

# La prisión preventiva en la jurisprudencia de Costa Rica de 1990 a 2017

Jeancarlo Mena Sequeira<sup>1</sup>

## Resumen

La prisión preventiva es la medida cautelar que limita el bien jurídico libertad en caso de ser imputada, es un tema que, actualmente, se encuentra en todos los foros de discusión ya que es de mucha relevancia en Costa Rica por los recientes acontecimientos, los cuales se están investigando a nivel judicial y que la gran mayoría de la sociedad espera que se imponga prisión preventiva a cada uno de los imputados involucrados en esas causas penales. Es un tema que no se aborda de la forma correcta por los diferentes medios de comunicación en Costa Rica y esto hace que la mayoría de la población tenga una concepción errónea de lo que es esta medida cautelar y de su aplicación. Por ello, es que este artículo trata sobre el estudio de la disposición normativa que regula la prisión preventiva y las causales para su debida aplicación.

**Palabras clave:** prisión preventiva, medidas cautelares, libertad, bien jurídico, proceso judicial, derechos humanos, peligro de fuga, peligro de reiteración, peligro de obstaculización.

## Abstrac

Pretrial detention is the precautionary measure that limits the legal right to freedom in case it is imposed, it is a topic that is currently found in all the discussion forums, since it is very important in our country because of the recent events, which are being investigating at judicial level and that the great majority of the society expects that preventive prison is imposed to each one of the imputed ones involved in those penal causes. It is an issue that I personally consider is not addressed in the correct way by the different media in Costa Rica

---

<sup>1</sup> Licenciatura en Derecho en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), San José, Costa Rica. Correo electrónico: jeank0810@hotmail.com

and this makes the majority of the population have a misconception of what is this precautionary measure and its application. For this reason, the present article deals with the study of the normative provision that regulates preventive detention and the grounds for its proper application.

**Keywords:** preventive prison, precautionary measures, freedom, judicial good, judicial process, human rights, danger of flight, danger of reiteration, danger of hindrance.

### **Concepto de medida cautelar**

Una medida cautelar es un mecanismo de tutela anticipada que supone, en un grado de probabilidad, la trasgresión a una norma y la posible participación en ese hecho o conjunto de hechos por parte de una o varias personas; tienen diferentes finalidades, unas tendientes a preservar objetos del litigio, otras la seguridad de las personas, todo depende de la materia, pero todas tienen un fin común, sin importar indistintamente la rama del derecho que las regule, que es el buen cauce del proceso y aseguramiento de la posibilidad de ejecutar los fallos al finalizar el proceso judicial o administrativo.

Según Martínez (1990), las medidas cautelares son: “Disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivado de la duración del mismo” (p. 26). Desde esa misma línea de pensamiento, Calamandrei (1964) expresa que “las medidas cautelares se hayan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, y por ello carecen de un fin en sí mismas, sino que dependen de un proceso principal” (p. 48).

De acuerdo con Martínez (1994), las medidas cautelares:

Constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse en el proceso, o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es *prima facie verosímil*, y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida. (p. 27)

Por esa razón, Martínez (1994) define a la medida cautelar como:

Una institución procesal a través de la cual, el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo, o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba. (p. 28)

Existen muchos tipos de medidas cautelares reguladas en los numerales 239, 239 bis, 244 del Código Procesal Penal. Entre ellas la presentación periódica ante el juez o ante una autoridad distinta que aquel designe, la exhibición de una garantía económica, el embargo de bienes, la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero, la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada.

También la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares, la prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos -siempre que no se afecte el derecho de defensa-, la separación inmediata del domicilio, la suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos, la suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral, la colocación de brazaletes electrónicos, el resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga y la prisión preventiva.

### **Conceptualización de prisión preventiva**

Según Llobet (2010), la prisión preventiva consiste en:

La privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad. De lege lata en

Costa Rica abarca también la privación de libertad del imputado ordenada por el juez competente para evitar el peligro de reiteración delictiva. (p. 32)

De acuerdo con Hernández (2006), la prisión preventiva es:

Una medida cautelar, que consiste en privar de la libertad personal a una persona física, mientras dura su procedimiento de carácter penal, dicha privación de libertad se ha justificado doctrinariamente, porque evita que quien ha sido acusado de la comisión de un delito, eluda la acción de la justicia. Es decir, si no se restringiera la libertad personal del imputado, quedaría burlada la justicia y no se lograrían los fines del derecho. (p. 56)

García (1989) expresa que la prisión preventiva es el encarcelamiento que, ordenado por el juez competente, sufre el imputado durante la fase inicial del proceso y con anterioridad a la resolución final.

