta manera, el procedimiento penal cumple una función instrumental, posibilita la realización del derecho penal material, de tal suerte que la interpretación acerca de su finalidad, naturaleza, alcance y eficacia de sus normas y principios, debe ceñirse a ese carácter, que también tiene una función garantizadora cuya configuración sistemática está definida en la propia Carta Magna.

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

La coerción procesal afecta generalmente al imputado, pero pudiera también afectar a testigos; y por otra parte, puede recaer sobre derechos patrimoniales o personales, pero en este trabajo nos ocuparemos de la coerción personal contra el imputado, a través de la prisión preventiva.

La tendencia dominante en la doctrina latinoamericana confirma la tesis de que la prisión preventiva solamente puede perseguir fines de aseguramiento procesal y no aquellos de carácter penal material.

También un sector de la doctrina alemana llega a conclusiones similares a las que se propugnan en Latinoamérica. Se afirma entonces que: "la prisión preventiva sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso".

c.- El aumento de la delincuencia y su tratamiento en un régimen democrático.

El problema de la prisión preventiva se vincula con la tensión existente entre las necesidades del Estado de aplicar el derecho penal y el debido respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas.

Es cierto que la delincuencia presenta serios problemas a toda comunidad organizada, pero más dificultades provoca la información periodística sobre el tema, pues no necesariamente corresponde a la realidad, según lo demuestra en nuestro país los estudios y análisis elaborados por Elías Carranza en su obra "Criminalidad ¿ Prevención o Promoción?".

La medición del aumento de la criminalidad es por otra parte una tarea muy difícil. Cuando se recurre al método de análisis de estadísticas policiales o judiciales y encuestas a autores y víctimas, no podemos perder de vista su inexactitud por lo dificultoso que resulta determinar la llamada "cifra negra", y también porque el método de estadísticas policiales y judiciales tiene el inconveniente no solo de las dificultades de averiguación de los delitos, sino también el de depender de la disposición de denunciar que tienen las víctimas.

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

El concepto, que es bastante difuso, ha sido empleado como sinónimo de seguridad física en las calles, desconociéndose que incluye también lo referido a libertades públicas y privadas,

conformadas por derechos básicos y fundamentales como los políticos, económicos y sociales, que nunca se han visto afectados cuando ha habido un incremento de actividades delictivas

Se evidencia de esta forma que luego del abandono de la doctrina de la seguridad nacional, que en su guerra contra el marxismo justificaba la tortura, las desapariciones y ejecuciones extrajudiciales, se defiende hoy día una guerra contra la delincuencia utilizando métodos similares.

Señala el Dr. Javier Llobet que en Latinoamérica, a diferencia de lo ocurrido en la época del fascismo en Europa en donde fueron las pilas oficialistas las que se agruparon reclamando una mayor represión contra la criminalidad, las críticas se producen en el marco de la libertad de prensa y de la realización de elecciones, "es importante anotar que el reclamo de una mayor seguridad ciudadana, abandonando las garantías penales y procesales, está íntimamente relacionado con la libertad de prensa y el desarrollo de elecciones. Sin embargo, paradójicamente las campañas de ley y orden llevadas a cabo por la prensa, desembocan en el llamado a un Estado fuerte, de rasgos autoritarios, que puede dar lugar a que se suprima la libertad de prensa y la democracia".

De nuestra parte creemos que en un régimen democrático, la delincuencia solo puede reprimirse a través de los procedimientos establecidos en forma previa, de conformidad con los principios del respeto a la dignidad del ser humano. En este sentido, es indispensable que, si en la etapa procesal instructora, con el objeto de proteger los fines del proceso y mantener vinculado a quien se somete al mismo, se debe restringir su libertad, solamente se pueda tomar tal determinación como última ratio, con las formas y límites que el propio ordenamiento ha establecido, dentro del orden sistemático que conforma el debido proceso.

Las necesidades estatales de aplicación del derecho penal jamás deben sacrificar las libertades y derechos fundamentales de las personas. Según el profesor Daniel Pastor, la manifestación más importante de esa tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales "se refleja en los opuestos prisión o libertad durante el proceso penal: el encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado".

Es entonces al derecho procesal penal al que le corresponde establecer el punto de equilibrio, pero para ello debe tener muy claros los lineamientos básicos que le establecen la Constitución y los pactos de Derechos Humanos, para saber hasta dónde, como señala Daniel Pastor: "el péndulo de los riesgos procesales se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en qué casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza."

Lamentablemente en Costa Rica se ha respondido al aumento de la delincuencia de una manera bastante represiva, y la principal solución por la que se propugna es el aumento de las penas y la detención permanente de los supuestos infractores desde el inicio del proceso. Es así como el Poder Legislativo aprobó en 1994 un excesivo aumento de la pena de prisión disponiendo, en contra de la prohibición constitucional de las penas perpetuas, elevar la pena máxima de prisión de veinticinco a cincuenta años, aumentando al mismo tiempo en forma drástica las penas para ilícitos tales como homicidio y violación. Pese a ello, la tasa de homicidios registrada en 1994 fue la más alta de las contabilizadas desde 1980, y como era de esperarse tampoco se provocó una disminución en otras delincuencias, pero la opinión pública se tranquilizó.

El aumento desmedido de las penas no ha podido demostrar su eficacia para disminuir la criminalidad, al contrario, aparte de lesionar también principios fundamentales como el de la dignidad humana, mantiene saturado el sistema penitenciario. La historia ha demostrado que los sistemas penales más represivos, caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, lejos de haber sido eficientes para tutelar derechos fundamentales, produjeron un aumento de la criminalidad y de la impunidad.

En nuestra región sobran los ejemplos, las dictaduras militares latinoamericanas, en su mayoría legitimaron sistemas de excesiva represión y permitieron los abusos que todos conocemos. El control se inició primero con la delincuencia común, pero los perseguidos fueron muy pronto los sindicalistas, los opositores políticos y simples ciudadanos. A estos regímenes debemos el surgimiento de fosas comunes y miles de desaparecidos, para mencionar solo algunos de sus "logros".

Además del aumento de las penas algunos proponen incrementar el término de la prisión preventiva, pretendiendo que el imputado empiece a cumplir su pena antes del dictado de la sentencia, con las graves violaciones de derechos fundamentales que ello implica como veremos.

Presupuestos para ordenar la prisión preventiva.

Podríamos afirmar que, en general, las constituciones no aseguran la facultad del Estado para detener preventivamente, sino en cambio garantizan el derecho de las personas a gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia no solo de las disposiciones que establecen la libertad ambulatoria, sino también del principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. "Por esta razón, la regla es la libertad. A pesar de la existencia de esa regla, se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria, a través de la prisión preventiva. Ello no autoriza, sin embargo, a otorgar fines materiales a este tipo de privación de libertad, es decir, a detener preventivamente para tratar de realizar alguna de las finalidades propias de la pena. Dado el carácter de medida cautelar de la detención, ésta solo puede tener fines procesales".

De esta forma la excepcionalidad se convierte en el principio básico que regula la institución y que tiene jerarquía tanto constitucional como internacional al estar consagrada en los instrumentos de derechos humanos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 inc 3, que a la letra señala: "La prisión preventiva no debe ser la regla general."

La constitucionalidad de la prisión preventiva ha sido resaltada por la Sala Constitucional en el voto N° 1439-92 al señalar que: "La prisión preventiva se encuentra constitucionalmente aceptada en el artículo 37 de la Carta Fundamental, relacionada directamente con el principio de inocencia contenido en el numeral 39 idem, que garantiza el trato como inocente, para toda persona sometida a juicio. Si la autoriza el citado artículo 37, ello hace que no resulte inconstitucional por estimarla contraria a lo reglado en el 39, siempre y cuando se la utilice cuando sea

indispensable a los fines propios del proceso, ya sea impidiendo la fuga del encausado o el éxito de la investigación, imposibilitando la alteración u ocultación de la prueba. El constituyente permitió la afectación de la libertad de los encausados, por medio de la prisión preventiva, pero al aceptar el principio de inocencia en el artículo 39, ello tiene como consecuencia -cuando se interpretan ambas normas, relacionándolas-, que la prisión preventiva sólo pueda acordarse cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados, pues sólo por la existencia de una colisión de intereses -en aras de proteger la libertad del encausado y posibilitar la administración de justicia- puede afectarse el estado de inocencia en el que se garantiza que sólo con base en un pronunciamiento judicial dictado con autoridad de cosa juzgada, pueda afectarse la libertad. Para adecuar la institución a las exigencias constitucionales, a la prisión preventiva se le constituyó en medida cautelar o precautoria, que como todas las del mismo género es provisional, ameritando ello que deba concluir cuando no resulte necesaria a los fines del proceso; para ello existen otras instituciones procesales. La prórroga extraordinaria es una de ellas, según los artículos 325 y 326 del Código de Procedimientos Penales procede cuando vencido el término ordinario de la instrucción, no existieren elementos de convicción suficientes para sobreseer, ni para disponer la elevación a juicio. Otra lo es la excarcelación, que debe ser acordada aún de oficio, según lo disponen los artículos 297 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, cuando la detención provisional ya no tenga ninguna razón de ser. En fin, la prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo -su libertad-, necesariamente debe estar debidamente regulada y su afectación sólo debe darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, dado que se le utiliza en una etapa procesal en que el indiciado cuenta a su favor con un estado de inocencia, garantizado en nuestro medio por la propia constitución en su artículo 39. Esta tesis fue aceptada a nivel legal en el artículo 265 del Código de Procedimientos Penales, en el que se dispone:

"La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo

menos posible a la persona o reputación de los afectados."

Otras normas que deben ser tomadas en consideración, al resolver sobre la necesidad de acordar una prisión provisional, su mantenimiento o cesación, son las contenidas en los artículos 3 y 294 del ordenamiento procesal analizado, en las que se señala que siempre debe interpretarse restrictivamente toda norma que autorice afectar la libertad de los procesados y que la prisión preventiva debe hacerse cesar cuando, el mantenerla haya perdido su necesidad procesal. Las medidas cautelares deben ser utilizadas sólo cuando circunstancias propias del proceso así lo exijan, son provisionales -no definitivas- y deben necesariamente darse por concluidas cuando no resulten indispensables a los fines del proceso o hayan cumplido ya con su cometido. De lo anterior puede concluirse que tanto el marco constitucional, como el convencional, permiten la prisión preventiva (artículos 37 de la Constitución Política y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero ella, según se ha dicho, debe ser aplicada por los jueces, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, de modo tal que cuando resulte innecesaria, es obligación del juez hacerla cesar, ya sea en aplicación del artículo 294 del ordenamiento procesal penal o acordando la excarcelación del encausado -aún de oficio-, conforme a lo reglado en los artículos 297 y siguientes del Código de Procedimientos Penales."

Sin embargo, de nuestra parte creemos que el texto constitucional merece una reformulación para adquirir mayor solidez, pues lo cierto es que admite interpretaciones en sentido diverso al expresado por la Sala que pueden cuestionar su fundamento.

a.- Probable responsabilidad del imputado.

Uno de los requisitos exigidos en la mayor parte de la legislación procesal latinoamericana, entre la que se encuentra nuestro vigente Código de Procedimientos Penales, establece para la procedencia de la prisión preventiva, la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe del hecho punible.

Similar disposición se recoge en el artículo 239 inciso a) del

Código Procesal Penal que entrará en vigencia a partir del 1º de enero de 1998.

Este requisito ha planteado algunas dudas en cuanto a su posible incompatibilidad con la presunción de inocencia, y en torno a éstas han girado importantes discusiones doctrinales como las que menciona el Dr. Llobet en la obra que hemos citado(12). Pero finalmente, según su opinión, el concepto normativo de la presunción de inocencia no colisiona con la exigencia de determinado grado de sospecha como requisito de la prisión preventiva.

La concepción normativa de la presunción de inocencia implica su permanencia durante todo el transcurso del proceso, y obviamente extiende su protección hasta ese momento final sin relativizarla.

Pareciera que el requisito de la sospecha es más bien un límite a la prisión preventiva, pues el peligro de fuga o de obstaculización no siempre resultan suficientes. Por otra parte también se ha señalado que este requisito está relacionado con el principio de proporcionalidad, según la doctrina alemana y resoluciones del Tribunal Federal Constitucional, citadas en la obra del profesor Llobet.

Como mencionamos supra, el nuevo Código Procesal Penal incluye en el texto del artículo 239 inciso a) la necesaria existencia de elementos suficientes de convicción para sostener, razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible, junto al peligro de fuga y al de obstaculización. Lo importante es que los jueces tengan claro cuál es el grado de convencimiento que deben tener sobre la posible participación como supuesto de la prisión preventiva. Pese a la dificultad de expresar fórmulas exactas para definir la existencia de un grado de culpabilidad suficiente para el dictado de la medida cautelar, se ha indicado que éste puede presumirse cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo son superiores a los negativos(13). Este juicio se hará al inicio de la investigación con base en el estado de la misma, pero como bien puede resultar que la posibilidad que se afirmó al inicio no se mantenga posteriormente, debiera dársele a la sospecha un carácter dinámico.

b.- Peligro de fuga.

El Código de Procedimientos Penales vigente y el nuevo Código Procesal, contemplan, en los artículos 291 inc 2) y en el 240, el peligro de fuga como presupuesto de la prisión preventiva, con la notable particularidad de que, en el nuevo instrumento, se detallan una serie de parámetros que deben tomarse en cuenta para decidir la existencia del peligro de fuga, concretamente se señala:

Artículo 240.- Peligro de fuga

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

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

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

c.- La magnitud del daño causado.

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

El carácter enumerativo de esas circunstancias queda reflejado en la fórmula "se tendrán en cuenta especialmente, las siguientes circunstancias", sin embargo, ello no debe significar que se pueda hacer un uso abusivo de la medida, inventando circunstancias que no la ameriten.

Entre las más utilizadas por nuestros jueces están: el monto elevado de la pena, la gravedad del hecho cometido, los cambios frecuentes de domicilio, el formar parte de una banda organizada y otros, pero, según pronunciamientos de la Sala Constitucional, al acoger recursos de hábeas corpus, no siempre las circunstancias mencionadas se acompañan de un razonamiento coherente, pues lo cierto es que no basta su sola mención. Ha señalado la Sala Constitucional en el voto N° 1419-96: "Cuando se exige fundamentar debidamente la resolución que restringe la libertad de un imputado, tanto por imperativo constitucional, como por mandato

específico del numeral 20 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, lo que se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa, y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida, pues sólo de esa forma se logran individualizar las razones que motivaron la decisión, y sólo así surge la posibilidad de controlar en alzada esa disposición. Es decir, el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto, para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada. El juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectible a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad. IVo.- Así, se evidencian perfectamente legítimos los argumentos del juez recurrido al denegar la excarcelación a los amparados, mismos que encuentran respaldo probatorio en la causa, pese a que éste no fue expuesto en forma diáfana por el juez de instrucción, deficiencia que en todo caso fue subsanada por el Superior, órgano que sí analiza en específico las razones que justifican en concreto, el mantener privados de libertad a cada uno de los amparados, para evitar que continúen con su actividad delictiva, que evadan la acción de la justicia, así como evitar que su libertad ponga en peligro la averiguación de la verdad, junto con la necesidad procesal de allegar prueba importante a la causa, frente a la gravedad de los hechos y a la cantidad de droga decomisada a los imputados, porque ellos son presupuestos concretos que se dan en el caso en estudio, y que le señalan al juzgador la necesidad de

mantener privados de libertad a los acusados para garantizar los objetivos del proceso que ya se han señalado."

También en otra resolución señaló "La gravedad del hecho cometido y el tanto de la pena, pueden ser tomados en consideración para establecer con base en ellos y utilizando criterios objetivos que el encausado podrá atentar contra los intereses del proceso (asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, según los términos del artículo 265 del Código de Procedimientos Penales), pero por sí solos, resultan insuficientes para negar la excarcelación de un encausado, dado que el propio legislador posibilitó la excarcelación de personas que se encontraran en esa situación (artículo 297 y 298 del ordenamiento represivo antes citado... Si el fundamento de la denegatoria acordada por el Tribunal recurrido lo es el tanto de pena posible de imponer, la cantidad de droga decomisada y el contenido de la prueba aportada a la instructiva, sin que hayan ligado esas circunstancias con una posible afectación a los intereses del proceso, el recurso debe ser declarado con lugar".

Se ha señalado por la doctrina que, en algunos supuestos el peligro de fuga ha sido interpretado con mucha amplitud, extendiéndose hasta abarcar el peligro de que el imputado se sustraiga a la ejecución de la pena.

Si bien entre los supuestos que el nuevo código procesal menciona como suficientes para la presunción de fuga, se encuentra el de la falsedad o falta de información sobre el domicilio, creemos, que debe insistirse en la necesidad de que esta disposición sea siempre interpretada en la realidad del caso concreto, pues por sí sola podría ser peligrosa y aún más, discriminatoria, sobre todo en el caso de los extranjeros. Es cierto que la Sala Constitucional se ha pronunciado al respecto, insistiendo en que este factor se vincule con otros elementos para poder afirmar el peligro de fuga, pero en todo caso, consideramos que es uno de los supuestos que debe ser tratado con más cuidado por los funcionarios encargados de tomar tal determinación.

c.- Peligro de obstaculización.

Como causal de prisión preventiva, el peligro de obstaculización reviste una menor importancia frente al peligro de fuga, pues lo

cierto es que puede recurrirse a otras personas, vinculadas con el imputado, para producir alteraciones o falsificaciones de prueba, intimidación de testigos, etc. Lo importante en todo caso sería que, en el caso concreto, se realice un efectivo análisis para demostrar el peligro real de obstaculización, sin que resulte prudente utilizar argumentos tales como la falta de conclusión de las investigaciones, la rebeldía de algunos de los coimputados, o el no haberse localizado testigos importantes.

La Sala Constitucional sin embargo ha avalado la aplicación de estos razonamientos y señaló, entre otros, en el voto 450-96 lo siguiente: "Del estudio de los autos y del informe remitido por la autoridad recurrida-dado bajo juramento- resulta que en repetidas ocasiones las gestiones de excarcelación interpuestas por el recurrente han sido rechazadas por el Despacho recurrido, y a su vez, confirmadas por el Tribunal de Alzada. Estima la Sala que precisamente con el objeto de proteger, la averiguación de la verdad de los hechos y la aplicación de la ley penal, es que el tribunal recurrido ha decidido privarlo de su libertad, toda vez que es evidente que la investigación no ha concluido en su totalidad pues falta prueba que recabar, e incluso otros imputados que localizar y estando en libertad el recurrente podría realizar actividades tendientes a obstaculizar la investigación, y continuar con la actividad delictiva. Además, nótese que existe una válida presunción de que el gestionante está involucrado con una banda que se dedica a cometer estafas a empresas nacionales, utilizando, para esos fines, la intervención de líneas telefónicas. Precisamente, al aquí recurrente se le encontró, en fecha seis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, interviniendo líneas telefónicas en el armario del Costarricense de Electricidad de Tibás, utilizando varios instrumentos de los usados por funcionarios de la institución antes mencionada para realizar su trabajo, los que razonablemente no podían estar en posesión del recurrente por no ser éste trabajador de tal institución. Es conforme entonces que la actuación del Despacho recurrido está de acuerdo al contenido de los artículos 291, 297 y 298 del Código de Procedimientos Penales y la jurisprudencia de esta Sala." (lo destacado no es del original).

Como señalamos al inicio, mantener privada de libertad a una persona bajo el argumento de obstaculización, en supuestos no muy claros, viene a resultar un tanto inconsistente, pues bien pueden sus allegados llevar a cabo por él todas las actividades obstaculizadoras.

El Código Procesal que entrará en vigencia en el 98 no hace una enumeración taxativa de supuestos que permitan derivar el peligro de obstaculización, sino que se limita a señalar diversos actos como indicativos del mismo.

Artículo 241.- Peligro de obstaculización

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

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

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

El texto vigente, en el artículo 291, inc 2) se limita a mencionarlo, con lo que, los peligros de interpretación arbitraria son aún más evidentes.

De nuestra parte creemos conveniente someter este supuesto a un riguroso análisis para que las deformaciones de su aplicación práctica no contribuyan aún más a la afectación de derechos fundamentales, sobre todo por la cultura inquisitiva que permea en la mayoría de los aplicadores del derecho penal y por la creencia particular de que los jueces son garantes de la seguridad ciudadana y ésta se pone en peligro cuando los procesados se encuentran en libertad.

En relación con el problema de la cultura inquisitiva cabe destacar que la inquisición es mucho más que un modelo de procedimiento, es, como señala Ferrajoli, un método de indagación, una forma de construcción de la verdad, una teoría del conocimiento que produce ciertas y determinadas consecuencias, provocadas por un conjunto de valores que sostiene determinada forma política⁽¹⁸⁾. Y lo cierto es que si bien con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento mixto, éste en lo fundamental conserva los pilares del método inquisitivo. "la ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se establecieron ciertos límites a los métodos de

averiguación de la verdad, aun cuando el procedimiento termine con un juicio oral y público, aun cuando se hayan separado las funciones requirentes y decisorias, la inquisición sigue entre nosotros. Ese modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta del poder político y de desprecio por los individuos, persiste en el derecho penal vigente."

Es importante rescatar del nuevo instrumento procesal las posibilidades que plantea en el sentido de que, siempre que el peligro de obstaculización o el de fuga o cualquier otra presunción de las que motivan la detención provisional puedan evitarse por otras medidas menos gravosas, el tribunal competente deberá preferirlas:

Artículo 244.- Otras medidas cautelares

"Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:

- a.- El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- 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 periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
- d.- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- 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.- Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio.

h.- La prestación de una caución adecuada.

i.- La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

Si la calificación jurídica del hecho admite la aplicación de una pena de inhabilitación, el tribunal podrá imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado."

Debe señalarse también que conforme a los artículos 245 y 246, se podrá imponer una sola o combinar varias de las medidas mencionadas, pero sin desnaturalizar su finalidad, y no se impondrán otras cuyo cumplimiento sea imposible. Por otro lado, la promesa del imputado de someterse al procedimiento y no obstaculizar la investigación, así como de abstenerse de cometer nuevos delitos, puede ser suficiente en algunos casos para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización, y permite la posibilidad de prescindir de toda medida de coerción.

"La evolución dogmática que sucedió a los principios liberales del siglo pasado logró desarrollar un estatuto fundamental que gobierna la aplicación del encarcelamiento preventivo, el cual, sintéticamente desarrollado por máximas, consiste en: formalmente, el encarcelamiento debe ser autorizado por una decisión judicial que funde sus presupuestos (principio de judicialidad); se parte, como principio, de la libertad del imputado y sólo se autoriza su encierro en ocasiones excepcionales, cuando, fundada la probabilidad de estar frente al partícipe en un hecho punible, el peligro de fuga o de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, cuya verificación como hecho real frustraría los fines del procedimiento penal, sea cierto y no pueda evitarse por otros medios (principio de excepcionalidad); aun en esos casos, evitar siempre que la medida de coerción procesal sea más gravosa para el imputado que la propia pena amenazada o que aquella que se espera en caso de condena, con lo cual el encarcelamiento preventivo no se debe autorizar cuando no está amenazada o no se espera la privación de la libertad como reacción penal o, de otra manera, se debe hacer cesar cuando el encarcelamiento sufrido, computado para la pena según las reglas respectivas, permite afirmar que, según la pena que se espera, no se prolongaría la privación de la libertad en caso de condena (principio de proporcionalidad); se debe acudir a otros medios menos gravosos que la privación de libertad personal que permitan resguardar eficientemente los fines

del procedimiento y evitar el encarcelamiento (principio de subsidiariedad).

Peligro de reiteración delictiva.

La causal de peligro de reiteración delictiva como circunstancia que faculta el dictado de la prisión preventiva, es sin duda polémica, sobre todo porque se ha insistido en que las causales cumplen una necesidad procesal, mientras que aquélla cumple una función de protección del orden jurídico, atendiendo más a consideraciones relacionadas con el interés de protección a la comunidad. De esta forma prácticamente se convierte a la prisión preventiva en una pena anticipada, con un muy lamentable resultado.

Por otro lado, la pretensión de adecuar la prisión preventiva con el fin de evitar el peligro de reiteración delictiva, choca abruptamente con las condiciones de la prisión en casi todos los países del mundo, pues, como señala Cafferata Nores: "lejos de ser un lugar donde no se delinque, es uno de los sitios en que proliferan los más graves delitos, tales como violaciones, tráfico de drogas, homicidios, robos, etc. Si el imputado tiene tendencia a delinquir, allí podrá continuar haciéndolo perfectamente, realizando nuevos contactos, perfeccionando sus técnicas y adquiriendo nuevos vicios que en nada ayudan a los fines correctivos que la medida persigue. Allí reinan los "catedráticos de la prisión", recordados por Carrara ...

Si realmente es peligroso, no es justo, en salvaguarda de los inocentes libres, arrojando indiscriminadamente sobre muchos inocentes que están detenidos."

Los motivos de protección del orden jurídico han sido legitimados por la Sala Constitucional, junto a razones de interés procesal en varias resoluciones.

Si bien algunos autores le asignan al peligro de reiteración una función de aseguramiento procesal, otro sector de la doctrina señala que no cumple ninguna función de carácter procesal sino más bien de prevención especial, fin atribuido tradicionalmente a la pena.

De nuestra parte expresamos una opinión contraria a considerar el

peligro de reiteración delictiva, sobre todo porque compartimos las acertadas críticas que las modernas corrientes del pensamiento criminológico le formulan al encierro como pena con algún grado de eficacia. Sus altos niveles de violencia, sus grandes dosis de dolor, lejos de acercarnos a una solución, lo convierten en un problema en sí mismo.

"La cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluido, privado de todas las libertades y capacidades que como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de prisonización o "cultura de la jaula", en la que la propuesta de resocialización es irrealizable, y por el contrario se revela, junto con la ideología del tratamiento, como un discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo".

Tenemos la convicción moral de que la vida social no puede ser controlada de manera eficiente por el derecho penal y por ello su papel debe reducirse drásticamente. En este contexto, con mucho mayor razón creemos en la utilización mínima y estricta de instituciones como la prisión preventiva cuyos fines jamás deben dejar de ser estrictamente procesales.

Límites de la prisión preventiva.

Nadie duda que, el encarcelamiento preventivo -en tanto privación de libertad frente a un inocente- debe tener un carácter excepcional, derivado de la combinación del derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de que se dicte una sentencia condenatoria firme.

"El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria, amparado a la misma Constitución, que pertenece a todo habitante, a quien no se le ha impuesto una pena por sentencia de condena firme.

Este carácter está también expresamente establecido en el artículo 9 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se preocupa por establecer, en el artículo 7, la prohibición de la detención o encarcelamiento arbitrarios, entendiendo por tales los que se encuentran debidamente justificados y no solo los autorizados legalmente, pues utiliza el término arbitrario para englobar toda actuación contraria a la justicia, de lo que podemos inferir que también se refiere a la ilegitimidad de la detención autorizada por un juez, sino se han respetado los límites de protección a la libertad o la medida no resulta proporcional a los intereses del proceso.

La clara conciencia, al menos teórica sobre su finalidad instrumental, ha permitido el desarrollo de ciertos límites que deben respetarse y a cuyo contenido nos referimos de inmediato:

Presunción de inocencia.

De acuerdo con el profesor Hassemer: "quien no defiende la presunción de inocencia aún en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria.

No admitir la inocencia del imputado mientras no haya sentencia firme sería tan absurdo como pretender que el demandado civil está obligado a pagar antes de la sentencia que declara con lugar la acción cobratoria en su contra, o que el inquilino estaría obligado a desocupar la casa antes de que el arrendatario haya obtenido sentencia favorable.

Por otra parte, siendo la sanción penal un mal que se inflige al autor de un delito, un castigo, una dosis de dolor, como señala el profesor Nils Christie, la imposición de un mal a un inocente sería un despropósito que contraría totalmente la vocación de seguridad jurídica que persigue el Estado de Derecho y el principio de racionalidad de los actos de gobierno, que es característico del sistema republicano.

Desde este punto de vista, el esfuerzo por demostrar que la prisión preventiva no contraría el principio de inocencia, debe dirigirse, necesariamente hacia el aseguramiento de que sus fines solo pueden ser instrumentales, y en virtud de ello nos preocupan los pronunciamientos de nuestro tribunal constitucional cuando ha señalado que no tomar la medida restrictiva cuando se acredite la concurrencia de los supuestos legalmente establecidos que lo permiten, significa "relegar en forma injustificada, al plano de lo irrealizable, objetivos tan importantes como el del logro de la verdad real de los hechos, el de sujeción del acusado a los procedimientos, buscando con ello asegurar la aplicación de la ley penal, en virtud de los cuales se permite excepcionalmente restringir la libertad en la fase de investigación" (lo destacado no es del original).

Resulta claro entonces que si se lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

Si bien comprendemos las dificultades que en muchos casos plantea el enfrentamiento de la criminalidad, es lo cierto que debemos desterrar de nuestro medio la idea equivocada de que a través del sistema penal se va a modificar la realidad delictiva, pues ésta tiene sustento, entre otras causas, en el acentuado proceso de empobrecimiento a que se han visto sometidos los sectores marginados de nuestra población, y de Latinoamérica en general, agravados con los procesos de globalización y las corrientes neoliberales que se imponen en las políticas económicas de nuestros países. Definitivamente el aumento de los delitos contra la propiedad tiene una comprobada relación con los períodos de deterioro en las condiciones de vida, según lo ha demostrado en nuestro país, la interesante investigación de don Elías Carranza que ya hemos mencionado, e igualmente se ha puesto en evidencia que, como ocurre en casi todo el mundo, la población penitenciaria proviene de los sectores más carenciados y empobrecidos.

De esta forma, no es el aumento de la pena privativa de libertad ni mucho menos el de los términos de la prisión preventiva, lo que permitirá un combate eficaz contra la delincuencia. Por el contrario, estas tendencias nos empujan violentamente hacia formas

autoritarias de gobierno, en las que la violación de derechos fundamentales es tarea cotidiana. Sobre este peligro debiéramos reflexionar muy seriamente.

Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso.

El principio de proporcionalidad ha sido interpretado en sentido amplio como constituido por tres subprincipios: 1) necesidad, 2) idoneidad y 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, y por ello contribuye a la búsqueda de medios alternativos que posibiliten sus fines y signifiquen una considerable menor intervención en el derecho fundamental a la libertad. 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.

La proporcionalidad se ha señalado como una consecuencia del Estado de Derecho y se le asigna una función garantista frente a la actividad estatal. Deducible también del respeto a la dignidad humana reconocida constitucionalmente.

"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"

Opera también como límite racional para permitir el encarcelamiento de un inocente. Su razonabilidad es evidente, pues no sería posible que el fin procesal signifique una privación de derechos más grave para el imputado que la propia pena que se le pudiera imponer.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto también ha sido llamado "principio de prohibición de exceso" y obliga a

considerar la gravedad de la consecuencia penal a esperar, de forma tal que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión.

"La proporcionalidad se refiere, sin duda, a la comparación entre la detención preventiva cumplida (o a cumplir) y la pena concreta que se pueda establecer en ese procedimiento y para ese imputado", pero esta consideración por sí sola resultaría insuficiente, y por ello es también conveniente el establecimiento de límites temporales.

Consecuencias evidentes de la prohibición de exceso vienen entonces a ser, tanto la prioridad de aplicar medidas menos lesivas que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva, como el establecimiento de límites precisos y controles a su duración.

El nuevo Código Procesal Penal recoge, en el párrafo 2) del artículo 238 el principio de proporcionalidad al señalar que:

La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso."

Otra limitación a la prisión preventiva derivada también de este principio se recoge en el nuevo código al disponerse que no se decretará la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años ni valetudinarias, si el tribunal estima que en caso de condena no se les impondrá pena superior a cinco años.

Al tema de los límites y controles en la duración nos referiremos en el siguiente título.

Disposiciones normativas, duración y uso real de la prisión preventiva.

a.- Disposiciones normativas.

La detención provisional se encuentra reconocida como excepción, constitucional y convencionalmente. Así la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 9o. dispone:

"Presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

En el ámbito continental la Convención Americana sobre Derechos Humanos se preocupa por desarrollar los principios a aplicar cuando se deba restringir la libertad de una persona sometida a juicio, así en su artículo 7, en relación con el derecho a la libertad personal se dispone:

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 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 juicio."

Lamentablemente, los principios contenidos en la última de las normas convencionales transcritas no son de aplicación directa

-como deberían serlo- por los jueces latinoamericanos, quienes en su mayoría ven en el compromiso adquirido al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica -como también se le llama- sólo la obligación para los Estados Partes, de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades(32). Aún en los casos en que en la legislación interna cuenta con normas similares o de igual contenido, es lo cierto que la detención provisional no se acuerda siguiendo sus pautas, como excepción, sino que constituye la regla.

Sin el carácter vinculante de la Convención, pero sí con la fuerza que conlleva el hecho de haber sido redactado y aprobado por los procesalistas más representativos de la región, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica contiene los señalados principios de la Convención, los que deben ser aplicados con criterio restrictivo según se señala en su artículo 3, en el que se dispone:

"3.- Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son la que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

La duda favorece al imputado."

La detención provisional del imputado procede cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la

verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley .

En su artículo 196, el Código Procesal Penal Modelo, dispone:

196.- Finalidad y alcance.- La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidas a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuesen absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley."

Rige el artículo 3 para al aplicación e interpretación de las reglas que autorizan medidas restrictivas de esos derechos. Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundada, según lo reglamenta este Código, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación.. En el artículo 202 se dispone sobre los casos en que procede la prisión preventiva, en el 203 se establecen los casos en que puede estimarse existe peligro de fuga, en el 204 cuando peligro de obstaculización y en el 205 cómo debe ser la resolución en que se acuerde la restricción a la libertad. Por la importancia de las normas resulta conveniente su transcripción, de seguido.

"202.- Prisión preventiva. Se podrá ordenar la prisión, después de oído el imputado, cuando medien los siguientes requisitos:

1.- la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él (procesamiento);

2.- la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga), u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos de acción privada, en aquéllos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera una pena privativa de libertad que deba ejecutarse. En estos casos, sólo se aplicará las medidas previstas en los incisos 3 a 7 del artículo 209, salvo lo dispuesto en el artículo 379.

El auto que autoriza la prisión preventiva deberá fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan."

"203. Peligro de fuga.- Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

1.- arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;

2.- la pena que se espera como resultado del procedimiento;

3.- la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;

4.- el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal."

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

1.- destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;

2.- influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente;

3.- inducirá a otros a realizar tales comportamiento."

"205.- Competencia, forma y contenido de la decisión.- El auto será dictado por el juez de la instrucción, durante el procedimiento preparatorio, o por el tribunal competente, y deberá contener:

1.- los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;

2.- una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen;

3.- los fundamentos;

4.- el dispositivo, con cita de las disposiciones penales aplicables."

"209. Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o

obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:

1.- arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga;

2.- la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal;

3.- la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe;

4.- la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización;

5.- la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;

6.- la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

7.- la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible; en especial, no se impondrá una caución económica, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado, tornen imposible la prestación de la caución.

Podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la siempre promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad."

En el Código Procesal Penal de Guatemala, artículos 259, 260, 261, 262, 263 y 264, se regula sobre la materia con el mismo contenido de las normas transcritas del Código Procesal Penal Modelo. Lo propio se hace en los artículos 285, 286, 287 y 288 del Código

Procesal Penal de El Salvador; en los artículos 244, 245, 246 y 247 del proyecto de Código Procesal Penal de Paraguay; y en los artículos 239, 240, 241, 257 y 258 del nuevo Código Procesal Penal costarricense.

En el Código de Procedimientos Penales vigente, el juez de instrucción tiene encomendada la tarea de realizar la instrucción y dictar la resolución que disponga la prisión preventiva, la que debe ordenarse mediante una resolución debidamente fundamentada, no solo por disponerlo así la norma del 106, sino también porque este criterio ha sido reforzado por diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional(33). El 243 del nuevo código expresamente obliga al dictado de una resolución fundamentada.

El tratamiento de la restricción que comentamos ha experimentado en nuestro medio una interesante incursión legislativa que en algunos casos, (reforma de mayo de 1993) significó un importante avance en la consolidación de un proceso garantista y democrático, inspirado en las disposiciones del Código Procesal Penal Tipo para Latinoamérica y en otros, un significativo retroceso, (reforma de abril de 1996).

En la Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576 del 8 de marzo de 1996, se dispone en los artículos 58 y 59:

Artículo 58.-

El Juez Penal Juvenil podrá decretar, a partir del momento en que se reciba la acusación, la detención provisional como una medida cautelar, cuando se presenten las siguientes circunstancias:

- a.- Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de justicia.
- b.- Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo.

La detención se practicará en centros de internamiento especializados, donde estos menores necesariamente deberán estar separados de los ya sentenciados.

Artículo 59.-

La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

La detención provisional no podrá exceder de dos meses. Cuando el

Juez estime que debe prorrogarse, lo acordará así, estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan.

En ningún caso, el nuevo término será mayor de dos meses y el auto en que se acuerde deberá consultarse al Tribunal Superior Penal Juvenil, con remisión de copia de las actuaciones que el Juez estime deben valorarse para disponer sobre la prórroga.

En materia de adultos tenemos que, antes de la reforma aprobada por Ley N°. 7337 de 5 de mayo de 1993, el texto del artículo 291 del Código de Procedimiento Penales disponía:

"El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el procesamiento, sin perjuicio de no hacerla efectiva si previamente se le hubiere concedido la excarcelación.

- 1.- Cuando el delito que se le atribuye esté reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de tres años;
- 2.- Si éste fuere inferior, en los casos previstos por el artículo 298; y
- 3.- Cuando concurren varias infracciones, dicho máximo será establecido con arreglo a los artículos 75 y 76 del Código Penal.