La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, en el Código Procesal Penal (1996), en el numeral 239, establece los cuatro escenarios en los cuales será procedente establecer la prisión preventiva. El primero es cuando existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.

El segundo cuando 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. El tercero consiste en los casos en que el delito que se le atribuya al imputado esté reprimido con pena privativa de libertad. El cuarto se da cuando 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.

En el artículo 239 bis del Código Procesal Penal se adicionan cuatro supuestos más en los cuales procede la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva. Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

También, cuando el hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos. Cuando se trate de personas quienes reincidan en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas; por último, los casos que se traten de delincuencia organizada.

### **Peligro de fuga**

Este peligro se refiere directamente a la existencia o no de arraigo en el país, el cual se extrae de la habitualidad en un domicilio, residencia, trabajo o grupo familiar. Se encuentra regulado en el numeral 240 del Código Procesal Penal; el peligro de fuga es una de las causales de prisión preventiva, pero no da vida jurídica a la aplicación de dicha medida cautelar por sí solo, requiere que exista además del peligro de fuga, un delito con una pena por imponer de prisión y la existencia de un grado de probabilidad que demuestre la participación del imputado en la comisión de dicho ilícito.

Por ejemplo, si a Pablo el Ministerio Público le abre una causa penal por el delito de robo agravado y logra demostrar con prueba idónea que existe en grado de probabilidad la participación de Pablo en la comisión del delito acusado, demuestra que la magnitud del daño causado es alta y aunado a todo eso puede evidenciar que Pablo no tiene arraigo laboral, domiciliario ni familiar, bajo ese escenario es seguro que el juez de turno impondrá, o deberá imponer, la prisión preventiva como medida cautelar para asegurar que Pablo se mantenga atado al proceso judicial que se sigue en su contra.

## **Peligro de obstaculización**

El peligro de obstaculización está ligado directamente con una sospecha fundada de que el imputado realizará actos tendientes a perturbar el cauce normal del proceso, ya sea realizando actos de propia mano o valiéndose de terceros para ocultar, modificar, destruir o falsificar elementos probatorios. Se encuentra regulado en el artículo 241 del Código Procesal Penal.

Por ejemplo, a Pedro el Ministerio Público le abre una causa penal por el delito de tráfico ilegal de drogas y logra demostrar con prueba idónea que existe en grado de probabilidad la participación de Pedro en la comisión del delito acusado, demuestra que la magnitud del daño causado es alta y también puede evidenciar que Pedro es una persona agresiva, que ha realizado actos amenazantes de forma personal y valiéndose de otras personas que tiene los medios idóneos para poder intimidar, amedrentar y amenazar a los testigos. Ante ese escenario es seguro que el juez de turno impondrá la prisión preventiva como medida cautelar para asegurar que Pedro se mantenga atento al proceso judicial que se sigue en su contra y asegurar el cauce normal de dicho proceso.

## **El principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva**

El principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva no son compatibles, de tal forma que la medida cautelar que priva de libertad tiene como requisito un grado razonable de culpabilidad para ser impuesta. Para muchos autores como Vicenzo, Londoño y Enrico, mientras más los jueces se acercan a dicho grado de sospecha de responsabilidad para ordenar la prisión preventiva se alejan del principio de presunción de inocencia.

Según Londoño (1983): “Mientras va aumentando el contenido jurídico de la incriminación, va disminuyendo la presunción de inocencia”. Ante esa línea de pensamiento la prisión preventiva va en contra del principio de presunción de inocencia ya que dicho principio debe irse destruyendo gradualmente conforme avanza el proceso de forma natural y cumpliendo con todos los plazos y etapas establecidas, lo que no ocurre cuando se ordena la imposición de la prisión preventiva. En la cual el principio de inocencia básicamente

desaparece automáticamente con la resolución que ordena la imposición de dicha medida cautelar.

El principio de presunción de inocencia se encuentra regulado en el artículo 9 del Código Procesal Penal, 39 de la Constitución Política y en el numeral 8 inciso 2) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Por su parte la Sala Constitucional (1992) considera que el principio de presunción de inocencia forma parte del debido proceso. *A contrario sensu* la violación al principio de inocencia en los procesos judiciales en Costa Rica violenta el debido proceso.