Como se evidencia, por la estructura de la norma se facilitó la aplicación de criterios antojadizos, subjetivos y arbitrarios, que provocaron una buena cantidad de violaciones a los derechos humanos, que vinieron a ser frenados mediante importantes fallos de la Sala Constitucional, producidos básicamente en los primeros años de su funcionamiento, a partir de noviembre de 1989, tal como lo demostraremos en los cuadros comparativos que se incluyen en el acápite denominado "uso real de la prisión preventiva".

Con la reforma mencionada se introducen los adecuados principios que deben regir este instituto y sobre todo, se establece un estricto control de su duración y posibilidades de revisión. Es así como entonces las reformadas disposiciones señalan:

Artículo 291.- El juez podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, sin perjuicio de no hacerla efectiva si previamente se le hubiera concedido la excarcelación, siempre que:

- 1.- Existan elementos suficientes de convicción para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible.
- 2.- 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.

3.- El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad, cuyo máximo exceda de tres años; si fuere inferior, solo procederá si concurren alguno de los supuestos previstos en el artículo 298. La resolución deberá fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan y será apelable por el imputado o por el Ministerio Público."

Artículo 294.- El juez dispondrá, por auto, la cesación del encarcelamiento y la inmediata libertad del imputado, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1.- Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no subsisten los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida.

2.- Cuando su duración supere o equivalga a la condena que, "prima facie", se estima podría imponerse, considerando incluso la posible concesión de beneficios sustitutivos de la prisión.

3.- Cuando su duración exceda de quince meses; pero si se hubiera dictado sentencia condenatoria, podrá durar seis meses más. El Tribunal Superior de Casación Penal, a pedido del tribunal que conoce de la causa o del Ministerio Público, podrá autorizar que el plazo de quince meses se prolongue hasta por un año más, fijando el tiempo concreto de la prórroga de la prisión. En este caso deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento. Vencido el plazo fijado en este inciso, no se podrá acordar una medida de coerción, salvo la citación y las establecidas en el artículo siguiente; pero, para asegurar la realización del debate, o de un pacto particular, para comprobar la sospecha de fuga o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, se podrá ordenar su nueva detención, por un plazo que no exceda el tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición."

Por desgracia, la creencia popular de que el uso de la prisión preventiva puede disminuir los índices de criminalidad, muy arraigada en nuestros medios, incidió para que estas disposiciones se derogaran con la ley que aprobó el nuevo Código Procesal Penal (ley N° 7594 del 10 de abril de 1996), pero el transitorio quinto de esa ley dispuso que las reformas introducidas a los artículos 294 y 298 del CPP de 1973 (haciendo una mala cita de la ley) debía

estar vigente hasta el 1º de enero de 1998, fecha en que comenzará a regir el nuevo Código Procesal Penal, el cual regresa a la posición de mantener plazos máximos para la prisión preventiva (arts. 253, 257 y 258).- El Código Costarricense introduce además una prohibición de examinar la prisión preventiva a solicitud de parte durante los primeros tres meses, pero el tribunal puede revisarla de oficio si estima que han variado las circunstancias por las cuales se decretó (art. 253) y restringe el recurso de apelación durante esos primeros tres meses sólo a la resolución que decreta por primera vez la prisión preventiva. Transcurrido ese plazo las resoluciones que rechacen una medida sustitutiva, sí tienen recurso de apelación (art. 256).-

Quizá por inadvertencia, el legislador mantuvo la vigencia de las cuestionadas medidas hasta la entrada en vigor del nuevo instrumento procesal, lo que permite -dichosamente- retornar a la situación de límites y controles adecuados.

Duración y control en el nuevo C.P.P.

La duración de la prisión preventiva y su control tiene una estructuración importante en el nuevo C.P.P., como parte de la tendencia internacional que establece límites precisos. Así tenemos que el inc. c) del artículo 257 establece como causal de cese el hecho de que la duración exceda los doce meses, pero sin que este plazo será absoluto, ya que admite su ampliación en los supuestos del 258 que a la letra señala:

"A pedido del Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el Tribunal Superior de Casación Penal, hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento. Si se ha dictado sentencia condenatoria, los plazos podrá prorrogarse por seis meses más. Vencidos esos plazos, no se podrá acordar una nueva ampliación al tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga, o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia, casos en los que la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

La Sala o el Tribunal de Casación Penal, excepcionalmente y de oficio, podrán autorizar una prórroga de la prisión preventiva más

allá de los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio."

Pese a que se insista en que la fijación de límites a la prisión preventiva es una consecuencia del principio de proporcionalidad en relación con el de aceleramiento procesal y que una prisión de excesiva duración es válida si cumple funciones de aseguramiento procesal, creemos que, en muchos casos de plazo excesivo podríamos estar frente a una verdadera pena.

Por esta razón resulta preocupante la ampliación que se produce según el nuevo C.P.P. en los supuestos previstos para el procedimiento de asuntos de tramitación compleja, contenidos en el artículo 378 inciso a), puesto que "el plazo simple de la prisión preventiva, de doce meses, puede prorrogarse hasta por un año más, por el Tribunal de Casación. Y si se ha dictado sentencia condenatoria, puede prolongarse por seis meses más. Y en forma excepcional y de oficio, el Tribunal Superior de Casación Penal puede aún prorrogarlo por seis meses más, cuando se disponga el reenvío a un nuevo juicio. De modo que la prórroga del plazo de la prisión preventiva en el procedimiento ordinario, sin contar la facultad excepcional del Tribunal Superior de Casación Penal de ampliarla en caso de reenvío y sin tomar en cuenta la posibilidad de que se ordene una ampliación de la prisión preventiva para la realización de un determinado acto, por el tiempo "absolutamente necesario" que de forma no muy clara contempla el artículo 258; y también excluyendo las suspensiones al plazo de la prisión preventiva que señala el artículo 259, suma dieciocho meses que, unidos a los doce meses del plazo simple de la prisión preventiva, nos da un plazo total de treinta meses, o sea, de dos años y seis meses, de la prisión preventiva en el procedimiento ordinario.

En el caso del procedimiento de tramitación compleja, el plazo simple de la prisión preventiva (que es hasta dieciocho meses en este procedimiento) puede prorrogarse hasta otros dieciocho meses más por el Tribunal Superior de Casación Penal, y si se ha dictado sentencia condenatoria puede prolongarse por ocho meses más. O sea, que las prórrogas previstas para la prisión preventiva en este procedimiento especial (sin tomar en cuenta los mismos aspectos que excluimos al sumar las prórrogas de la prisión preventiva del procedimiento ordinario, que también resultarían de aplicación al procedimiento de tramitación compleja, aunque sin ampliaciones), suman veintiséis meses (dos años y dos meses). De modo que, en relación con el procedimiento ordinario, en el procedimiento de tramitación compleja se aumenta la ampliación del plazo de la prórroga de la prisión preventiva en ocho meses más. Y

en total el término de la prisión preventiva en este procedimiento especial puede llegar hasta cuarenta y cuatro meses (tres años y ocho meses); sea, catorce meses más que en el procedimiento ordinario.

Lo que evidentemente constituye una grave afectación al derecho a la libertad, de previo a una condenatoria firme."(34)

En materia de revisión, dichosamente se vuelve a los principios que inspiraron la reforma del 93 y se establece en el artículo 253 lo siguiente:

"Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó.

Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda.

Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior.

Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él."

No compartimos sin embargo la parte inicial de esta norma que impide la revisión de la prisión preventiva en los primeros tres meses de acordada, no solo porque en algunos supuestos puede constituir una clara violación a la presunción de inocencia, sino porque viola otra disposición de rango constitucional, cual es el derecho de petición que le otorga la Carta Magna a todo ciudadano en su artículo 27.

Igualmente criticable nos parece el hecho de que, el párrafo 4 del artículo 253 permita tomar en cuenta especialmente la "peligrosidad" del imputado cuando se revisa la prisión preventiva, pues lo estimamos violatorio en forma clara del

principio de culpabilidad. Nótese que si la Sala Constitucional rechazó la consideración de la peligrosidad como criterio válido para aplicar una medida de seguridad a un sujeto imputable, tenido por culpable después de un debido proceso, con mucha mayor razón resulta absurda su valoración tratándose de una persona cuya culpabilidad no ha sido declarada.

En cuanto a la necesidad de reducir el encarcelamiento preventivo, resulta claro que es una de las preocupaciones básicas de los últimos tiempos.

"El siglo XX ha procurado reducir aún más las posibilidades del encarcelamiento preventivo. Ya la reducción postulada para la pena privativa de libertad producirá efectos inmediatos en el encarcelamiento preventivo conforme al principio de proporcionalidad. Pero eso no bastó. Con razón se procura establecer un límite temporal máximo para la privación de libertad procesal, para evitar así cargar en las espaldas del imputado la duración exagerada del enjuiciamiento penal. El movimiento se inscribe, además, dentro de aquellos que intentan un enriquecimiento de las garantías personales, una necesidad histórica ineludible para no pecar por ineficacia e hipocresía, pues la realidad se ha encargado de demostrar modos de aplicación del poder penal del Estado que, con respeto aparente de las formas establecidas para la intervención estatal, las violan en esencia, incluso por utilización de esas mismas formas (la intervención judicial) en sentido contrario a la garantía, para limitar aún más la libertad personal. La limitación temporal del encarcelamiento preventivo ha alcanzado ya rango constitucional, según sucede, por ej., en la nueva Constitución española y en la italiana, con lo cual se reconoce que la prolongación de la prisión preventiva por demasiado tiempo o, si se quiere, su limitación temporal, afecta al Estado de Derecho correctamente comprendido. La prueba final del acierto de este enriquecimiento de la garantía de libertad aparece en nuestro siglo conducida por las convenciones sobre derechos humanos que, a la vez de reiterar los principios anticipados, abogan por un plazo breve de encarcelamiento preventivo, mediante la simple fórmula, escasamente entendida entre nosotros, de juicio o libertad."

Cabe destacar que el movimiento que intenta limitar el encarcelamiento preventivo, va acompañado de la búsqueda de alternativas, es decir, de medidas coercitivas que lo reemplacen con menor daño para el ser humano y similar garantía para el procedimiento. Estas han sido inteligentemente incorporados a

nuestro instrumento procesal de 1996, en el artículo 244, tal como lo apuntamos ya en el acápite referido al peligro de obstaculización.

En este sentido nos parece fundamental llevar a cabo un proceso de concientización en nuestros operadores jurídicos, que les permita vislumbrar la naturaleza del bien que están disponiendo a la hora de dictar una prisión preventiva, con el fin de evitar los injustos encarcelamientos y posibilitar un mayor recurso a las alternativas que el ordenamiento les proporciona.

Uso real de la prisión preventiva.

La cantidad de personas que guardan prisión en espera de juicio representan entre un 45% y un 91% del total de gente encarcelada en América Latina, y esta situación "lejos de mejorar con los años, empeora, pues los índices y estudios más actualizados revelan que la población penitenciaria en esta condición, sin sentencia condenatoria, crece constantemente y el uso del encierro como medio casi exclusivo de control o contención social es generalizado"

En la realidad guatemalteca, con el anterior régimen procesal, la prisión preventiva era utilizada como condena anticipada, vulnerando el principio de inocencia, ya que, en los centros de detención, la mayoría de los reclusos eran presos sin condena.

[...]

Fácilmente podemos apreciar cómo los índices más altos de reclusión preventiva se producen antes de que entre en funciones la Sala Constitucional, comienzan a disminuir a partir del control constitucional y ya en el período siguiente a la reforma de 1993 que hemos comentado y que le puso límites y controles precisos, disminuye notablemente, para comenzar una curva ascendente que se mantiene a la fecha.

Este aumento en el número de personas detenidas en prisión preventiva debe llamarnos a un detenido análisis. Es un fenómeno que no resulta ajeno a la dramatización del sentimiento de inseguridad ciudadana, estimulada por los medios de comunicación, como la lo hemos señalado supra, y que ha llevado a que se

privatice en muchos casos el combate a la delincuencia, mediante la organización de grupos comunitarios de vigilancia o el contrato de policía privada como recursos para conseguir seguridad. Los peligros de la privatización han sido más que evidentes en países del área, en los que la aparición de grupos paramilitares y escuadrones de la muerte que se han pretendido convertir en los garantes de la seguridad ciudadana, han provocado las nefastas consecuencias que ya conocemos.

En este contexto, hablar de exceso de garantismo nos resulta igualmente preocupante. En esta materia no puede haber excesos, o somos garantistas, respetuosos de los principios y garantías fundamentales consagrados en los textos constitucionales y en los instrumentos de derechos humanos, o abrimos la puerta a la entronización del autoritarismo y la cultura represiva como mecanismos de solución de conflictos.

De nosotros depende el camino que forjaremos en este campo. Será tarea ineludible de nuestros juzgadores adoptar criterios interpretativos acordes con los principios filosóficos y político criminales que inspiran la reforma procesal de 1996 y que será puesta en vigencia a partir del 1º de enero de 1998, tanto para impedir que la prisión preventiva se utilice como adelanto de pena, como para resguardar los derechos fundamentales de personas jurídicamente consideradas inocentes, en el marco de un garantismo pleno.

Es indispensable por otra parte, educar y orientar tanto a la ciudadanía como a los comunicadores sociales, sobre las gravísimas consecuencias que provoca una política represiva que incluya a la prisión preventiva como solución al problema de la criminalidad. Son más los problemas que ocasiona que los supuestos beneficios, y las nefastas implicaciones que tiene para el interno y su familia, lejos de contribuir a disminuir la criminalidad, provoca un desajuste social y familiar que empuja a núcleos enteros hacia la delincuencia como forma de vida. "Las cárceles producen efectos opuestos a la reeducación y reinserción social. El carácter represivo y uniformante que rige en ellas, anula la individualidad, la libertad y la espontaneidad propias de cualquier proceso educativo realmente edificante. Por otra parte, científicamente se ha demostrado el efecto psicológico negativo del encierro y su prolongación, desestructuradores de la personalidad, problema agudizado por el régimen de privaciones de todo tipo a que se someten los encarcelados.

La represión no tiene utilidad práctica alguna, pierde el infractor porque no obtiene ningún beneficio ni encuentra razones para modificar su conducta o actitud, pierde la víctima porque no se recupera de su lesión y finalmente también pierde la sociedad, porque el conflicto que se le genera llega muchas veces a ser más violento que la infracción.

De conformidad, con lo que hasta ahora hemos expuesto, valdría la pena reflexionar sobre la propuesta del profesor Luigi Ferrajoli, de "un proceso sin prisión provisional" ya que, pese a que él considera que pueda aparecer, a corto plazo, como una quimera, por la resistencia que siempre ponen las culturas conservadores, es lo cierto que, una observación profunda de la experiencia procesal vigente y sobre todo un análisis de los preocupantes datos que nos suministra la investigación sobre el preso sin condena, debe llevarnos a un replanteamiento del tema en nuestro medio. No debemos perder de vista el peligro que encierra el hecho de que "una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por "necesidades procesales" ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por "necesidades penales"

b) límites del control social a través del sistema penal

[EL KHOURY]²

"Se nos propone un tema: límites del control social a través del sistema penal, dentro de un contexto de análisis de realidades. Así, hemos creído nuestro deber tratar de observar algunos aspectos del tópico, en Costa Rica, y presentar un breve ensayo, que en mucho busca un inicio de marco teórico para una investigación mayor y no un producto acabado.

Hemos destacado los vicios, las fallas del sistema. Esto podría dar la impresión de crítica destructiva; si así se creyera, aclaramos que ese no es nuestro objetivo. Estamos conscientes de los avances en materia de humanización del Sistema de Justicia Penal en Costa Rica y de las luchas incesantes por lograr mayor

ámbito de republicaneidad, luchas que, dichosamente, los primeros en apadrinar o tomar la bandera son los propios gobernantes. En ese contexto se entenderá mejor la crítica.

Para discutir cuáles son los bordes, hasta dónde llega y de qué manera opera el control social en el Sistema de Justicia Penal, en este caso costarricense, se hace necesaria la siguiente precisión: cuando se habla de Sistema Penal se mencionan dos aspectos distintos y diferenciables: sistema penal formal y sistema penal real.

a) El sistema penal formal lo integran la descripción de la actividad legislativa y normativa en general y tiene como base las normas constitucionales. Si se partiera del acuerdo que la normativa derivada tiene que seguir al pie la constitucionalidad (posición idealista), en Costa Rica deberíamos decir que el control social punitivo institucionalizado posee los límites que la República supone pues el Artículo 1) de la Constitución manda y reconoce: "Costa Rica es una República, democrática, libre e independiente".

A partir de este postulado, el Sistema Penal costarricense es un sistema de legalidad, con un principio rígido de tipicidad (ningún tipo abierto, ninguna ley que remita a normas inferiores), con un claro principio de culpabilidad (ninguna ley penal de peligrosidad, ningún delito de peligro abstracto), con un claro respeto del individuo y su ámbito personal, es decir, con un fundamento antropológico propio de una República que se califica constitucionalmente como tal.

De esta manera, el Derecho Penal costarricense se presenta como sancionador de acciones reprochables que hayan producido lesiones de bienes jurídicos ajenos (ningún tipo sin bien jurídico o sin acción típica; ninguna condenatoria sin comprobar el dolo o culpa y la culpabilidad/reprochabilidad, ningún tipo que pene la autolesión, ninguna ley que origine la violencia punitiva, sino el castigo retributivo y reparador de la República, y a todos los culpables, no sólo algunos y siempre en nuestro territorio. No en vano el constituyente de 1949 calificó esa República de democrática, libre e independiente.

b) Pero lo anterior no agota el Sistema Penal, como concepto, pues

si se observa la norma, por un lado y por otro, las prácticas legislativa, judicial y administrativa, en relación con la creación, juzgamiento y castigo de los delitos, es necesario hablar de Sistema Penal Real el cual centra su atención e interés en el real acontecer: el control real, a partir de prácticas judiciales, administrativas y particulares.

Esta perspectiva no puede quedar fuera de ningún análisis pues se perdería la descripción de lo que realmente "vive" el grupo social como control. El sendero de la ley no necesariamente evidencia la vida real del grupo social. Ejemplos de lo anterior, en Costa Rica, lo da la comparación entre normas constitucionales y leyes y prácticas judiciales y policiales autoritarias y violatorias de esas normas. Así a pesar de que la Constitución señala un derecho punitivo con reglas claras de legalidad, principio de inocencia, respeto a la libertad, debido proceso, entre otros, que marcan al Derecho Penal como Republicano y Democrático, las leyes permiten un Derecho Penal autoritario y las prácticas judiciales y policiales son igualmente autoritarias:

La Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, N. 7093 de 22 abril de 1988 no permite la excarcelación y prohíbe otorgar el indulto; el Código Penal establece sanción al que indebidamente tuviera en su poder o fabricare ganzúas u otros instrumentos que conocidamente se destinan a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad (artículo 230); y castiga a quien se le encuentren instrumentos aptos para cometer cualquier contravención, si antes ha sido condenado (artículo 384 inc. 10); la Ley para Garantizar al País Mayor Seguridad y Orden (N. 6122 de 27 de octubre de 1977) prohíbe cambiar de color a los vehículos, su desarme o remolque, sin contar con la autorización previa de la Dirección General de Tránsito y; además encontramos tipos abiertos, remisiones a reglamentos, delitos sin bien jurídico, de peligro abstracto, entre otros.