Es decir, todas las resoluciones en las cuales los jueces penales han considerado que existe un grado razonable de responsabilidad por parte de los imputados sin que realmente existan elementos tendientes por comprobar fehacientemente la existencia de dichos indicios, han violado no solo el principio de presunción de inocencia sino, también, el debido proceso.

El principio de presunción de inocencia fue estipulado, como tal, hace muchos años, exactamente en el cuerpo normativo de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en el cual se planteó que “debiendo todo hombre presumirse inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo todo rigor innecesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley” (p. 17).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) considera que

en ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios necesarios que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso de que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.

(p. 63)

El párrafo anterior describe el criterio de La Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al tema del principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva, del mismo es posible extrapolar que la corte aprueba la imposición de esta medida cautelar siempre y cuando se cumpla con la totalidad de los requisitos que establece la Convención Americana en el numeral 7.4.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 35/07 establece que

como presupuesto para disponer la privación de libertad de una persona en el marco de un proceso penal deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora imponer cualquier medida cautelar, ya que esa sola circunstancia, la prueba que vincula a la persona al hecho, es lo que distingue al imputado-inocente- contra quien se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna –igualmente inocentes. (p. 122)

Ante las teorías y líneas de pensamiento descritas, es posible deducir que la adecuada aplicación de la prisión preventiva debe tener consigo elementos suficientes que demuestren un grado de probabilidad razonable que evidencien la responsabilidad del imputado en la comisión del ilícito por el cual es objeto el proceso penal que se sigue en su contra. De lo contrario, estaremos frente a una flagrante violación al principio de inocencia.

La Sala Constitucional ha indicado reiteradamente que en caso de duda razonable se debe fallar a favor del acusado, pero ese principio de *in dubio pro reo* en Costa Rica normalmente se asocia con la sentencia final de los procesos penales, dejándose en total inobservancia en las etapas previas como, por ejemplo, en la imposición de la prisión preventiva; todos los casos en los cuales se ha impuesto prisión preventiva y luego ha resultado imposible demostrar la culpabilidad del acusado en el debate ya sea por la ausencia de prueba o por existir duda razonable, duda que muchas veces existe desde el inicio del proceso, son fiel reflejo del incumplimiento con dicha disposición normativa.

Al respecto la Sala Constitucional ha establecido una línea jurisprudencial muy clara, ejemplo de ello son los votos 3842-94, 7433-94, 5582-94 y el voto 5428-96 en los cuales se ha establecido que

(...) Implica que la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor. El respeto debido a este principio capital comporta, además, la obligación del juez de prepararse, y de todo el sistema judicial de ayudarlo a prepararse psicológica, espiritual socialmente para mirar en el reo al ser humano en desgracia, merecedor no solo de justicia, sino también de comprensión y composición (...).

La Sala Constitucional no hace ninguna distinción en cuanto a la aplicación del principio de inocencia y del principio al debido proceso, en virtud de la etapa procesal en la que se encuentre el proceso penal, dichas figuras jurídicas deben ser tomadas en cuenta en todo momento y el apartarse de esos preceptos jurídicos lleva consigo una clara violación al derecho de defensa que cobija a todo imputado.

Resulta contradictorio pensar que el juez puede ordenar la privación de libertad de un encartado mediante el dictado de una resolución que ordena imponer la prisión preventiva, donde dicha resolución encuentra su fundamento jurídico en una duda razonable en cuanto a la responsabilidad en el grado de participación del acusado, es por ello que la Sala Constitucional establece que para que una sentencia que ordene la imposición de dicha medida cautelar debe tener bases sólidas y suficientes tendientes a demostrar la participación del encartado en la comisión del delito que se le acusa. Es decir, mientras más sólidos sean los argumentos que dan vida a una prisión preventiva más se aleja del principio de inocencia y lo destruye. Es ese el escenario ideal para establecer la prisión preventiva en total apego a las disposiciones normativas que la regulan.

Un claro ejemplo de la inadecuada aplicación de la prisión preventiva son las resoluciones que no cumplen con lo descrito por la Sala Constitucional en el voto 03470-00, en el cual indica que “los requisitos materiales de la prisión preventiva son la sospecha suficiente de participación en un hecho delictivo, la existencia de peligrosidad procesal (peligro de fuga,

de obstaculización o de reiteración)” (p.34). En lo referente a dicha sospecha los elementos que la demuestren deberán ser lo suficientemente fuertes para destruir el principio de inocencia y no trasgredir el debido proceso. La realidad es que analizando las resoluciones judiciales que decretan la prisión preventiva en muchas se alejan de lo descrito por la Sala Constitucional como requisitos materiales de dicha medida cautelar, dejando en evidencia una notoria lesión al principio de inocencia y al debido proceso.

Según Llobet (2007), la doctrina y legislación exigen como requisitos materiales necesarios para el dictado de la prisión preventiva al menos tres elementos: “La existencia de elementos suficientes de convicción para estimar que el imputado es con probabilidad autor o participe de un hecho punible, la existencia de una causal de prisión preventiva y el respeto al principio de proporcionalidad” (p. 147).

Tanto la doctrina como la legislación tienen claro los parámetros y el escenario ideal para poder imponer la prisión preventiva, desde esa premisa la inobservancia a esos elementos y requisitos pareciera que el error es de aplicación, lo cual sucede, y mucho, en los juzgados penales de Costa Rica, como ya se ha evidenciado a lo largo de este trabajo. Pero, no todo queda ahí, ya que la normativa que regula esta medida cautelar contempla como peligro procesal la reiteración delictiva, elemento que en doctrina es muy cuestionado.

### **Legalidad en la aplicación del peligro de reiteración delictiva**

El principio de legalidad se encuentra estipulado en el artículo 1 del Código Procesal Penal, el cual señala:

Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este código y con observancia estricta a las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio. (p. 5)

Una actuación encuentra asidero legal siempre y cuando esté en fiel cumplimiento de la legislación que la regula; es decir, la aplicación de una medida cumple con el principio de legalidad siempre y cuando sea dictada sin transgredir ningún derecho fundamental, ninguna garantía constitucional, ningún derecho humano, ningún principio y, además de ello, se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos descritos en el o los cuerpos normativos que la regulen.

Es decir, los jueces de garantías estarán actuando en un marco de legalidad siempre y cuando no se alejen de lo establecido en el Código Procesal Penal, lo aportado por la jurisprudencia nacional y por los organismos internacionales que regulan los derechos humanos de cada persona.

El principio de reiteración delictiva se encuentra estipulado en el numeral 239 bis del Código Procesal Penal, específicamente en el inciso c, el cual estipula que se podrá imponer la prisión preventiva a personas quienes reincidan en la comisión de hechos delictivos, siempre y cuando medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.

La Sala Constitucional, en el voto 4382-95, reconoce la legalidad del peligro de reiteración delictiva; sin embargo, hace la aclaración de que no es suficiente argumento para sostener una resolución que ordene la imposición de prisión preventiva únicamente con el peligro de reiteración delictiva, debe demostrarse la existencia ya sea del peligro de fuga o obstaculización, aunado a ello debe probarse en un grado de probabilidad y razonabilidad la participación del imputado en la comisión del hecho delictivo que se le imputa, además de cumplir con el principio de proporcionalidad.

La Sala Constitucional en el voto 01438-1992 de Chacón (2013) indica que:

La alegada inconstitucionalidad del inciso 3o. del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, no puede ser resuelta, sin tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 37 y 41 de la Constitución Política en los que se protege la administración de justicia y se permite la detención de los que perturban la normal convivencia, al cometer acciones delictivas. Dentro del marco constitucional se garantiza que ocurriendo a las leyes

todos deben encontrar reparación por los perjuicios que se les han inferido y se permite restringir la libertad de las personas, por existir en su contra un indicio comprobado que le indica como autor de un hecho delictivo. La administración de justicia en materia penal y la prisión preventiva, tratándose de delitos, encuentra así autorización constitucional. Uno de los fines del derecho es posibilitar la normal convivencia en sociedad, pretendiendo que quienes habitan en una determinada circunscripción territorial, adecuen su conducta a las reglas legales que la norman, cuando el ciudadano no se comporta conforme lo pretende el ordenamiento jurídico, su conducta puede resultar reprimida, ello, cuando su acción se encuentre regulada por el derecho penal. El derecho penal tiende a asegurar la inquebrantabilidad de un importante círculo de influencia del ordenamiento jurídico. Visto así el problema, un fin del derecho penal será evitar la reiteración en hechos delictivos, de donde el señalado inciso 3) del artículo 298 en comentario, tampoco resulta inconstitucional, ni lesiona el marco convencional señalado por la recurrente. No obstante lo anterior, es dable indicar que los antecedentes del imputado -en los que no sólo se incluye su reiteración en la comisión de acciones constitutivas de delito-, sólo podrán ser tomados en consideración, para negar la excarcelación, cuando de ellos se infiera objetivamente -debe el juzgador señalar en cada caso, las circunstancias que le permitan llegar a esa conclusión- que el encausado, al lograr su libertad, continuará su actividad delictiva. (p. 260-261)