Por otra parte, se dictan sentencias con interpretaciones extensivas en perjuicio, se condena sin probar el dolo y sin hacer el juicio de reproche y en el caso de las contravenciones se compele aceptar el cargo sin más. La policía detiene primero y posteriormente define el motivo de detención que mejor se acomode a las circunstancias.

De esta manera se pretende que los puntos que a continuación se destacan no solo aludan al sistema penal formal, sino también al real.

Indicaciones sobre la evolución de la criminalidad a nivel nacional con especial referencia a los delitos que presentan mayor alarma social.

a) Cuando se distingue entre los datos que surgen de las informaciones colectivas (que se manejan como realidad) y los datos que arrojan investigaciones de campo, que muestra realidades desconocidas para un gran público. Se debe pensar que el término "alarma social" que utiliza el encabezado nos conduce a dos distintas versiones acerca de la evolución de la criminalidad, según nos basemos en informaciones de diarios y revistas o en resultados de investigaciones de campo.

En el primer caso, de acuerdo con los hechos noticiados en Costa Rica, se podría dar cuenta de numerosos homicidios, asaltos y robos con armas, violaciones y pequeños hurtos de calle. Y es claramente determinable que los Tribunales de Justicia trabajan constantemente en el juzgamiento de esos hechos, sobre todo, en los delitos contra la propiedad. Igualmente, es fácil constatar un aumento en los presupuestos de los Ministerios de Seguridad Pública y Gobernación (de los cuales dependen las policías administrativas) y del de la Policía de Investigación del Organismo de Investigación Judicial; igualmente, de un crecimiento del número de detenciones provisionales y de aumentos en los montos de las condenas a pena de prisión.

En el caso de los resultados que arrojan las investigaciones de campo sobre el tema, el asunto es distinto, pues tiene efectos mínimos sobre las instituciones de la justicia penal. El "daño social" que puede ser evidenciado en muchas de ellas ciertamente es tal en el tanto en que se socaban las bases de convivencia, la paz social y el entorno ecológico.

Pero el gran público no maneja esos datos, o los maneja sin alarma. Ciertamente, las capturas extralegales, los abortos ilegales, la contaminación y depredación de bosques, suelos y aguas, -para citar sólo algunos ejemplos- son los hechos que están

más lejanos de la mira de las instancias del Sistema de Justicia Penal.

Por lo demás, es válido pensar que han quedado en el camino de la investigación policial y judicial, hechos como la quiebra de financieras, ventas de terrenos y de casas inexistentes, engaños en la calidad de materiales y otros aspectos relacionados con la construcción de las viviendas populares, así como corrupción de funcionarios públicos y altos empresarios privados, además de los aspectos anteriormente enumerados, por dificultades probatorias u otras de las características que presentan los delitos de cuello blanco.

b) Es posible constatar la aparición de nuevas leyes que han creado nuevos delitos y por ello, en algunos casos, nuevas formas de delincuencia. La Ley para Garantizar al País Mayor Seguridad y Orden (No. 6122 de 17 de noviembre de 1977); el Proyecto de Ley sobre los Espectáculos Públicos; la Ley de Armas y la Ley de Sustancias Psicotrópicas y afines N° 7093 de 22 de abril de 1988. Esta es la única que ha sido altamente publicitada y ha sido la más criticada por sus tipos abiertos y mal contruidos y sus postulados represivos contrarios a las pautas constitucionales.

Las anteriormente citadas adolecen de problemas parecidos que pasan desapercibidos para el gran público.

c) Si se examina la legislación Penal Especial y los proyectos de leyes penales discutidos en las comisiones legislativas, es constatable que el concepto de alarma social que allí se maneja, aunque no de manera explícita, sino entre líneas, es el que se extrae de las informaciones de medios masivos de comunicación. De allí surgen leyes penales que socaban la esencia misma de los postulados Republicano y Democrático con que la carta constitucional califica al derecho penal de este país.

d) En relación con la delincuencia violenta se hace difícil, sin una investigación de campo, conocer qué ocurre y cuál es la evolución. Obviamente, de atenernos a una información masiva, tendríamos que decir que ha crecido en forma alarmante.

a) Areas de penalización y despenalización.

1.- Una variable que caracteriza la actitud legislativa costarricense es la solución punitiva de los conflictos. Podría definirse su política criminal legislativa, en ese sentido, como absolutamente sancionatoria. Si bien esta es una actitud permanente en el sistema de Justicia Penal, se puede destacar que a raíz de la llamada "crisis económica" (debido a ella el Estado administrador tiene cada vez menos dinero disponible para hacer frente a los problemas urgentes de salud, educación y bienestar social, pues cada día debe utilizar más divisas para amortizar los intereses de la deuda contraída perennemente con los Organismos Financieros Internacionales) se sucedieron una serie de leyes penales, con claras violaciones a principios constitucionales-penales (entre las más importantes: la Ley de la Moneda #1367; Ley de Protección al Consumidor #5665, entre otras).

Lo que corrobora que la estrategia general del Sistema de Justicia Penal es una: utilizar al Derecho Penal en la solución de conflictos de tipo no penal.

2- Se puede aseverar que no existen en Costa Rica, áreas sensibles de despenalización. Es posible encontrar leyes que contienen materia administrativa y que incluyen normas penales.

b) Evaluación de los Recursos disponibles y su concentración en la lucha contra las formas más graves de Delitos.

Con lo dicho en el punto anterior no habría mucho que ajustar aquí. Sin embargo, puede ser interesante hacer notar cómo, además de seguir la ruta de la penalización -con pena de prisión- las leyes que permiten enfrentar el terrorismo y el narcotráfico responden -sobre todo en este último caso- a formas de Derecho Penal menos republicano y más autoritario: tipos de autor, de peligrosidad, abiertos, mal contruidos, sin bien jurídico tutelado.

La delincuencia organizada, excepto en el caso de Drogas, parece

haber escapado al legislador. Es constatable, además, el hecho de que ha recibido, hasta el momento, poco tratamiento publicitario.

c) Recurso a medidas y sanciones no penales ante infracciones menos graves.

Un estudio panorámico de la legislación vigente, nos permite señalar -repetimos- que la solución de conflictos de la política criminal costarricense es netamente punitiva y vertical. Lo anterior significa que el recurso a vías alternativas para delitos o infracciones menos graves prácticamente es inexistente.

El recurrir a sanciones de corte administrativo sólo se da en casos de excepción. Se utiliza sobre todo en casos de "delitos ecológicos".

3.- Adaptación en el proceso penal de exigencias de control social y de garantía para el individuo: tutela de los derechos del acusado, posición del Ministerio Público y papel del defensor

La ley procesal penal vigente en Costa Rica contiene una serie de disposiciones que garantizan todos los derechos que se refieren al debido proceso y al derecho de defensa. En este sentido no habría que hacer objeción alguna a la normativa vigente. Sin embargo, la práctica en muchos casos es diferente. De acuerdo con las manifestaciones de defensores privados y públicos y la experiencia personal, como defensor, la asistencia técnica y el debido proceso no se llevan a cabo con las garantías formales prescritas.

Las críticas más reiteradas se señalan a continuación:

a) La práctica judicial impone limitaciones al Derecho de defensa, en algunos casos por formalismos y en otros porque los jueces las crean.

b) Los juzgadores prejuzgan a los defensores al señalar que siempre buscan dejar en libertad "a los culpables" y que ese prejuicio limita el Derecho Constitucional de Defensa.

c) Hay un acercamiento entre el Ministerio Público y Juzgador, en detrimento de la defensa.

d) Se hace necesario una apertura mayor en cuanto a la recepción de pruebas en el debate.

En un orden más general, podemos observar en sus aspectos formal y funcional, el Ministerio Público y la defensa:

1) Ministerio Público

En Costa Rica no existe criterio de oportunidad en la investigación de los delitos de acción pública. El Ministerio Público está obligado siempre a acusar, aunque puede pedir absolutoria.

El Ministerio Público depende del Poder Judicial, tanto de manera económica como administrativa. Es asistido también por el Organismo de Investigación Judicial -también con pertenencia judicial-, órgano del cual depende la Policía Judicial con que el Ministerio Público trabaja en estrecha coordinación.

Su trabajo es percibido por los defensores entrevistados como parcial y subjetivo. Se dice que no buscan la verdad real sino la condena del encartado.

2) La defensa pública

Pertenece al poder judicial del que depende económicamente y administrativamente y trabaja para cualquier persona que no tenga defensa privada; sin considerar el aspecto económico. Su tarea fundamental es asistir técnicamente al imputado. Sin embargo, por su diario quehacer, la mayoría de los profesionales que dedican su tiempo a esa labor van adquiriendo una conciencia más clara que el resto de los actores judiciales, del problema de la marginación y estigmatización que el control social punitivo institucionalizado supone. De ahí que propugnamos por una mayor preparación para que puedan participar mejor en la tarea no formal de ser agentes de

conciencia de nuestra sociedad.

3) La defensa privada

No existen investigaciones actualizadas que permitan conocer el comportamiento profesional de esos abogados. Es posible constatar en el trabajo diario de los Tribunales la existencia de dos grupos de defensores privados: uno pequeño, compuesto generalmente por especialistas en la materia que hacen bien su trabajo, mientras que otro, es señalado como no técnico y busca salir del paso.

Comentarios sobre la defensa en Costa Rica

De acuerdo con entrevistas realizadas a Jueces y Fiscales, se puede resumir en lo siguiente la manera como es percibida la defensa.

En general, los Jueces tienen una mejor opinión de la defensa pública que de la privada. Consideran que los defensores privados sólo en muy contados casos hacen técnicamente su trabajo.

Por su lado, los representantes del Ministerio Público consideran que los defensores de oficio no se involucran con sus causas, desconocen los expedientes y, en general, no se esfuerzan por hacer bien su trabajo. De los defensores privados opinan parecido.

Por otra parte, en los medios de comunicación de masas se percibe una lectura negativa del papel del defensor.

Poderes de la policía y del ministerio público, con particular consideración a la obligatoriedad o a la discrecionalidad de la acción penal

Hemos mencionado con anterioridad que en Costa Rica no existe criterio de oportunidad. Cuando nos planteamos el problema del ejercicio obligatorio de la acción no es posible evadir la pregunta de dónde y en quiénes reside el poder sobre el ciudadano,

en términos del máximo control directo sobre él.

Una respuesta formalmente obvia no se hace esperar: la instancia que juzga y condena o absuelve es la que ejerce el poder sobre el ciudadano. El juez que cumple el mandato del legislador es quien decide sobre libertades y patrimonios.

Pero esta respuesta es aparential y falsa por omisa. Claro que el juez si tiene el poder, pero ante su clientela. Sin embargo, el porcentaje de ciudadanos que llegan a la instancia judicial es mínimo si se lo compara con el número de casos que son contactados y resueltos por el poder policial (administrativo o judicial), sin salir de esa instancia, es decir, sin ser enviados al Ministerio Público.

En 1988, según el informe del un matutino costarricense, hubo "más de 15 mil personas detenidas arbitrariamente".

Estos datos pueden corroborarse en la Memoria del Ministerio de Seguridad Pública, 1989, en donde obviamente no se califican como arbitrarias esas detenciones.

En estos casos, la policía, en uso de un poder que no tiene ni por Constitución ni por ley y en un reducido plazo de 24 horas, (plazo constitucional para pasar al detenido a la orden del juez), detiene, juzga, condena y finalmente libera a un ciudadano que, a pesar de todos los principios constitucionales como inocencia, juicio previo, ley previa etc., pasa a engrosar las largas listas de "fichados por la policía" (lo cual significa algo más que ser anotado, pues para ello primero fue irrespetado, detenido y, a veces, golpeado). Por lo demás, ser fichado por la policía constituye el primer paso de selectividad que se requiere para ser cliente del sistema penal.

Del reducido número (o porcentaje) de ciudadanos que supera el paso anterior, en la mayoría de los casos, ingresa al Poder Judicial; un alto número o porcentaje de ellos, pasa vía directa a la Agencia de Faltas y Contravenciones, sin escala en el Ministerio Público.

El Juzgamiento Contravencional, además del cuestionamiento a su proceso y a los mismos tipos contravencionales sobrepasa las posibilidades de los juzgadores, por lo que en Costa Rica se tiene la práctica constante de inducir -por no decir obligar- a los fichados a que "acepten el cargo", es decir, que confiesen ser responsables de los hechos denunciados. En general, esta práctica proviene de los mismos empleados de la agencia y siempre con la amenaza de que un juicio es gravoso y ellos llevan la de perder.

El resto de los ciudadanos llega a los Tribunales, vía Ministerio Público ya tamitado el caso por la policía judicial y, en algunos, administrativa. Aquí el juez sí ejerce su poder.

5.-LIMITACION DEL USO DE DETENCION EN ESPERA DE JUICIO A CASOS DE EXTREMA NECESIDAD Y POSIBLES ALTERNATIVAS

a) De acuerdo con los artículos 37 y 39 de la Constitución Política, en Costa Rica, nadie puede ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito de juez o autoridad competente; ni tampoco a nadie se le puede hacer sufrir pena sino por delito, doloso o culposo y falta o contravención, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, con previa oportunidad para la persona de ejercer su defensa y mediante la necesaria de demostración de culpabilidad.

Con base en los principios citados sería de esperar que en Costa Rica la prisión preventiva funcione de manera excepcional, pues prácticamente del principio de inocencia se desprende que la libertad durante el proceso tendrá que ser la regla general.

Sin embargo, la misma ley procesal no es clara en aplicar arbitrariamente el principio de inocencia. El Juez de Instrucción puede dictar la prisión preventiva desde el momento del procesamiento en todos aquellos casos que el máximo de la pena exceda de tres años, según señalan los artículos correspondientes al Capítulo de la Prisión Preventiva (artículos 292 a 296). Por su parte, al regular la excarcelación, la ley se comporta con criterios parecidos (artículos 297 a 317).

A este panorama debe agregarse la disposición de la ley de

Psicotrópicos vigente que prohíbe la excarcelación. Es justo agregar que a raíz del crecimiento del número de presos sin condena (sobre todo mujeres) por causa de la prohibición de la Ley de Psicotrópicos, recién mencionada, existe un Proyecto de Reforma a esa ley para permitir la excarcelación en los casos de tráfico en pequeña escala.

De acuerdo con los datos que hemos obtenido en las dependencias del Ministerio de Justicia, cabe afirmar que en Costa Rica la regla general es la excarcelación y no la prisión preventiva. En efecto, el número promedio de encarcelados en espera de juicio entre los meses que van de enero a setiembre de 1989 es de 1328. Nótese cómo es muy cercano el número promedio de internos condenados, durante el mismo período anterior: 1824.

Aún no ha sido planteada ninguna investigación que busque conocer por qué los jueces costarricenses no utilizan con soltura la excarcelación en los casos posibles. En conversaciones gremiales, sin embargo, es fácil escuchar criterios judiciales que permiten suponer que los jueces de instrucción utilizan la Prisión Preventiva como castigo anticipado; y en estos momentos, también por temor al escándalo periodístico. Algunos resultados preliminares de la investigación sobre alternativas a la prisión, pronta a publicarse, confirman la versión del castigo anticipado. En efecto, se señala en ese estudio que un alto porcentaje de jueces encuestados señaló que no utiliza la excarcelación con caución juratoria porque entonces los beneficiados no sentirán haber experimentado castigo.

Hasta ahora es posible afirmar vista la ley procesal y la práctica judicial, que en Costa Rica el uso de la Prisión Preventiva no se limita a casos de extrema necesidad. Esta costumbre generalizada, en muchos casos, responde a motivaciones no técnicas, distintas de las legales.

b) En cuanto a las posibles alternativas a la Prisión Preventiva, en la investigación sobre alternativas a la prisión se da cuenta de la efectividad de la caución juratoria y se señala que el temor al incumplimiento de la garantía por parte del beneficiado no tiene relación con el monto de la pena, o con la gravedad del delito.

En una muestra de un mes, en todos los casos de delitos con pena mayor a tres años de prisión, no se utilizó una sola vez la excarcelación con caución juratoria debido a que existe temor de que el beneficiario se fugue. Sin embargo, se logró determinar que no es cierto que cuanto más grave sea el delito, mayor es la posibilidad de escape, y viceversa; el asunto más bien funciona por categorías delictivas. Así, en delitos contra la vida, la libertad sexual, la buena fe en los negocios, la seguridad común, la autoridad pública, la administración de Justicia, los deberes de la función pública y en los delitos de drogas, no hubo una sola falla, es decir, ninguna fuga. En los delitos contra la propiedad falló uno de cada 17 casos, en ambas formas de caución (con fianza real y juratoria).

Lo anterior indica que si se le podría dar un uso más amplio a esta forma de excarcelación.

Otra alternativa la lleva a cabo, con excelentes resultados, la Dirección General de Adaptación Social, con el Programa de Prueba y Libertad Vigilada, en el que se da seguimiento extracarcelario a "internos" (condenados o indiciados) que cumplen ciertos requisitos y al amparo de una disposición del Código Penal (Art. 55) que permite el trabajo de condenados y de indiciados.

6.-CONDICIONES FAVORABLES PARA LOS ACUSADOS QUE COLABORAN CON LA JUSTICIA PARA LA IDENTIFICACION DE LOS RESPONSABLES DE GRAVES DELITOS DE TERRORISMO Y DE DELINCUENCIA ORGANIZADA. PROTECCION DURANTE Y DESPUES DEL PROCESO.

Legalmente no existen. Solo la Ley de Psicotrópicos señala que el Ministerio Público puede ofrecerle a los intermediarios en el tráfico de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o inhalantes el pedir en su favor el perdón judicial o bien la ejecución condicional de la pena, en caso de que proceda, si dieran información correcta que permita acreditar la participación de una o varias personas como autoras de delitos relacionados con el tráfico de drogas.

No hemos podido determinar, por medio de entrevistas a cuerpos policiales, si hay promesas y beneficios para informantes. La Policía Judicial y la Administrativa niegan que haya alguna práctica al respecto.

Protección durante y después del Proceso

Legalmente no existen. No ha sido posible obtener información policial respecto a este tipo de práctica; las autoridades policiales tienen sus "soplones" pero esto es imposible de probar. Solo conocemos hipótesis de Jueces Superiores Penales que afirman que la policía sí tiene informantes.

Protección de testigos

Legalmente no existe, no tenemos información al respecto.

Control judicial sobre la ejecución de penas de detención. tutela de los derechos del recluso. medidas alternativas a la detención.

a) Control Judicial sobre la ejecución de penas de detención

La tarea de la ejecución de las penas en Costa Rica, no es tarea judicial sino administrativa con control judicial.

La ejecución penal es competencia del Poder Ejecutivo. La Dirección General de Adaptación Social, que depende del Ministerio de Justicia, se encarga de fijar las políticas penitenciarias, para condenados y para presos sin condena, lo mismo que para los sancionados a medidas de seguridad que importan privación de libertad.

El control de las medidas de seguridad y de la libertad vigilada es competencia del Juzgado de Ejecución de las penas, Instituto Judicial que regula el Código de Procedimientos penales.

La administración de Centros Penitenciarios estuvo tradicionalmente marcada por una ideología del tratamiento, dentro de un régimen progresivo. Una actitud cuestionadora de la mayoría del personal técnico y políticas realistas de la actual administración ministerial han abandonado la idea del tratamiento,

para dar al sistema progresivo un marco de deberes y derechos que pueda llevar de manera realista a una mejor reinserción social.

En contraste, el Juzgado de Ejecución de la Pena prácticamente no ha funcionado. Una deficiente regulación y un pobre apoyo administrativo podrían ser las causas que impiden que haya un verdadero control judicial en la ejecución de las penas en Costa Rica.

Resulta ilustrativo, además, mencionar que la mentalidad de los funcionarios del sistema penitenciario es radicalmente opuesta a la mayoría de los funcionarios judiciales en relación con las garantías del sistema progresivo del cumplimiento del encierro y del uso de alternativas de desinstitucionalización.

b) Tutela de los Derechos del Recluso

Existen dos institutos para la tutela de los derechos del recluso: uno directamente encargado de ello, la Defensoría de los Derechos del Recluso y otro que por sus funciones toca con este tópico: la Procuraduría de los Derechos Humanos.

1) La Defensoría de los Derechos del Recluso es una dependencia del Ministerio de Justicia que labora con un alto grado de independencia. Su función principal es recibir cualquier queja que planteen los internos y la de hacer constantes inspecciones a todos los centros carcelarios para verificar aspectos, tales como higiene, alimentación y trato. Por otra parte, se encarga de divulgar los derechos del recluso, de preparar los reglamentos y plantear las leyes necesarias para un mejor funcionamiento del sistema penitenciario, así como hacer las recomendaciones pertinentes a las autoridades del sistema penitenciario.

2) La procuraduría de los Derechos Humanos. Pertenece a la Procuraduría General de la República y su titular tiene rango de procurador. Entre sus funciones está la de recibir cualquier queja de las personas, que cumplen pena de prisión o, de alguna manera, se encuentran privadas de libertad. En la actualidad, a raíz de la creación de la Defensoría antes citada, la Procuraduría de los Derechos Humanos ha pasado a un segundo lugar en esa labor.

c) Medidas alternativas a la Detención

Dentro de estas alternativas es posible distinguir aquellas medidas que surgen de la puesta en marcha del sistema progresivo penitenciario y las meramente judiciales.

1) Las primeras son parte de la última etapa del sistema, llamada etapa de confianza, administrada por el Programa Nacional de Prueba y Libertad Vigilada. En esta etapa existen tres niveles de avance:

la confianza limitada, la amplia y la total. En cada una de ellas el encierro se regula de manera distinta, de acuerdo con los objetivos de ir integrando al interno dentro de su comunidad. Así, en la etapa de confianza limitada la libertad consiste en la salida dominical, mientras que en la amplia, es de sábado a domingo y en la total se contempla la permanencia del interno en su medio familiar y comunal, por lo que el encierro se limita a la obligación de dormir un día por semana en el lugar asignado.

2) Como medidas puramente judiciales enumeramos las siguientes, todas reguladas en el Código

Penal:

- La condena de ejecución condicional o ejecución condicional de la pena
- La libertad condicional al sujeto que ha cumplido la mitad de la pena.
- El perdón del Juez al condenado.
- El perdón del ofendido en los delitos de acción privada
- El matrimonio del procesado o condenado con la ofendida en

delitos contra la libertad sexual

- La conmutación.

Indicaciones sobre la justicia de menores

En Costa Rica, por disposición legal, los menores de 17 años están fuera de la acción de la ley penal. No obstante, como sólo existe un Juzgado Tutelar de Menores que funciona en la capital, la jurisdicción tutelar la ejerce el Juez Penal de la localidad, como recargo. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores está encargada de regular a los menores que, en palabras de esa ley "se encuentran en peligro social".

Sin embargo la promesa que parece darnos el entrecomillado anterior, de un derecho de menores con prácticas acordes con el objeto de esa regulación, con un carácter no punitivo, se desvanece con la lectura de los artículos siguientes y, sobre todo con la observación de la práctica.

En efecto, el artículo segundo de esa ley señala: "Para los efectos del artículo anterior se considera en estado de peligro social a todo menor... a quien se le atribuye una infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta" y más adelante, entre las llamadas "medidas tutelares" encontramos la figura del internamiento con duración indeterminada.

Ciertamente entonces, nos encontramos ante un derecho sancionador, sin ninguna garantía de legalidad. Basta con observar el proceso tutelar en el que no aparece ninguna de las garantías del debido proceso, ni de una defensa clara y bajo el lema de que no se trata de un derecho punitivo, se da fundamental importancia y mayor relevancia al llamado "expediente social", que puede servir de base para decretar el internamiento del menor en un centro juvenil (que poco se distingue de una cárcel de adultos) o para decretar su depósito en un hogar sustituto.

Es importante llamar la atención de que casos como éste, en donde existen medidas punitivas, aunque se les dé otro nombre legal, no

basta la buena fe de un estudio social, por más técnico que éste pudiera ser. Es necesario que para imponer esas medidas-sanciones exista un proceso pleno de garantías que requiere cualquier derecho punitivo.

Por lo demás, cabe destacar que, además del encierro judicial de menores, en Costa Rica existen centros para menores abandonados, administrados por el Patronato Nacional de la Infancia. En este encierro no existe participación judicial.

Dentro de otro orden de cosas, llama la atención la existencia de la Defensoría de los Derechos del Recluso, como dependencia adscrita al Ministerio de Justicia. Esta oficina fue creada en 1987 y pretende trabajar al margen de las instituciones de menores establecidas, con el fin de ejercer una vigilancia global sobretodo lo relacionado con el menor.

A pesar de ser dependencia de un Ministerio de Gobierno, la Defensoría trabaja durante la presente administración, sin subordinación ni jerarquías en su labor de vigilancia. Su encargo abarca todo lo relacionado con el menor: recibe quejas, denuncias y reclamos por actuaciones, tanto de instituciones como de personas, relacionadas con violaciones a los derechos del menor; en ese sentido también recibe quejas sobre actuaciones del Juzgado Tutelar de Menores.

A modo de conclusión

La normativa constitucional costarricense prevé principios fundamentales que guían el ejercicio del control punitivo del Estado pero que de muchas maneras son incumplidos por las leyes y por las prácticas judiciales y administrativas.

Esta conclusión ha sido delineada en el anterior trabajo con algunos ejemplos y datos. Por eso consideramos que repetirlas cartesianamente, una a una nos llevaría a copiar párrafos del texto y hemos preferido hacer un resumen sobre la legalidad y la práctica de las contravenciones en Costa Rica, como un buen ejemplo de nuestra conclusión general: que los límites del control social punitivo están diluidos y no pueden ser claramente conocidos ni por las autoridades ni por los ciudadanos.

Se ha podido determinar en el caso concreto de Costa Rica que la mayoría de los tipos contravencionales del Libro Tercero del Código Penal no responden a postulados constitucionales: hay ejemplos de tipos abiertos, tanto por el uso de elementos normativos culturales totalmente polisémicos, como por la mala sintaxis, por sus verbos absolutamente polisémicos, entre otros aspectos; hay también claros ejemplos de tipos que remiten a reglamentos, de descripciones sin bien jurídico tutelado y de otros aspectos que derogan en la práctica los principios fundamentales de la República.

Por otra parte, se ha constatado que las detenciones contravencionales, de por sí hechas con suma ilegalidad, han creado una práctica judicial ilegal.

Por una parte la apertura de los tipos contravencionales permite cualquier detención, pues siempre habrá cabida para cualquier conducta que no esté acorde con la "moral policial". Por su lado, la agencia contravencional, recargada de denuncias prácticamente obliga al encartado -detenido o no- a aceptar los cargos, declararse culpable y pagar la multa.

Creemos necesaria una breve referencia a los números: En 1988, de 23.418 procesados por contravención solo 506 fueron a juicio. El resto aceptó el cargo y pagó la multa. Por lo demás un 38.8% del total de detenidos lo fue por no portar cédula, prohibición sin ninguna sanción penal existente en el Código Electoral, pero que el Libro III del Código Penal (artículo 392 inc. 6 Negativa a identificarse), se sanciona con multa a quien se niegue a presentar identificación.

Es importante explicar que la práctica policial consiste en pedir además de la cédula de identidad, la "orden patronal".

El ejemplo del sistema contravencional, en Costa Rica, es un claro reflejo del poco cuidado Legislativo, Judicial y Policial con que se maneja en general el derecho punitivo. Pareciera que las prescripciones republicanas son piezas de museo que se enseñan a comisiones y visitantes y no un norte y guía del legislador, del juez y de la policía que garantice al ciudadano una clara división

de poderes, límites ciertos de lo prohibido y juicios al acto típico y antijurídico de un ser humano. En la enseñanza del sistema contravencional, y no solo de él, es que el Derecho Penal Republicano está desapareciendo y la sanción parece estar fundada, a espaldas de la Constitución en principios de un derecho represivo de corte autoritario, útil por lo demás para alcanzar fines que no son precisamente la justicia y el respeto al ser humano."

c) Sobre la aplicación de medidas cautelares del artículo 244 del CPP.

[ALVAREZ GUTIÉRREZ]³

"En cuanto a las recomendaciones, nos parece acertado instar a los operadores Jurídicos y a las autoridades administrativas, particularmente al Ministerio de Justicia y Gracia, concretamente, a las autoridades de Adaptación Social, buscar el fínanciamiento necesario para invertir en infraestructura, de manera que se construyan diferentes edificaciones para separar a quienes guardan prisión preventiva de quienes ya han sido sentenciados.

También debe recomendarse a los jueces tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto, la persona del imputado y los efectos de la prisionalización a nivel social y familiar, de manera tal que se aplique la proporcionalidad en el plazo inicial por el cual se dicta una medida cautelar, logrando con ello una humanización del proceso.

Así mismo revisar de oficio la prisión preventiva cada MES, para constatar el avance de la investigación y de esta manera asegurarse que las condiciones en que se fundamentó la prisión preventiva hayan variado, y hacer las modificaciones o variaciones pertinentes si es del caso. Además los jueces deben revisar las medidas alternativas a la prisión preventiva, pues estas deben de tener un plazo de vigencia y deben levantarse o cancelarse cuando ya no haya ningún peligro procesal. Es oportuno y sano que los Jueces al imponer una medida de prisión preventiva, además de fundamentar cada uno de los presupuestos en que se basa para dictar la resolución, deben hacerlo con el plazo y también razonar el porqué no cabe la aplicación de medidas cautelares menos gravosas.

Como observamos, existen los instrumentos para modificar el panorama de nuestras prisiones: La legislación adecuada, la defensa tanto pública como privada es eficiente, sin embargo, la fiscalía y los Jueces fallan a la hora de valorar las circunstancias fácticas del caso en concreto, ambas autoridades son altamente influenciadas por medios exógenos como la prensa y la opinión pública, en pocas palabras no actúan como Juez de garantías, pues negligentemente no quiere comprometerse con su función, lo que demuestra falta de carácter, y en algunos casos sumisión al sistema, ejemplo de ello es; que delega en el defensor la valoración fáctica para que sea él quien argumente ante el superior la viabilidad o no de la aplicación de la medida cautelar; utilizando para ello el recurso de apelación.

A nuestro criterio esto se debe a temores infundados de perder el puesto (en el caso de interinos), o bien ser objeto de una llamada de atención o amonestación por parte del Tribunal de la Inspección Judicial o de la Corte Suprema de Justicia según corresponda.

Al realizar las valoraciones del caso concreto, un Juez eficiente debería analizar todas las medidas cautelares alternativas y evitar a toda costa -por mandato de ley- decretar la más perjudicial de ellas. En este sentido, consideramos viable la facultad que tiene el juez para crear medidas cautelares alternativas de acuerdo con las circunstancias del caso y del delito, porque si bien existe una lista taxativa de estas medidas en el CPP, no existe una norma que prohíba la creación de normas ad-hoc, de forma tal, que el Juez puede innovar y ordenar medidas cautelares alternativas no tipificadas; para evitar así la vulneración de derechos fundamentales de los imputados.

Esta supuesta "operatividad" por antonomasia de la prisión preventiva como única medida para lograr los fines del proceso respecto del imputado, conduce a una falacia evidente: Todo ello conlleva reiteramos a la violación de los derechos fundamentales de los imputado, pero se relaciona estrechamente con otro aspecto igualmente importante a aquél, y es el aspecto sociológico."

d) Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva

Lic. Javier Llobet Rodríguez
Secretado de la Sala Tercera
[LLOBET RODRIGUEZ]⁴

“En la doctrina publicista se ha debatido sobre la responsabilidad civil del Estado-Juez. La admisión de ésta ha encontrado una gran resistencia. Uno de los supuestos que ha encontrado una mayor oposición del legislador es la indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva durante la tramitación del proceso. Un paso anterior a ésta es la aceptación de la indemnización al sujeto que es declarado inocente como consecuencia de un recurso de revisión. Por ello, primeramente nos referimos a esta última, para luego desarrollar lo correspondiente a la indemnización al absuelto (o sobreseído) que fue encarcelado preventivamente.

Indemnización al sujeto que es declarado inocente como consecuencia de un recurso de revisión.

En la legislación comparada, generalmente se admite la responsabilidad civil estatal como consecuencia de que se declare con lugar un recurso de revisión.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles, ratificado por Ley No. 4229 del 8 de noviembre de 1968, dice: «Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

En sentido similar, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por ley, en su artículo 10 señala: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

El Código de Procedimientos Penales costarricense en el art. 498 indica al respecto: "La sentencia de la que resulte la inocencia

del penado podrá decidir, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena. Estos serán reparados por el Estado, siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación civil sólo podrá acordarse a favor del condenado, o a sus herederos legítimos.

El fundamento de dicha indemnización es el principio de igualdad en las cargas públicas, derivado del de igualdad (art. 33 de la Constitución Política).

Indemnización al absuelto que ha sufrido prisión preventiva.

1) Fundamento

La doctrina ha indicado que un régimen adecuado de protección a los derechos humanos no debe limitarse a establecer la indemnización al imputado que es absuelto como consecuencia de un recurso de revisión, sino que debe admitir la indemnización al imputado que es absuelto (o sobreseído) luego de haber sufrido prisión preventiva. Se ha dicho que es indiscutible que el sujeto que se ve sometido a prisión preventiva y que luego es absuelto ha sufrido un daño que debe ser indemnizado. Dicho daño no es sólo material (por ejemplo los ingresos dejados de percibir mientras se permaneció en prisión), sino que principalmente es moral. Al respecto dice Hugo Alfonso Muñoz: «El daño moral, social y hasta físico y las condiciones en que queda el detenido inocente y sus familiares, constituyen formas de degradación muy serias que el Estado debe, si no evitar, mediante un trato especial a los indiciados, sí al menos compensar, indemnizando a aquellas personas que, a pesar de su inocencia, han pasado meses y hasta años en cárceles, sin razón alguna". El fundamento de la indemnización sería el mismo que el de la indemnización que se otorga luego de declararse la inocencia del sujeto como consecuencia de un recurso de revisión, sea el principio de igualdad ante las cargas públicas. Sobre el punto indica Georges Vedel: "No hay diferencia sustancial entre el caso de un individuo retenido en prisión preventiva durante meses (con todo lo que supone de perjuicios materiales y morales) en interés del buen funcionamiento del servicio judicial y el de otro ciudadano que, en interés general y por necesidades del servicio público administrativo, sufre un perjuicio grave, anormal y especial que rompe, en su perjuicio, la igualdad ante las cargas públicas".

Ello ha llevado a que diversas legislaciones, como la francesa y la alemana, hayan reconocido expresamente la procedencia de una indemnización al absuelto por el tiempo que sufrió prisión preventiva.

Legislación costarricense

El art. 108 del Código Penal de Costa Rica dice: "Estarán igualmente obligados a la reparación civil, los acusadores o denunciadores calumniosos. El Estado en forma subsidiaria y los acusadores particulares y denunciadores estarán igualmente obligados, cuando en virtud de recurso de revisión fuere declarada la inocencia del reo o cuando éste obtuviere sentencia absolutoria después de haber sufrido más de un año de prisión preventiva" (el subrayado no es del original). Regula así este artículo lo correspondiente a la indemnización al absuelto que ha sufrido prisión preventiva. La redacción de dicha norma lleva a preguntarse si la indemnización al absuelto que sufrió prisión provisional por más de un año procede en todos los casos, o sólo cuando fuese condenado el acusador o denunciante por denuncia calumniosa. Al respecto dice Guillermo Padilla en la Exposición de Motivos al Código Penal: "... El contenido del art. 108..., obliga a la reparación civil a los acusadores o denunciadores calumniosos o al Estado en forma subsidiaria cuando en virtud de un recurso de revisión fuere declarada la inocencia del reo o cuando éste obtuviere sentencia absolutoria después de haber sufrido más de un año de prisión preventiva...". Al establecerse la responsabilidad del Estado como subsidiaria con relación a los acusadores o denunciadores calumniosos, hace ver nuestra ley, desgraciadamente, que solamente será procedente la indemnización cuando la prisión preventiva sea consecuencia de una denuncia calumniosa. Debido a que las condenatorias por dicho delito son muy escasas en nuestro país, la indemnización al imputado absuelto que sufrió prisión preventiva no tiene aplicación práctica, por lo que se requiere una reforma legislativa. No podría acudirse para ampliar la indemnización a lo previsto por la Ley General de Administración Pública, al regular la responsabilidad del Estado por la actuación de la Administración, ya que se refiere a la actividad administrativa del Estado, y no a la jurisdiccional.

Creemos que la indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva tiene sustento constitucional. En efecto, el art. 9 de

la Constitución Política establece que el Gobierno de la República es responsable. El art. 33 de la misma regula el principio de igualdad, del que se deriva el de igualdad ante las cargas públicas, que es precisamente el fundamento de la indemnización al absuelto (o sobreseído) que sufrió prisión preventiva. Por último, el art. 41 de la Constitución dice que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales.

De acuerdo con lo anterior, aun cuando actualmente sólo procede la indemnización al absuelto (o sobreseído) que sufrió prisión preventiva, en el supuesto previsto en el art. 108 del Código Penal, debe realizarse una reforma legislativa que amplíe dicho derecho. Nótese que establecer diferencias, para determinar la responsabilidad del Estado, entre el imputado absuelto debido a la certeza de su inocencia (que sería el supuesto en que cabría luego la condenatoria por denuncia calumniosa), y el imputado absuelto con base en el indubio pro reo, implica un quebranto al principio de inocencia (art. 39 de la Constitución Política), ya que tan inocente es uno como el otro.