Es decir, bajo el criterio de la Sala Constitucional las resoluciones que se emitan y ordenen la prisión preventiva basándose en el peligro de reiteración delictiva, sin mediar algún otro peligro procesal están amparadas en legalidad ya que cumplen con los parámetros de legalidad que indica la Sala Constitucional. De ahí se extrae la tesis de que en Costa Rica es legal la utilización del peligro de reiteración delictiva para motivar las resoluciones que imponen la prisión preventiva.

Al respecto la Convención Americana de Derechos Humanos sostiene que no basta con motivar una resolución que ordene la prisión preventiva exclusivamente con el peligro de reiteración delictiva, por lo cual es obligación del juez de garantías motivar la resolución mediante la cual se imponga la medida cautelar de prisión preventiva, además del peligro de reiteración delictiva con el peligro de fuga o, en su defecto, con el peligro de obstaculización.

El no acompañamiento del peligro de reiteración con algún otro peligro procesal trasgrede los numerales 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también el derecho de defensa que asiste a todo imputado, además de violentar el principio de inocencia.

Aunque la Sala Constitucional, en reiteradas ocasiones, haya indicado que es legal la aplicación del peligro de reiteración delictiva en el dictado de la prisión preventiva, ejemplo de ello son los votos 1438-92 y 1739-92. La Convención Americana de Derechos Humanos ha sido clara en expresar que no reconoce como causal para imponer la medida cautelar que limita la libertad del imputado el peligro de reiteración delictiva, únicamente reconoce los peligros de fuga y obstaculización.

Es menester indicar que dicha convención está por encima de los criterios de la Sala Constitucional; por ende, es el criterio que sostiene la Convención Americana de Derechos Humanos el que debe ser respetado y empleado por los jueces de garantías a la hora de hacer el dictado de una sentencia que ordene la limitación de libertad de un imputado mediante la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva.

El principio de reiteración delictiva no tiene bases sólidas que justifiquen su aplicación y menos su regulación en un estado de Derecho como el de Costa Rica y menos ir en contra de las disposiciones internacionales que tutelan los derechos humanos, es ahí donde se torna sumamente cuestionable el que los cuerpos normativos e instrumentos de justicia como la Constitución Política, la Sala Tercera, los juzgados y tribunales penales que regulan la materia en Costa Rica, mantengan este tipo de disposiciones y criterios.

Por lo expuesto es posible extrapolar que el peligro de reiteración delictiva carece de bases sólidas; por el contrario, descansa en una vacía y contradictoria disposición normativa, y en

vez de servir como instrumento para administrar la justicia y aplicarla de buena forma, sirve para crear contradicción y trasgresión a principios fundamentales como el debido proceso y la presunción de inocencia.

Siguiendo esa línea de pensamiento, Llobet (2009) sostiene que

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma reiterada solamente ha admitido como compatibles con la Convención Americana las causales de peligro concreto de fuga y de obstaculización. Ello pone fuera de la Convención la causal de peligro de reiteración delictiva. (p. 383)

En el numeral 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos se desprende la imposibilidad para sostener o argumentar una resolución que ordene la prisión preventiva en características personales del imputado y, además, la utilización del peligro de reiteración delictiva por si solo es una trasgresión al cuerpo normativo citado.

Para Zaffaroni (2005), a la hora de que un juez utiliza el peligro de reiteración delictiva para motivar una resolución en la cual ordena la imposición de la prisión preventiva, dicho juez “no está reprochando el acto sino la existencia de la persona, o sea, no lo que ésta hizo sino lo que se supone que es” (p. 51).

En concurrencia con el pensamiento de Zaffaroni (2005), se está frente a un derecho penal de autor y no de acto cuando se juzga de esa forma, ya que se estaría juzgando a las personas por lo que son o han sido y no por un hecho en concreto que realicen.