La indemnización al absuelto (o sobreseído) que sufrió prisión preventiva debería otorgarse siempre y cuando no haya sido él quien haya motivado el dictado de la prisión preventiva, lo que ocurriría si hubiese tratado de eludir la acción de la justicia o de falsear la prueba. Lo anterior es coherente con lo dispuesto para la indemnización producto de la procedencia de un recurso de revisión (art. 498 del C.P.P.), ya que no corresponde ésta cuando el condenado con su dolo o culpa hubiese contribuido al error judicial.

En Costa Rica, durante el período en que fungió como Ministro de Justicia Hugo Alfonso Muñoz, él estuvo muy interesado en la aprobación de una normativa referente a la indemnización para los casos en que el sujeto ha sufrido prisión preventiva y no obstante ello luego es absuelto o sobreseído, aunque por razones presupuestarias nunca se llegó a dictar.

Conclusión

En nuestro país, se ha admitido con amplitud la indemnización al sujeto que fue absuelto como consecuencia de la declaratoria con lugar de un recurso de revisión. No ocurre lo mismo con respecto

al sujeto absuelto o sobreseído que durante la tramitación del proceso sufrió prisión preventiva, ya que la regulación de la indemnización a dicho sujeto es demasiado estrecha, de modo que la norma no tiene aplicación práctica. El fundamento de la indemnización en ambos supuestos es el mismo: el principio de igualdad ante las cargas públicas, por lo que debe realizarse una reforma legislativa tendiente a reconocer en forma amplia la indemnización al absuelto o sobreseído que fue privado de libertad durante el proceso.”

2 NORMATIVA

a) Código Procesal Penal.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁵

ARTICULO 235.-

Aprehensión de las personas Las autoridades de policía podrán aprehender a toda persona, aun sin orden judicial, cuando:

- a) Haya sido sorprendida en flagrante delito o contravención o sea perseguida inmediatamente después de intentarlo o cometerlo.
- b) Se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención.
- c) Existan indicios comprobados de su participación en un hecho punible y se trate de un caso en que procede la prisión preventiva.

Asimismo, en caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más cercana.

La autoridad policial que haya aprehendido a alguna persona deberá ponerla, con prontitud, a la orden del Ministerio Público, para que este, si lo estima necesario, solicite al juez la prisión preventiva. La solicitud deberá formularse luego de realizar las diligencias indispensables y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas contadas a partir de la captura.

Si se trata de un delito que requiera la instancia privada, será informado inmediatamente quien pueda instar y, si este no presenta la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad.

ARTICULO 236.-

Flagrancia Habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

ARTICULO 237.-

Detención El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea detenida, cuando:

- a) Sea necesaria la presencia del imputado y existan indicios comprobados para sostener, razonablemente, que es autor de un delito o partícipe en él, y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar.
- b) En el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los imputados y a los testigos y deba procederse con urgencia para no perjudicar la investigación, a fin de evitar que los presentes se alejen del lugar, se comuniquen entre sí y que se modifique el estado de las cosas y de los lugares.
- c) Para la investigación de un delito, sea necesaria la concurrencia de cualquier persona.

La detención no podrá superar las veinticuatro horas. Si el Ministerio Público estima que la persona debe quedar detenida por más tiempo, la pondrá inmediatamente a la orden del tribunal del procedimiento preparatorio y le solicitará ordenar la prisión preventiva o aplicar cualquier otra medida sustitutiva. En caso contrario, ordenará su libertad.

ARTICULO 238.-

Aplicación de la prisión preventiva La prisión preventiva sólo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados.

La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso.

ARTICULO 239.-

Procedencia de la prisión preventiva

El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

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

(Así adicionado el inciso anterior mediante el artículo 45 de la ley N° 8589 del 25 de abril del 2007).

ARTICULO 240.-

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

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

someterse a la persecución penal.

ARTICULO 241.-

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

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

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

ARTICULO 242.-

Prueba para la aplicación de medidas cautelares El fiscal o, en su caso el Tribunal, podrán recibir prueba, de oficio o a solicitud de parte, con el fin de sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de una medida cautelar.

Dicha prueba se agregará a un legajo especial cuando no sea posible incorporarla al debate.

El tribunal valorará estos elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas en este Código y exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida cautelar.

Si el tribunal lo estima necesario, antes de pronunciarse, podrá convocar a una audiencia oral para oír a las partes o para recibir directamente la prueba. De dicha audiencia se levantará un acta.

ARTICULO 243.-

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

- a) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo.
- b) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen.
- c) La indicación de las razones por las cuales el tribunal estima que los presupuestos que motivan la medida concurren en el caso.

- d) La cita de las disposiciones penales aplicables.
- e) La fecha en que vence el plazo máximo de privación de libertad.

ARTICULO 244.-

Otras medidas cautelares Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:

- a) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- 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 periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
- d) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- 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) Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a este el abandono inmediato del domicilio.
- h) La prestación de una caución adecuada.
- i) La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

Si la calificación jurídica del hecho admite la aplicación de una pena de inhabilitación, el tribunal podrá imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado.

ARTICULO 245.-

Imposición de las medidas.

El tribunal podrá imponer una sola de las alternativas previstas en el artículo anterior o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad ni se impondrán otras cuyo cumplimiento es imposible.

ARTICULO 246.-

Caución juratoria También se podrá prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al procedimiento, de no obstaculizar la investigación y de abstenerse de cometer nuevos delitos, sea suficiente para eliminar el peligro de fuga, obstaculización o reincidencia.

ARTICULO 247.-

Exención de prisión Si el imputado está en libertad, podrá solicitar al tribunal que lo exima de la posible aplicación de la prisión preventiva, acordando al efecto alguna de sus medidas sustitutivas.

ARTICULO 248.-

Abandono del domicilio El abandono del domicilio como medida precautoria deberá establecerse por un plazo mínimo de un mes, sin que pueda exceder de seis; podrá prorrogarse por períodos iguales, si así lo solicita la parte ofendida y se mantienen las razones que la justificaron.

La medida podrá interrumpirse cuando haya reconciliación entre ofendido e imputado, siempre que tal circunstancia la manifieste la parte ofendida ante la autoridad jurisdiccional. Cuando se trate de ofendidos menores de edad, el cese por reconciliación sólo procederá cuando el representante del Patronato Nacional de la Infancia así lo recomiende.

Para levantar la medida precautoria, el imputado deberá rendir caución juratoria de que no reincidirá en los hechos.

3 JURISPRUDENCIA

a) Análisis sobre los requisitos, principio de objetividad y participación del juez al dictarlas

[SALA TERCERA]⁶

Exp: 04-001213-219-PE

Res : 2006- 0 1271

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas treinta minutos del quince de diciembre de dos mil seis.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Claudio Rojas Marín , costarricense, mayor de edad, cédula de identidad 2-342-836, vecino de San Pedro, por el delito de Violación y otro, cometido en perjuicio de J.A.S. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados José Manuel Arroyo Gutiérrez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Magda Pereira Villalobos, Rosario Fernández Vindas y Ronald Salazar Murillo. Los dos últimos en condición de Magistrados Suplentes. También interviene en esta instancia el licenciado Edwin Duarte Delgado quien figura como defensor particular del encartado. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

Resultando:

1.- Que mediante sentencia N° 293-2006 , dictada a las quince horas quince minutos del doce de septiembre de dos mil seis, el Tribunal Penal de Juicio de la Zona Sur, sede Pérez Zeledón, resolvió: " POR TANTO : De conformidad con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 22, 30, 31, 45, 50, 51, 71 a 74, 156 inciso 3) y 204 del Código Penal, 1, 3, 4, 6, 8, 42 inciso b), 239, 364, 266, 267, 360, 361, 363, 364, 365 y 367 del Código Procesal Penal, este Tribunal resolvió por unanimidad: Recalificar

el delito de VIOLACIÓN AGRAVADA al delito de VIOLACIÓN y declarar a CLAUDIO ROJAS MARÍN, autor único responsable del delito de VIOLACION cometido en perjuicio de M.J.A.S; por lo que se le impone la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN . Así mismo, declarar a CLAUDIO ROJAS MARÍN autor único responsable de un delito de VIOLACIÓN DE DOMICILIO en perjuicio de M.J.A.S; por el cual se le impone la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, para un total por ambos delitos de TRECE AÑOS DE PRISIÓN, pena que deberá descontar en el lugar y forma que determinen los reglamentos penitenciarios respectivos, previo abono de la preventiva sufrida si la hubiere. Igualmente, se decreta el archivo de la causa, por falta de acción motivada en Cosa Juzgada, por un delito de VIOLACIÓN DE DOMICILIO, sin condena en costas por dicho delito. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 364 del Código Procesal Penal, en virtud de la alta pena impuesta y a fin de hacer efectiva la ejecución de la ley y la condena, se decreta la PRISION PREVENTIVA del encartado por el plazo de seis meses, sea, hasta el doce de marzo del año dos mil siete . Una vez firme este fallo, comuníquese al Instituto Nacional de Criminología, al Juzgado de Ejecución de la Pena y al Registro Judicial. Se condena al convicto al pago de las costas personales y procesales del juicio. HÁGASE SABER. "(sic). Fs. LIC. JOSE LUIS CAMBRONERO DELGADO. LIC. EUGENIA ALLEN FLORES. LIC. GERMAN EDUARDO CASCANTE CASTILLO. JUECES.

2.- Que contra el anterior pronunciamiento el licenciado Edwin Duartes Delgado en su condición de defensor particular del encartado, interpone recurso de casación por la forma y por el fondo.

3.- Que verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa la Magistrada Pereira Villalobos y,

Considerando:

I- Violación al principio de imparcialidad y objetividad: Con cita de los numerales 6 y 369 del Código Procesal Penal, 8 del Pacto de

San José y 14 del "Pacto de Nueva York" el licenciado Edwin Duarte Delgado, defensor de Claudio Rojas Marín, impugna el fallo e invoca como primer motivo la lesión al principio de imparcialidad del juez. Señala que la jueza Eugenia Allen Flores quien integró el Tribunal de Juicio, conoció del caso al resolver de la apelación a la prórroga dispuesta de la prisión preventiva del acusado. " En dicha decisión que consta en el legajo de medidas cautelares y que, posteriormente fue revocada por el pleno, contiene apreciaciones respecto de la prueba y presuntiva de responsabilidad del reo. La inobservancia de la 'castidad procesal del juzgador' con respecto a los hechos materia de su conocimiento, constituyen infracción al debido proceso, que autorizan su reclamo en casación. La juzgadora anticipadamente y, en un primer estadio, vertió su posición respecto al juicio de reproche, las pruebas, aunque sea a título presuntivo, lo que hace inviable su participación en el plenario [...] ". Al emitir tales juicios a propósito de la medida cautelar, se entra a justipreciar la causa lo que inhibe al juzgador de conocer por el fondo del asunto, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, de la que cita los precedentes 489-2004 y 256-2005.

II- Sobre el principio de imparcialidad del juez. Para esta Sala es claro que el principio de imparcialidad del juzgador es uno de los pilares esenciales de la administración de justicia del sistema democrático y del Estado de Derecho. Es una garantía fundamental para hacer realidad el derecho a una " tutela judicial efectiva " y el acceso a la justicia en condiciones de respeto al debido proceso y al derecho de defensa. El sistema penal debe garantizar que la persona sometida a proceso será juzgada por jueces que no tienen una idea o prejuicio formado con respecto a los hechos que se le imputan y su responsabilidad en ellos y que, su criterio al respecto se formará en el plenario, sobre la base del contradictorio, la inmediación de la prueba, la concentración y luego de valorar las pruebas de conformidad con las reglas de la experiencia, la psicología y la lógica. De la combinación de lo dispuesto en los numerales 9, 11, 35, 39, 41, 152, 153 y 154 de la Constitución Política se extrae la importancia política para nuestro sistema de administración de justicia especialmente de la justicia penal, de la imparcialidad del juez. Instrumentos Internacionales ratificados por nuestro país y con rango supralegal también reafirman lo trascendental de este principio. El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como "Pacto de San José" establece " Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e

imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter ". Como se desprende del texto es clara la importancia en materia penal, no obstante este principio es pilar de todo el ejercicio del poder jurisdiccional del estado, en cualquier materia. La misma filosofía inspira al numeral 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece " Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...] ". Procesalmente estas garantías son desarrolladas por el legislador e inspiran las causales de excusa e inhibición que desarrolla en lo penal el artículo 55 del Código Procesal Penal. Y por la trascendencia del tema, tanto la jurisprudencia constitucional como de esta Sala han señalado que el elenco de causales allí descritas no constituye un listado taxativo, en garantía de que ante cualquier sospecha o duda sobre el ánimo del juez en la causa, se opte por su separación, voluntaria o mediante recusación. (cfr. entre otras, números 1336-99 de las 9:40 horas del 22 y 1366-99 de las 10:35 horas del 29, ambas fechas del mes de octubre de 1999, números 340-00 y 342-00, de las 10:10 y 10:20 horas del 31 de marzo de 2000; número 934-03, de las 9:30 horas del 24 de octubre de 2003, número 489-04, de las 11:12 horas del 14 de mayo y número 945-04, de las 16:40 horas del 6 de agosto, ambas de 2004, y número 256-05 de las 8:45 horas del 8 de abril último y que cita el impugnante, todas de esta Sala y, entre otras, número 7531-97 de las 15:45 horas del 12 de octubre de 1997 y número 4727-98 de las 9:27 horas del 3 de julio de 1998 de la Sala Constitucional). Además, la falta de protesta de las partes sobre la parcialidad del juzgador tampoco impide su declaratoria pues se trata de un defecto absoluto, estructural y por ello declarable de oficio (cfr. entre otras 1034-05 de las 10:45 horas del 9 de setiembre de 2005).

III- Medidas cautelares y su incidencia en el ánimo del juzgador . La ley procesal reserva al juez de la etapa preparatoria, intermedia e incluso al de juicio, como al Tribunal de Casación en cuanto a su prórroga, el conocimiento de las gestiones del acusador para imponer medidas cautelares a la persona sometida a proceso. De todas ellas, la más gravosa resulta ser la de prisión, sin embargo, bien analizadas las disposiciones que regulan las

otras medidas menos gravosas, todas deben partir de ciertos presupuestos procesales, pues implican algún tipo de limitación al ejercicio de ciertos derechos del acusado y por ello, deben ser de interpretación restrictiva y de aplicación necesaria, idónea, proporcional y razonable. La primera exigencia para cualquiera de ellas es la existencia de indicios comprobados de estar en presencia de un delito y que exista la razonable probabilidad de que el imputado sea su autor -sospecha fundada, numeral 28 párrafo segundo y 37, ambos de la Carta Fundamental-. El análisis de este elemento debe hacerse a los fines estrictamente de justificar la medida cautelar que se impone, esto es, de la limitación que ellas implican o de las obligaciones que debe cumplir el investigado y por la etapa procesal en la que se ordenan -excepción hecha del dictado de la sentencia- se trata de un juicio respecto de la probable participación del imputado en los hechos y de razonable probabilidad de que no se someta voluntariamente al proceso o trate de impedir su investigación. Sin embargo, este requisito sustancial de las medidas cautelares si bien es esencial no es el que determina en sí mismo la justificación de aquellas, pues éstas deben tener justificación en la necesidad procesal de mantener al imputado sujeto al proceso o de evitar que entorpezca su investigación. Este es el elemento más importante que debe analizarse al dictar una medida cautelar, pues se justifican en el tanto existan aquellos peligros procesales, de manera que se haga necesario la imposición de ciertas restricciones para contrarrestarlos. En atención a ello, la participación de un juez en el dictado de una medida cautelar, en el conocimiento de un recurso de apelación contra la decisión que la impuso o en su prórroga, no necesariamente implica un compromiso del juez con el mérito de los hechos y de las pruebas en contra del investigado, pues lo relevante -salvedad hecha del indicio comprobado, que se analiza como juicio reprobabilidad- es la existencia de peligros procesales concretos, para cuya acreditación en la gran mayoría de los casos, no es necesario descender a los hechos sino a la existencia misma de un riesgo de no sujeción o de obstaculización. En el precedente 1034-05 de cita anterior, se precisó: " El hecho de que un juez participe en la resolución de una medida cautelar no lo descalifica por esa sola circunstancia para el conocimiento del caso en juicio. La mención de las pruebas que obran en la causa y de los hechos que se acusan debe hacerse, a tales fines, como una mera descripción y para sustentar la existencia del indicio comprobado de estar frente a la comisión de un delito, que se exige constitucionalmente para restringir la libertad - numeral 37-y que, al propio tiempo, detalla el inciso a) del artículo 239 del Código Procesal Penal. Debe hacerse énfasis en que la responsabilidad del juzgador al dictar o sostener una

medida cautelar de prisión preventiva principalmente, es la de sustentar la existencia del peligro procesal concreto que existen en la causa y que motiva a restringir la libertad por esa razón. Más allá de los hechos y las pruebas, que deben analizarse para los efectos señalados, lo que interesa es documentar la existencia del peligro de fuga, de sustracción al proceso, de obstaculización, que son los presupuestos procesales que autorizan la medida y para cuyo análisis no se requiere que el juzgador emita criterio sobre el fondo de la causa o sobre el mérito probatorio. Por ello es que puede afirmarse que, en términos generales, no siempre que un juzgador conozca de tales aspectos, estaría imposibilitado de pronunciarse en juicio sobre el fondo del asunto [...] ". Sin embargo, sucede que en ocasiones, se pierde el sentido de la intervención del juzgador en el dictado de la medida cautelar, bien porque se enfatiza en las pruebas en contra del acusado más que de aquellas que indican los peligros procesales señalados, o bien porque la naturaleza o circunstancia propias del caso concreto hacen difícil escindir una cosa de la otra y por ende, el juzgador al valorar la necesidad de la medida cautelar tiene necesariamente que sopesar elementos propios de la causa, en cuyo caso la medida cautelar podrá respaldarse adecuadamente, pero es claro que el juzgador, por tener ya una idea de los hechos, del acusado y de las pruebas en su contra, está imposibilitado para decidir sobre el mérito o el fondo de la imputación, sin que a tales fines valga anteponer problemas de índole administrativo o presupuestario que justifiquen que en tales condiciones, los jueces que conocieron de las medidas cautelares deban participar en el juicio, porque ello significaría sin más sacrificar en aras de la "eficiencia" del sistema, los derechos y las garantías que son las que legitiman sustancialmente el ejercicio del poder jurisdiccional.