Sanguiné (2003), como se citó en Chacón (2013), considera que

el peligro de reiteración delictiva es un criterio de prevención especial cimentado sobre el concepto de la peligrosidad, en virtud del cual se hace un juicio de pronóstico en el que, partiendo de la conducta considerada probablemente delictiva que se le imputa en el proceso y de las circunstancias del inculpaado, se especula sobre cuál puede ser su conducta

en un futuro inmediato, y por ello se encausa la prisión provisional hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad. (p. 261)

El tener como base para fundamentar la aplicación del peligro de reiteración delictiva en la peligrosidad, es otra de las falencias que presenta dicha causal, que evidencia su nula o escasa compatibilidad con un estado de derecho como el de Costa Rica.

Aunado a lo anterior, la utilización del peligro de reiteración delictiva acerca cada vez más a la pena y se aleja del fin primordial de las medidas cautelares, ya que no hay que olvidar que, aunque la prisión preventiva prive de libertad a las personas, no es una pena anticipada, sino una medida cautelar tendiente a asegurar el buen curso del proceso. Y como medida cautelar que es, no debe perder su norte y finalidad que el derecho procesal le dota y no tiene correlación alguna con el derecho de fondo.

En Costa Rica es muy común que los jueces de garantías le den una inadecuada utilización a la medida cautelar de prisión preventiva, en especial por el uso del peligro de reiteración delictiva, primero porque caen en análisis personal de los imputados, lo que los hace caer erróneamente en un derecho de autor que no es compatible en nada con el sistema de derecho costarricense y segundo porque entran a valorar el fondo y dejan en evidencia total inobservancia o incumplimiento a la finalidad de la prisión preventiva como medida cautelar.

Si bien es cierto hay algunos autores que indican que el no regular o sacar de la legislación el peligro de reiteración genera total desprotección a la sociedad ante los delincuentes habituales, sostener esta tesis resulta complicado en un estado de derecho como el de Costa Rica, sin trasgredir el principio de inocencia, el debido proceso y demás derechos de carácter constitucional que la legislación penal costarricense contempla.

Lo cierto es que no se puede buscar protección utilizando métodos o herramientas jurídicas contrarios a los derechos constitucionales y menos a los derechos humanos, no es procedente utilizar técnicas legislativas contrarias a disposiciones internacionales con carácter jerárquico mayor al derecho interno.

Tampoco se puede proteger, marginando y aislando a ciertas personas por presunciones basadas en una posible peligrosidad, un estado de derecho no admite, o no debe admitir desde ninguna circunstancia, el desproteger a un sector social para brindar protección a otro sin argumento jurídico alguno.

El peligro de reiteración delictiva no responde a ninguna necesidad procesal, en virtud de lo anterior dicho peligro procesal no se puede subsumir en la necesidad estatal de brindar un aseguramiento procesal, y es ahí donde la prisión preventiva, como medida cautelar, encuentra su relevancia como instrumento del Estado para cumplir con su obligación de asegurar el adecuado curso de los procesos judiciales, caso contrario de los demás peligros procesales, el peligro de fuga y de obstaculización, los cuales sí cumplen con una finalidad que da respuesta a una necesidad meramente procesal.

Por las razones expuestas, es que Costa Rica debería de excluir el peligro de reiteración delictiva de las causales para imponer prisión preventiva y, de esta forma, cumplir fielmente con la normativa internacional que rige la materia, además de hacer que la prisión preventiva cumpla su función procesal esencial como lo es el aseguramiento procesal, pues la aplicación de esta causal desvirtúa dicha herramienta jurídica y conlleva a una inadecuada aplicación, a la luz de ello es un claro error que se debe corregir.

### **El principio de proporcionalidad y la prisión preventiva**

Según Chacón (2013):

La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esta medida requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los juicios de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria. (p. 242)

El principio de proporcionalidad obliga al juez de garantías no solo a cumplir con los requisitos formales que establece el Código Procesal Penal, sino, también, a realizar un análisis que refleje fiel cumplimiento al principio de proporcionalidad; es decir, aunque un imputado presente algún peligro procesal, pero la aplicación de la medida cautelar de prisión

preventiva resulta desproporcional, deberá el juzgador imponer alguna medida sustitutiva para mantener al acusado ligado al proceso; pero, de ninguna forma, deberá imponer la prisión preventiva en inobservancia al principio de proporcionalidad.

Hay autores como Theodor, Zucker y Ruprecht (¿años?) que sostienen la teoría que el peligro de reiteración delictiva debe ser aplicado ya que la comisión de nuevos delitos, por parte del imputado durante el proceso, va a generar atrasos a la investigación.

La aplicación de esa teoría en un Estado de derecho como el de Costa Rica trasgrede el principio de proporcionalidad, en lo que corresponde Llobet (2010) dice que “la causal de peligro de reiteración delictiva es difícilmente compatible con el principio de proporcionalidad, ya que no podría justificarse la grave intervención en la libertad del imputado, con la necesidad de aceleramiento procesal” (p. 210).

Esta es otra problemática que presenta la utilización de la causal de peligro de reiteración delictiva, ya que trasgrede el principio de proporcionalidad que rige la materia y que está tipificado en el Código Procesal Penal, como una obligación que los jueces de garantía no deben dejar de analizar a la hora del dictado de una resolución que ordene la prisión preventiva, ya que la inobservancia a esa obligación trasgrede el derecho que asiste a cada imputado y abre las puertas para poder plantear algún recurso contra esa resolución.

Además, el justificar la utilización del peligro de reiteración delictiva en un posible retraso innecesario en la tramitación del proceso, no es argumento sólido para poder privar de la libertad a una persona, ya que esas nuevas causas pueden investigarse por separado.

Aparte de violentar el principio de proporcionalidad, la aplicación del peligro procesal de reiteración delictiva a toda luz al optar por la aplicación de esa medida es ir en contra de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Aunado a lo anterior, el emplear, en resoluciones judiciales, que se ordene la prisión preventiva el peligro de reiteración delictiva podría hacer caer en el vicio de pena anticipada, que no es en nada compatible con un Estado de derecho como el de Costa Rica.

El numeral 244 del Código Procesal Penal establece que siempre y cuando se pueda evitar la prisión preventiva, debe evitarse y optar por la imposición de una medida menos gravosa, al respecto indica que

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 (...). (p. 395)

Es por ello que la prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla, siempre debe el juez de garantías valorar las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva antes de la medida cautelar más gravosa; por lo tanto, la prisión preventiva es considerada la última ratio.

### **Límites a la prisión preventiva**

La legislación penal de Costa Rica establece límites a la prisión preventiva, este tipo de técnicas legislativas son normales en un Estado de derecho, eso se debe a que esa medida cautelar limita uno de los derechos fundamentales que tiene toda persona como lo es el derecho a la libertad, además eso impide, o trata de impedir, que existan resoluciones arbitrarias y/o abusivos, además de limitar el poder que se delega en los jueces de decidir sobre la libertad de las personas.

A la hora de dictar una sentencia en la cual ordene la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, un juez de garantías se topa con el principio de presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad, el derecho de defensa y el debido proceso, son esos los principales límites que la legislación penal costarricense establece a la prisión preventiva.

Cualquier violación, inobservancia a esos límites trasgrede el derecho del imputado y podría acarrear nulidad al acto que lo contemple, además de ir en contra de los derechos humanos y de las garantías constitucionales que asiste a cada administrado.

### **La prisión preventiva y la pena de prisión**

Si se realiza un análisis desde la perspectiva de la ejecución, ambas figuras jurídicas se parecen mucho, comparten ciertas similitudes, entre ellas que ambas privan de libertad y ambas ordenan la encarcelación de la persona a la que se le dictó.

Pero si se realiza un análisis del fondo, estas medidas mantienen diferencias notables, por ejemplo, la prisión preventiva es una medida de carácter provisional; caso contrario con la pena de prisión que cuando la sentencia está en firme pierde el carácter de provisional. Además, la prisión preventiva se basa en un juicio de probabilidad y la pena de prisión en certeza concreta, en una verdad real demostrada con elementos de prueba suficientes que permiten decirle al tribunal penal que el condenado es, con certeza, autor o partícipe del hecho punible que se le imputa.

Otra diferencia es que cuando existe sentencia firme que ordena la pena de prisión el imputado pasa a ser condenado, caso que no ocurre cuando se dicta la resolución que ordena la imposición de la prisión preventiva, donde el acusado sigue siendo una persona investigada únicamente; aun y cuando esté bajo prisión, no se le puede considerar como condenado. También difieren en cuanto al análisis que realiza el juez a la hora del dictado de la resolución, en la resolución de prisión preventiva se analizan aspectos meramente procesales y en la sentencia que ordena la pena de prisión se valoran aspectos del fondo del asunto.

Es en esa diferencia donde se sientan las bases para decir que la prisión preventiva no es una pena anticipada, sino, más bien, una medida cautelar tendiente a asegurar el curso normal del proceso, la cual se impone para mantener al imputado atado al proceso y no por considerarse de forma anticipada como culpable del hecho o los hechos que se le acusan.