IV- El caso concreto : La licenciada Eugenia Allen Flores, jueza del Tribunal de Juicio de la Zona Sur, sede de Pérez Zeledón, participó no en una, sino en tres oportunidades diferentes, al conocer de la apelación de la primera resolución que dispuso la prisión preventiva de Rojas Marín y de dos apelaciones a la resolución que dispuso su prórroga. En dos oportunidades se realizó audiencia oral en la que se discutieron los planteamientos de la defensa para variar la prisión por otra medida menos gravosa y la posición del Ministerio Público para su continuación. Las tres resoluciones comparten prácticamente el mismo razonamiento, lo que indica que en efecto, la jueza ya tenía, para las subsiguientes oportunidades, una idea clara de los hechos y de la necesidad de la medida. Tales resoluciones son la 352-2004 de las

15:05 horas del 9 de setiembre de 2004, visible de folios 37 a 39 del legajo de medidas cautelares; 383-2004 de las 9:00 horas del 8 de octubre de 2004 y la 29-2005 de las 8:00 horas del 9 de febrero de 2005 visible a folios 151 a 153 del principal. Para efectos de análisis se transcribirá únicamente lo considerado en la última de las resoluciones en la que se señaló: " Los requisitos de la prisión preventiva son tres: a) sospecha suficiente de culpabilidad; b) peligro de fuga, de obstaculización o de reiteración; y c) el respeto al principio de proporcionalidad. a) Que en este caso se presentan los elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado, con probabilidad, es autor o partícipe de un hecho punible, tenemos la denuncia de la ofendida donde relata en forma circunstanciada como (sic) ocurrieron los hechos acusados, no se viola el principio de inocencia pues en este caso hablamos de probabilidad, que pues levarnos (sic) o no a la certeza, pero solamente se logrará emitir ese juicio una vez que se haya recibido la prueba por el Tribunal sentenciador; b) Hay elementos suficientes para presumir la reiteración delictiva, por el tipo de delincuencia que se investiga, por la forma en que se dan los hechos, con un aparente abuso de poder del encartado por ser persona mayor que la víctima y por ser miembro de la Fuerza Pública, según el relato de la ofendida llegó a presentarse a casa de esta, cuando casi se encontraba sola; c) Existe peligro de fuga, que los hechos investigados en caso de constituir delito serían penados con pena privativa de libertad, sería motivo suficiente para que exista una probabilidad de los encartados (sic) tratará de evadir la acción de la justicia. Por la gravedad del delito que causa daños físicos, psicológicos, repercutiendo en la salud social de un pueblo, irrespetando la libertad de otro ser humano en un aspecto íntimo esto viene a incidir directamente en el peligro de fuga, peligro de obstaculización del descubrimiento de la verdad real, el imputado como figura de autoridad, aunque no lleve el uniforme puesto, de una sociedad, puede tratar de presionar para que cambien su declaración y en esa forma hacer nugatorio el dictado de la justicia. En cuanto al aspecto procesal, requiere la interpretación restrictiva de las normas que limitan la libertad, siempre que sea necesario la aplicación de esa medida, en el presente caso la única manera de asegurar la sujeción al proceso de los imputado (sic) es mediante la prisión preventiva, pues ni el no estar laborando, ni el vivir a más de 25 o 30 kilómetros de distancia son suficiente contención, por lo tanto no se pueden aplicar otras medidas menos gravosas para el imputado ya que haría ilusorio el dictado de la justicia [...] La sospecha de culpabilidad, en el presente caso está fundamentada en la denuncia de la ofendida, de una forma clara, concisa y

concordante, está respaldada con otros elementos probatorios, de todas maneras la valoración de los elementos se realizará en la etapa final del proceso, sea el contradictorio, donde posteriormente se dictará la sentencia correspondiente [...] La magnitud del daño causado, la víctima es persona joven en formación, esto nos indica que el imputado está obligado a respetar y proteger a la menor que era la ofendida, más que había cierto grado de familiaridad era el esposo de su tía, le debía respeto y protección, no realizar con ella actos de connotación sexual prematuros para la víctima. El monto de la pena tiene gran importancia para determinar el peligro de fuga, pero no es el único que se toma en cuenta, por experiencia sabemos que este tipo de delitos se dan al amparo de los lazos de confianza o de poder, como en el presente caso se vale de que era policía, para perpetrar las conductas ilícitas [...] " cfr. resolución 29-2005 de folios 151 a 153 citada. Las dos decisiones que le precedieron y en las que participó la jueza dicha, contienen en esencia los mismos razonamientos, sin embargo, en esta última, ante planteamientos formales del defensor, la jueza profundizó en algunos temas y como es posible aprehender de la transcripción, se involucró en extremo en el fondo del asunto, lo que no se elimina al señalar que será en el Juicio donde se pondere la prueba " y se dicte la sentencia correspondiente ", no obstante ya se ha afirmado (i) que la declaración de la ofendida es clara, concisa y además apoyada por otros elementos de prueba; (ii) el imputado se aprovechó de cierta relación de familiaridad y de su condición de oficial de la Fuerza Pública para " perpetrar las conductas ilícitas "; (iii) Rojas Marín estaba obligado a respetar y proteger a la menor ofendida -en realidad una joven de 17 años- y no " realizar con ella actos de connotación sexual prematuros para la víctima "; (iv) se toma en cuenta " la magnitud del daño causado, la víctima es persona joven en formación ". Estos conceptos y juicios de valor emitidos a propósito de la prórroga de la prisión preventiva, que se confirma con esta decisión, evidencian que la jueza ya tenía un claro concepto e idea de lo sucedido en este asunto, que los hechos son graves, la prueba clara y concisa, la vulnerabilidad de la víctima y la posición del acusado que se aprovechó de su condición de autoridad " para perpetrar " el delito, que la imposibilitan de manera clara y contundente para participar en el juicio donde se decida el mérito de la acusación, pues el estado no puede garantizarle al acusado que está siendo juzgado por un Tribunal imparcial. Esto no sólo debió tenerlo claro la juzgadora, sino antes bien, el Ministerio Público, que participó y se apersonó en todas las diligencias a propósito de la medida cautelar y que obviamente estuvo en juicio conociendo de la integración del Tribunal y de la participación de

la jueza dicha en tales condiciones, de manera que en respeto al principio de imparcialidad e independencia del juez, por lo que debe velar especialmente el promotor de la acción penal, para lograr que el juzgamiento se adecue a las exigencias del debido proceso y se impida que, por defectos de esta naturaleza, se malogre un juicio y deba innecesariamente que someter a la víctima y a las partes a un nuevo proceso. En el caso concreto incluso los compañeros del Tribunal, dos de ellos que habían variado la medida cautelar cuya prórroga se confirmó en la última decisión tantas veces citada, debieron advertir el defecto y discutir sobre la necesidad de variar la integración del órgano, por el compromiso que existía. Ninguno de los llamados a advertir el vicio, en cuenta la defensa, que en todo caso no está obligada a señalar los defectos, cuya prevención debe interesar principalmente al Ministerio Público, advirtió la situación. Constatado que en efecto, se lesionó el principio de imparcialidad del juzgador, en claro compromiso de lo preceptuado en los numerales 9, 35, 39 y 41 de la Constitución Política, 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con lo que dispone el artículo 178 inciso a del Código Procesal Penal, procede acoger el reclamo. Se anula la sentencia así como el debate que le precedió y se dispone el reenvío del proceso para la celebración de un nuevo juicio como corresponde, en el que debe velarse por la participación de jueces que no hayan tenido algún tipo de conocimiento y participación en este asunto, según las consideraciones que aquí se han hecho. Por innecesario se omite pronunciamiento sobre los restantes motivos de la impugnación.

V- Sobre la prisión preventiva : El imputado guardó prisión preventiva durante el trámite del proceso, no obstante el Tribunal dispuso por resolución de las 13:40 horas del 25 de febrero del año anterior, variar la prisión por otras medidas cautelares, de manera que el acusado gozó de libertad hasta el 12 de setiembre del año anterior, fecha del dictado de la sentencia y en virtud de la cual se ordenó la prisión del imputado por seis meses. La sentencia se anuló al constatar un defecto absoluto, no obstante lo cual, es necesaria la realización de un nuevo juicio. Considerando que el imputado luego de su libertad antes del juicio, acudió a los llamamientos judiciales, no existe razón alguna para suponer que al reenvío no lo hará, en razón de lo cual se dispone su inmediata libertad si otra causa no lo impide y se dejan subsistentes las medidas cautelares impuestas originalmente por el Tribunal de juicio, a saber: 1) Presentarse ante el Tribunal de Juicio a firmar cada quince días; 2) se mantiene el

impedimento de salida del país; 3) la prohibición de acercarse, de llamar o de cualquier forma perturbar a la ofendida o a los testigos de esta causa, bajo apercibimiento de que en caso de que incumpla alguna de estas condiciones se ordenará de inmediato su captura y remisión al centro de reclusión que corresponda. A los fines de imponer personalmente al imputado de tales medidas, se dispone su traslado a esta Sala.

POR TANTO:

Se declara con lugar el primer motivo del recurso de casación interpuesto. Se anula la sentencia así como el debate que le precedió y se dispone el reenvío del proceso para la celebración de un nuevo juicio como corresponde, en el que debe velarse por la participación de jueces que no hayan tenido algún tipo de conocimiento e intervención en este asunto, según las consideraciones que aquí se han hecho. Se dispone la libertad del acusado Rojas Marín en esta causa y si otra no lo impide y en su lugar quedan subsistentes las medidas cautelares impuestas originalmente por el Tribunal de Juicio, a saber: 1) Presentarse ante el Tribunal de Juicio a firmar cada quince días; 2) se mantiene el impedimento de salida del país; 3) la prohibición de acercarse, de llamar o de cualquier forma perturbar a la ofendida o a los testigos de esta causa, bajo apercibimiento de que en caso de que incumpla alguna de estas condiciones se ordenará de inmediato su captura y remisión al centro de reclusión que corresponda. Se ordena el traslado de Rojas Marín a esta Sala a los fines de imponerle personalmente la substancia de tales medidas y hacerle los apercibimientos correspondientes en caso de incumplimiento.

b) Finalidad, momento procesal para imponerlas

[SALA TERCERA]⁷

Exp: 00-016249-0042-PE

Res: 2006-00163

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas del veinticuatro de febrero de dos mil seis.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Jose Manuel Collado Hernández, costarricense, cédula de identidad número 7-102-824, casado, hijo de Bernardo Collado Collado y de Valentina Hernández Hernández, Gregoreth Zúñiga Chacón, costarricense, cédula número 3-344-769, casado, mensajero, Luis Jorge Zúñiga Aguilar y de Rosa Alba Chacón Porras, Víctor Hugo Romero Ureña, costarricense, cédula de identidad número 1-457-266, casado, hijo de Marco Tulio Romero Cerdas y de Vitalina Ureña Rivera, por el delito de privación de libertad agravada, en perjuicio de M . H . R. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados José Manuel Arroyo Gutiérrez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Alfonso Chaves Ramírez, Rodrigo Castro Monge y Magda Pereira Villalobos. También intervienen en esta instancia la licenciada Mayela Ruiz Murillo, en su condición de Procuradora Penal y defensora de los acusados. Se apersonó la licenciada Ivette Carranza Cambronero como representante del Ministerio Público.

Resultando:

1.- Que mediante sentencia condenatoria N° 719-05, dictada a las catorce horas treinta y cinco minutos del siete de julio de dos mil cinco por el Tribunal del Primer Circuito Judicial de San José, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política, artículos 1, 18, 30, 45, 50, 59 a 63, 191 y 192 inciso 4) del Código Penal; artículos, 1, 2, 3, 6, 9, 12, 142, 265 a 268, 360 a 367 del Código Procesal Penal, se declara a JOSE MANUEL COLLADO HERNÁNDEZ, GREGORETH ZÚÑIGA CHACON y VICTOR HUGO ROMERO UREÑA coautores responsables del delito de PRIVACION DE LIBERTAD AGRAVADA cometido en perjuicio de M . H . R, imponiéndosele en tal carácter el tanto de DOS AÑOS DE PRISIÓN al primero, DOS AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN al segundo y TRES AÑOS DE PRIISON al tercero, que deberán descontar, con abono de la preventiva sufrida, en el lugar y forma que determinen los respectivos Reglamentos Penitenciarios . Firme el fallo, inscribábase en el Registro Judicial y envíense los testimonios de estilo ante el Juzgado de Ejecución de la Pena, Instituto Nacional de Criminología y Centro de Información Penitenciaria. Por un período de prueba que se fija en CINCO AÑOS, se concede a los sentenciados el BENEFICIO DE CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL, apercibiéndoseles de que si en el período dicho incurrieren en nuevo delito doloso sancionado con pena superior a los SEIS MESES DE prisión, el beneficio les será

inmediatamente revocado. Se rechaza la petición de inhabilitación especial, por no estar expresamente prevista para el delito. De conformidad con lo que dispone el artículo 244 del Código Procesal Penal, por dictarse una sentencia condenatoria, en razón de existir certeza respecto de la existencia de los hechos acusados y por tratarse de un hecho en el que ha mediado la realización de actuaciones al amparo del ejercicio de un cargo policial se dispone como medida cautelar, la suspensión de los cargos de miembros de la Fuerza Pública en cuanto a los sentenciados ROMERO UREÑA y COLLADO HERNÁNDEZ, mediante la comunicación de estilo ante el Ministerio de Seguridad Pública. Hágase saber- DR. MANUEL ROJAS SALAS LIC. LIGIA ARIAS CÉSPEDES LIC. JEANNETTE VILLARREAL ALBENDA JUECES DE JUICIO". (sic)

2.- Que contra el anterior pronunciamiento el imputado interpuso recurso de casación. Solicita se case la sentencia, se anule la pena impuesta en la sentencia impugnada, se ordene el reenvío para la nueva sustanciación.-

3.- Que verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.

4.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa el Magistrado Ramírez Quirós ; y,

Considerando:

I.- El imputado Collado Hernández interpuso casación contra el fallo # 719, dictado por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, a las 14:35 horas del 7 de julio de 2005, mediante el cual se le condenó a él, a Gregoreth Zúñiga Chacón y a Víctor Hugo Romero Ureña, a descontar en ese mismo orden dos años, dos años y seis meses y tres años (todos de prisión), por el delito de privación de libertad agravada, cometido en daño de M.H.R. En el primer motivo de su recurso, alega el acusado que la sentencia infringió los artículos 71, 72, 191 y 192, inciso 4, todos del Código Penal, pues no quedó claro cuál fue la acción que realizó para que el delito en cuestión se configurara en su

modalidad agravada, dado que, si lo que consideró el a quo para calificar de ese modo los hechos, fue la agresión física sufrida por el perjudicado, en los hechos probados consta que su propia acción se había limitado a cohonestar la detención efectuada por Zúñiga Chacón, mas no que hubiera agredido a Herrera Rodríguez. No lleva razón el impugnante: La agravación que critica y a la que se refiere el a quo con motivo de la golpiza sufrida por el ofendido, no es la del tipo, sino la del juicio de reprochabilidad. Como se puede comprobar, el endilgado y sus compañeros procedieron contra el joven Herrera Rodríguez en calidad de miembros de la Fuerza Pública y, sin que hubiera justificación alguna, procedieron a privarlo de libertad. Ello configura el delito contemplado por el artículo 191 del Código Penal, el cual se agrava en el inciso 2 del artículo siguiente si es que la acción tuviera lugar con abuso de autoridad. Por ende, la agravación típica se da en razón de que media dicha circunstancia calificante, la cual es aplicable también al recurrente. Ahora bien, en lo que respecta a la agravación de la reprochabilidad a causa de la violencia desplegada por Zúñiga Chacón y Romero Ureña contra la víctima, como se puede ver a folio 167, esta sólo se reocrimina a estos dos acusados, y no a Collado Hernández, lo cual les valió una pena superior a la del impugnante.

II.- En el segundo motivo se reclama la falta de correlación entre la requisitoria y el fallo: "...pues en la requisitoria fiscal nunca se indicó las circunstancias que tiene como un hecho probado el Tribunal a quo" . Una cosa, afirma, es que estuviera mirando las acciones ilícitas que ejecutaba un compañero suyo y otra que estuviera a su lado en la bicicleta, siendo es "una ubicación geográfica que el Ministerio Público no había precisado" . Concluye diciendo, que ello constituye una modificación sorpresiva de la acusación, que amerita la nulidad de la sentencia. Tampoco es de recibo el reparo: Resulta comprensible que, desde que se advierte en la acusación que el petente estaba "mirando" las actuaciones arbitrarias sin hacer nada por impedir las, es porque estaba en condiciones espaciales de hacerlo; es decir, que estaba próximo o cerca de él y no observándolo por una vía mediata. Por eso es irrelevante que en el fallo se agregue que se encontraba al lado de su compañero y en la bicicleta, pues no es sino una descripción más detallada de lo que ya le había sido imputado. Por consiguiente, al indicar la acusación que había contemplado las acciones en cuestión sin proceder a impedir las (folio 143), ya de por sí se está diciendo que se hallaba en posibilidad física de hacerlo, con independencia de que estuviera en la bicicleta o hubiera descendido de ella, se hallara al lado o detrás del otro

policía, lo cual no viene a representar la "modificación sorpresiva" que acusa ni significa imposibilidad alguno para el ejercicio de la defensa.

III.- En el tercer reclamo, se dice que la sentencia carece de fundamentación en lo que concierne a la fijación de la pena, ya que el Tribunal se limitó a consignar solamente que, por ser el ofendido un menor de edad, merecía una tutela mayor de sus derechos, sin que se explique por qué su acción fue agravada. Agrega, que los hechos que se le endilgaron fueron generales y no se determinaron específicamente sus acciones; que el periodo de prueba por la ejecución condicional de la pena por cinco años, es excesivo; y, que de manera ilegal se le suspendió de su cargo como miembro de la Fuerza Pública, porque las medidas cautelares debe ser anteriores a la celebración del juicio oral y público. No es de recibo el conjunto de quejas: En primer lugar, no es cierto que en el fallo no quede claro el motivo por el que su conducta es agravada. Como se expuso en el primer considerando de esta resolución, la privación de libertad ejecutada contra Herrera Rodríguez fue calificada por haberse llevado a cabo mediante el abuso de autoridad. Cabalmente, ello viene a descartar la presunta falta de fundamentación en los dos años de prisión que le fueron impuestos al sentenciado aunque hipotéticamente sea pobre y sólo se refiera (tratándose de Collado Hernández) a la edad de la víctima, si hubiera otra circunstancia digna de mencionar (que, dicho sea de paso, el recurrente ni siquiera insinúa), no vendría a cambiar esa pena, puesto que se está ante el mínimo de ley. Por otra parte, no es cierto que los hechos que le fueron acusados hayan sido generales, sin que fueran concretadas sus acciones. En este tipo de delitos (cometidos por omisión), es evidente que a los sucesos u acciones ajenas, las cuales deben ser descritos, se añade un "no hacer", que como tal no se es susceptible de ahondar en su descripción. A lo sumo, a ese "no hacer", se le debe añadir por qué el sujeto estaba en condiciones de impedir el resultado y en el deber de hacerlo. Esto quedó claro en la acusación, al advertirse que, a pesar de la actuación deleznable de su compañero de patrulla, pudiendo haber impedido esos actos y debiendo hacerlo por su calidad de integrante de la Fuerza Pública, Collado Hernández se limitó a contemplar el desarrollo de dichas actuaciones. Luego, el plazo de cinco años como periodo de prueba para el beneficio de Condena de ejecución condicional de la pena concedido a los imputados, resulta proporcionado, puesto que no se está ante un delito de mínima penalidad (supóngase un año) que son los que normalmente reciben el periodo de prueba de tres años que el gestionante reclama para sí. En este asunto, se está frente a

una pena que duplica ese mínimo, por lo cual resulta razonable que un periodo de prueba mayor. Finalmente, no es cierto que en el proceso penal las medidas cautelares sólo puedan imponerse antes del juicio oral. De acuerdo con al artículo 245 del Código Procesal Penal, estas proceden cuando sean adecuadas al caso, a fin de impedir la obstaculización de la justicia o un daño social mayor, no haciendo diferencia alguna en si son antes o después del juicio oral. En el presente asunto, no cabe duda que, por el trabajo de los endilgados, quienes son los principales llamados a resguardar en lo inmediato los derechos elementales de las personas, el haber incurrido en un ultraje contra los mismos, impone que deban tomarse medidas para impedir que sigan desempeñando ese cargo hasta tanto no haya un pronunciamiento judicial en firme, dada su posible inidoneidad, el mal ejemplo para los demás miembros de la institución (folio 169) y, podría agregarse, el respeto elemental a la víctima y sus familiares.. Por ello, en aplicación del párrafo final del artículo 244 de ese mismo código, al estarse ante una hecho que admite la pena de inhabilitación, correctamente el Tribunal juzgador los suspendió de sus cargos hasta tanto no hubiera una sentencia firme o una modificación de las circunstancias. Sin lugar la casación intentada.

IV.- Por su parte, la Procuradora Adjunta presentó su propio recurso contra la sentencia aducida, arguyendo su falta de fundamentación: "cuando los señores Jueces del Tribunal, sin razonamiento, sin análisis, sin motivación, sin fundamentación alguna se limitaron a transcribir de forma literal las declaraciones rendidas por el ofendido y la testigo... no dijeron por qué tenían por acreditados los hechos" . Agrega, que no hay concordancia entre el dicho de los testigos, de haberse dado la detención en la Plaza de la Cultura, y la acusación, que la señala en la Plaza de la Democracia y que no se examinó la declaración que rindieron los acusados en la etapa preparatoria. Por ello, después de reiteradas citas de la doctrina argentina sobre lo que es la motivación del fallo, solicita la nulidad de la pieza. No ha lugar el reproche: Si no se analizó la declaración indagatoria de los acusados, fue porque ello no era posible, dada su decisión de abstenerse de declarar en el juicio, lo que inhibía que ese análisis tuviera lugar; amén, claro está, de que esa prueba no estaba dentro de las excepciones a la oralidad contempladas por el artículo 334 del Código Procesal Penal. En otro aspecto, tanto la acusación como la sentencia (folio 143 y 146) ubican el lugar de la detención de Herrera Rodríguez en la Plaza de la Democracia (sita en esta ciudad capital), por lo que no es cierto que no haya

claridad al respecto. Si el perjudicado y su madre dijeron que se trató de la Plaza de la Cultura, ello sin duda alguna deriva de una imprecisión lingüística que no pone en tela de duda su fiabilidad como testigos, ni tampoco implica obstáculo alguno para el ejercicio de la defensa. Por lo demás, no es cierto que el fallo se limitara a transcribir las pruebas evacuadas en el debate. Según puede verse de folio 155 en adelante, los Jueces expusieron las razones por las que confirieron crédito al testimonio del afectado, quien fue "...totalmente claro, coherente, preciso y amplio... que pese a que los hechos tuvieron lugar hace cinco años, pudo recordar y reconstruir los hechos de una forma totalmente lógica y convincente..." . Esta deposición, subrayó el Tribunal, no sólo exhibió esas virtudes intrínsecas, sino que en su dimensión extrínseca, se fortaleció al ser concordante con el relato que hizo la madre del entonces menor, sobre lo que ella pudo percibir al presentarse a la Delegación Policial a preguntar por su hijo, quien había sido obviamente agredido en el sitio (folio 157). Esto permitió al a quo, seguir en ese apartado con una puntual reconstrucción discursiva de los hechos, remitiéndose a la prueba disponible, entre la cual yace el dictamen médico que constató que el ofendido presentaba contusiones simples en el rostro y cuello (folio 4), lo cual era concordante con su versión y la hacía atendible.

V.- Precisamente esa exposición que el Tribunal hilvanó a lo largo del análisis probatorio, lleva a que deba declararse sin lugar también el segundo motivo de la casación interpuesta por el Procuradora Adjunta, en el que, sin explicar por qué se violentan las reglas de la identidad, la contradicción y el tercero excluido, se dice que la apreciación de los Jueces es ilógica. Nada muestra que esta sea irrazonable, ni la recurrente intenta siquiera demostrarlo, sino que se limita a argüir ese pretendido defecto (adjuntando las correspondientes citas doctrinarias sobre sus alcances) y a manifestar su inconformidad con el resultado del proceso; pero sin concretar el agravio, que por lo demás esta Sala no nota.

VI.- En el último motivo, se recrimina que la sentencia está ayuna de fundamentación intelectual, toda vez que: "los señores jueces del Tribunal redundaron en la fundamentación probatoria descriptiva (indicación del contenido de los medios de prueba), sin decir cómo los valoraron" . Como se ve, este reproche repite el tema de si los Juzgadores explicaron las razones por las que otorgaron crédito a ciertas probanzas, más allá de consignar cuál

era su contenido. Según se dijo en el cuarto considerando de esta resolución, la sentencia sí cumple ese imperativo, pues el Tribunal hizo patentes las circunstancias que lo llevaban a dar fe al testimonio del ofendido, el de su madre y el dictamen médico evacuado en esta causa, para concluir que había suficiente factores de convicción para alcanzar las conclusiones inculpativas y tener por comprobados los hechos que fueron atribuidos a los justiciables en la pieza acusatoria. Sin lugar a la casación.

Por tanto:

Se declara sin lugar las casaciones formuladas.

c) Violación del derecho fundamental porque tal medida no se realizó de acuerdo a las exigencias establecidas

[SALA CONSTITUCIONAL]⁸

Exp: 05-011625-0007-CO

Res: 2005-14569

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas con cincuenta y cuatro minutos del veintiuno de octubre del dos mil cinco.-

Recurso de amparo interpuesto por Keiner Espinoza Jiménez, mayor, portador de la cédula de identidad número 7-163-259, a su favor, contra la Directora del Centro de Atención Institucional Sandoval.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las trece horas quince minutos del siete de setiembre de dos mil cinco, el recurrente interpone recurso de amparo contra la Directora del Centro de Atención Institucional Sandoval y manifiesta que se encuentra en prisión preventiva en el centro penitenciario recurrido. Asegura que a principios de mes fue llevado ante la

Dirección de ese centro, y después de haber sido interrogado por ella en forma "altanera, prepotente, malcriada y ejecutando toda clase de coacción..." acerca de una mencionada fuga de prisioneros, como no conocía el caso y no pudo satisfacer sus pretensión, se ordenó que lo encerraran en una celda de castigo, donde aún lo mantienen. Estima el recurrente que esa actuación resulta lesiva de sus derechos fundamentales, razón por la cual solicita se declare con lugar el recurso.

2.- Informa bajo juramento Giovanna, en su condición de Directora del Centro de Atención Institucional de Limón (folio 9), que el amparado ingresó al centro recurrido el dieciséis de agosto de dos mil cinco, en calidad de tránsito procedente del Centro de Atención Institucional de San José, con el propósito de asistir a una práctica judicial ordenada por el Tribunal de Juicio de Limón, en la causa seguida por el delito de robo agravado en perjuicio de Mario Loaiza y otros, expediente No.04-001150-597-PE. Indica que por orden del Tribunal de Juicio se dispuso que permaneciera -siempre en condición de tránsito- en el centro accionado, en virtud de tener pendiente la continuación de la causa mencionada. Agrega que dados los problemas personales del recurrente con otros privados de libertad -según su propia manifestación ante los agentes de seguridad y en la entrevista de ingreso-, se procedió a reubicarlo en el ámbito de protección colectiva, donde conviven usualmente, entre diez y catorce personas. Agrega que permaneció en ese espacio hasta el veinticinco de agosto del año en curso, luego que recogiera sus pertenencias y solicitara su traslado a otra celda, argumentando tener problemas de convivencia con otros reos, razón por la cual, se le reubicó en el ámbito de clasificación, que es un espacio acondicionado para la estadía de diez y quince personas. Señala que según se describe en el informe del Área de Seguridad de ese centro penitenciario, el veintisiete de julio de dos mil cinco, el recurrente hirió con un arma punzocortante a un compañero en la pierna izquierda, lo que ameritó el traslado del preso herido al Hospital Tony Facio de Limón. Dada esa agresión, el amparado fue reubicado provisionalmente, en un ámbito de protección individual como medida cautelar y de protección de su integridad física y la de otros privados de libertad. En la celda provisional permaneció dos días hasta que fue trasladado a la celda de protección colectiva B, donde permanece hasta la fecha en compañía de otros privados de libertad. Indica que según el informe rendido por el Área de Seguridad, el recurrente fue trasladado al Hospital Tony Facio el pasado veintitrés de agosto, por haberse auto agredido en su brazo izquierdo con una navajilla. Aclara que desde el ingreso del

recurrente a ese Centro, no ha habido informes respecto de una supuesta fuga, de hecho, esa Dirección no ha atendido a Keiner Espinoza Jiménez con la intención de obtener información al respecto y menos, tomar medidas arbitrarias en su contra. Indica que en el Centro de Atención Institucional de Limón, no existen celdas de castigo sino de aislamiento las cuales se utilizan como forma de protección de la integridad física de los privados de libertad, sea porque su vida o la de los demás corren peligro, como ocurrió en el caso del recurrente. Aduce que en la estadía anterior del amparado en ese centro, presentó múltiples problemas convivenciales, lo que generó que fuera trasladado al Centro de Atención Institucional San José. Por lo anterior, alega que al momento en que se le entrevistó el veintidós de agosto de dos mil cinco, se le hizo ver que no era posible trasladarlo al ámbito B dados los antecedentes. Ante esto, el propio recurrente manifestó que tenía problemas con los privados de libertad del ámbito A, informándosele que eventualmente podría ser trasladado al ámbito de indiciados siempre y cuando hubiera espacio. Alega que esa fue la única ocasión en la que atendió al recurrente, justamente ante una petición planteada por su compañera sentimental. Con base en lo expuesto, solicita se declare sin lugar el recurso planteado.

3.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada Calzada Miranda ; y,

Considerando:

I.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) Contra Keiner Espinoza Jiménez se sigue una causa por los delitos de homicidio y robo agravado en perjuicio de Mario Loaiza, tramitada en el expediente No.04-001150-597-PE (hecho no controvertido);

b) El recurrente ingresó "en tránsito" al Centro de Atención

Institucional Sandoval el dieciocho de agosto de dos mil cinco, procedente del Centro de Atención Institucional San José, pues debía participar en una práctica judicial en el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de Limón (boleta de ingreso a folio 27, 25);

c) El Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de Limón solicitó a la Directora del Centro de Atención Institucional Sandoval que remitiera al recurrente ante ese Despacho, para la realización de la práctica mencionada a las ocho horas del diecisiete de agosto de dos mil cinco (documento de remisión de detenidos No. 0152280 visible a folio 26);

d) El Juez Tramitador del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de Limón, mediante oficio diecinueve de agosto de dos mil cinco, requirió a la Directora del Centro de Atención Institucional Sandoval que no trasladara al recurrente a ningún otro centro penitenciario, pues se había señalado debate para el veintiséis de setiembre de dos mil cinco (copia del documento a folio 24);

e) Según el informe suscrito por el Supervisor en Servicio del Centro Atención Institucional Sandoval, el veintitrés de agosto anterior, el recurrente -ubicado en la celda de protección B- se autoagredió (folio 22);

f) De acuerdo al informe rendido por el Supervisor en Servicio y el Oficial del Ámbito B del Centro Institucional referido, el pasado veintisiete de agosto, el recurrente hirió a otro privado de libertad en la pierna izquierda con un arma punzo cortante, siendo incluso, trasladado ese recluso al Hospital de Limón (copia del informe a folio 21);

g) Ante la agresión ocurrida, el recurrente fue reubicado durante dos días en una celda individual del mismo ámbito preventivo (folio 21); posterior a este periodo, fue trasladado a la celda de protección colectiva B, lugar en donde permanecía a la fecha de contestación del recurso, sea dieciséis de setiembre de dos mil cinco (manifestaciones rendidas en el informe folio 17).

II.- Objeto del recurso. El recurrente solicita amparo de sus

derechos fundamentales, por cuanto alega que la Directora del Centro de Atención Institucional Sandoval lo recluyó en una celda de castigo, tras negarse a hablar sobre una supuesta fuga que estaban planeando unos privados de libertad de ese centro penitenciario.

III.- De conformidad con el Reglamento de derechos y deberes de los privados y las privadas de libertad, Decreto Ejecutivo No. 22139-J del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y tres, publicado en La Gaceta No. 103 del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y tres, los Directores de los Centros de Atención Institucional tienen la potestad de imponer medidas cautelares contra y a favor de los privados de libertad en esos centros, en aquellos casos donde esté en riesgo su integridad física, la de sus compañeros o sus familias, así como cuando se amenace el orden y la seguridad en los diferentes ámbitos de convivencia y niveles del Sistema Penitenciario Nacional y la comunidad en general. Bajo estas circunstancias, las autoridades penitenciarias pueden: reubicarlos en espacios de contestación, en el mismo ámbito de convivencia; ubicarlos en otro ámbito de convivencia o Centro del mismo nivel y finalmente, ubicarlos en un nivel de mayor contención, según así lo dispone, el artículo 27 del citado Reglamento. Dada la naturaleza de estas medidas cautelares, son excepcionales y temporales, por lo que deben utilizarse únicamente como forma de prevención y solución temporal en situaciones de inminente peligro personal o institucional. Ahora bien, la aplicación de estas medidas requiere dos exigencias mínimas establecidas en el artículo 28 del Reglamento: en primer término, deben estar fundamentadas y razonadas por escrito, y en segundo lugar, deben comunicarse en forma oportuna al privado de libertad que va a ser acreedor de esta medida. Por otro lado, el Director del Centro debe en el plazo máximo de ocho días hábiles, someter a conocimiento del Consejo de Valoración, el documento en el que conste la medida cautelar impuesta y los hechos que la originan, su fundamento, para que ese Órgano analice esa medida y defina las acciones técnicas pertinentes, considerando -en caso de que existan- las objeciones planteadas por el privado o privada de libertad.

IV.- En el caso concreto, del informe rendido bajo la solemnidad de juramento así como de las pruebas aportadas en autos, se tiene que el recurrente fue trasladado a una celda individual del mismo ámbito preventivo por un periodo de dos días, debido a que agredió a otro privado de libertad con un arma punzo cortante en la pierna

izquierda, causándole una herida considerable que ameritó enviarlo al Hospital de Limón para su tratamiento. Posteriormente, el amparado fue reubicado en el ámbito de convivencia colectiva B. Como se observa, la medida de aislamiento aplicada al recurrente obedeció a la agresión que causó a uno de sus compañeros, y no -según lo indicó en el escrito de interposición del recurso-, como una represalia por guardar silencio sobre el presunto plan de fuga realizado por otros privados de libertad. La Directora recurrida informó bajo la gravedad de juramento que, no se tenía conocimiento de planes de fuga en ese centro, y que en esa medida, no habían entrevistado al amparado para obtener alguna información en ese sentido. De esta forma, resulta evidente que la Dirección del Centro de Atención Institucional Sandoval actuó de conformidad a la potestad otorgada en el Reglamento citado, al reubicar al recurrente en una celda individual como medida cautelar, producto de la agresión perpetrada por él contra otro privado de libertad, y en aras de garantizar la vida e integridad física de los reclusos de ese ámbito.

V.- Ahora, si bien este Tribunal estima que la imposición de la medida cautelar contra el amparado no es injustificada, se observa que no se realizó de acuerdo a las exigencias establecidas al efecto, en el Reglamento de derechos y deberes de los privados y las privadas de libertad. En efecto, de las pruebas aportadas en autos no se constata que esa medida haya sido decretada en forma escrita y razonada, como tampoco que se haya comunicado oportunamente, al amparado y al Consejo de Valoración dentro del plazo de ocho días dispuesto. Es claro, que tratándose de una medida que redundaba en la esfera de libertad del amparado, y que resulta más gravosa para él, debe estar debidamente fundamentada por una exigencia constitucional derivada del artículo 11 constitucional. En este sentido, la motivación de las resoluciones administrativas es necesaria en tanto constituye un parámetro de legalidad de la actuación administrativa y su ausencia restringe o limita las posibilidades de su tutela judicial. En el contexto constitucional, el requerimiento de motivación de los actos y resoluciones administrativos implica imponer una limitación al poder público pues se le obliga apegarse al principio de legalidad, reconocido en el citado artículo 11 y a la exigencia de invocar un criterio razonable en la toma de sus decisiones. En suma, es un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza la imparcialidad de la Administración, de ahí que no es mera formalidad sino un requisito sustancial que permite que el administrado conozca las razones del proceder administrativo. En mérito de lo expuesto, al no haberse

constado que la medida cautelar haya sido decretada en forma escrita y razonada, y que tampoco haya sido comunicada al Consejo de Valoración para su análisis según lo dispone la normativa aplicable, lo procedente es declarar con lugar el recurso de amparo como en efecto se dispone.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados con los hechos que sirvieron de base a la presente declaratoria, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.-

FUENTES CITADAS

- 1 SANCHEZ ROMERO, Cecilia. La Prisión Preventiva en un estado de derecho. Revista de Ciencias Penales. N° 14. Diciembre de 1997. [en línea]. Visitada el 07 de mayo del 2008. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2014/sanch14.htm>
- 2 ISSA EL KHOURY, Henry. Limites del control social a través del Sistema Penal. Revista de Ciencias Penales. N° 3. Noviembre de 1990.[en línea]. Visitada el 07 de mayo del 2008. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/revista3f.htm>
- 3 ALVAREZ GUITIERREZ, Sandra. Aplicación, viabilidad y Eficacia de las medidas cautelares alternativas a la Prisión Preventiva, Previstas por el Código Procesal Penal de Costa Rica. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. U.C.R. 2003
- 4 LLOBET RODRIGUEZ, Javier.
- 5 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva. Revista de ciencias penales. No 2. Marzo de 1990. [en línea]. Visitada el 07 de mayo del 2008. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2002/llobet02.htm>
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res : 2006- 0 1271. San José, a las nueve horas treinta minutos del quince de diciembre de dos mil seis.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res: 2006-00163. San José, a las once horas del veinticuatro de febrero de dos mil seis.
- 8 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res: 2005-14569. San José, a las doce horas con cincuenta y cuatro minutos del veintiuno de octubre del dos mil cinco.