Esta distinción debería servir para crear políticas y establecer medidas de trato y cuidado entre los reos que están condenados y los imputados que se encuentran en prisión preventiva; al respecto Llobet (2010) sostiene que

la diferencia entre las personas condenadas y las personas que se encuentran en prisión preventiva encuentra acogida en normas de derecho internacional de los Derechos Humanos. Así exigen éstas que como consecuencia de la presunción de inocencia la ejecución de la prisión preventiva no puede representar una pena anticipada, por lo que se

debe distinguir entre el trato a los presos preventivos y a los que cumplen una pena privativa de libertad. (p. 131)

La ejecución de la prisión preventiva es parte muy importante de esta, muchas veces los legisladores descuidan esa parte y se concentran únicamente en tipificar los parámetros objetivos y subjetivos para aplicar dicha figura, en coordinar de forma administrativa quién se encarga de resolver las solicitudes, pero, una vez dictada la resolución, dejan al imputado ahí en una celda sin analizar que la ejecución también es parte esencial, máxime si se trata de una medida cautelar; el incluir a las personas que se encuentran en prisión preventiva en celdas junto con reos que se encuentran descontando una condena, hace que esa medida cautelar que se impuso se convierta en una pena anticipada.

## **Conclusiones**

Del estudio realizado se concluye lo siguiente:

Primero: aun y cuando la Sala Constitucional en reiteradas ocasiones ha reconocido la legalidad del peligro procesal de reiteración delictiva, la Convención Americana de Derechos Humanos únicamente reconoce como peligros procesales al peligro de fuga y al peligro de obstaculización; por jerarquía de normas, los convenios internacionales están por encima de la Constitución Política y, por ende, ese peligro procesal debe dejar de aplicarse para motivar las sentencias que ordenen la imposición de prisión preventiva.

Segundo: la aplicación del peligro de reiteración delictiva violenta el principio de inocencia y de proporcionalidad.

Tercero: la teoría que sostiene que el peligro de reiteración delictiva debe ser aplicado ya que la comisión de nuevos delitos por parte del imputado durante el proceso va a generar atrasos a la investigación, no es compatible con el Estado de derecho de Costa Rica.

Cuarto: la aplicación del peligro de reiteración delictiva hace que se caiga en el vicio de un derecho penal de autor y no de acto cuando se juzga de esa forma, ya que se estaría juzgando a las personas por lo que son, o han sido, y no por un hecho en concreto que realicen.

Quinto: las teorías que argumentan que la prisión preventiva es una pena anticipada, ya han sido superadas y actualmente existen elementos suficientes para poder diferenciar a ambas figuras jurídicas con sus distintas finalidades y características.

Sexto: la prisión preventiva tiene como límites el principio de inocencia, el principio de proporcionalidad, el derecho de defensa, las garantías constitucionales y los derechos humanos.

Sétimo: la prisión preventiva tiene una finalidad procesal; mientras la pena privativa de libertad se relaciona directamente con derecho de fondo, ya que conlleva un análisis del fondo del asunto, del caso en estudio.

## **Recomendaciones**

Para mejorar el tratamiento del tema de prisión preventiva en la legislación penal costarricense, se presentan las siguientes recomendaciones:

1. Eliminar el peligro de reiteración delictiva como causal para imponer la prisión preventiva para, de esa forma, legislar en total armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos.
2. Unificar los artículos 239 y 239 bis del Código Procesal Penal para corregir malas técnicas legislativas, como por ejemplo indicar en ambos la necesidad de que el delito que se investigue esté sancionado con pena de prisión, el numeral deberá quedar de la siguiente forma:

“Artículo: Procedencia de la prisión preventiva.

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

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe 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).

- c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad y se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 37 de la Constitución Política.
  - 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.
  - e) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.
  - f) Se trate de delincuencia organizada.
3. Que los centros penitenciarios establezcan pabellones y celdas exclusivas para personas que se encuentran en prisión preventiva, no que se sigan incluyendo con reos condenados. Establecer medidas que aseguren que las personas quienes están en prisión preventiva no se relacionen ni vinculen con los reos que poseen sentencia condenatoria en firme y estén descontando dicha pena.

## **Referencias**

Calamandrei, P. (1964). *Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica. Buenos Aires.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

- Chacón, J. (2013). *La Prisión Preventiva a la Luz e la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho)*. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica.
- García, C. (1989). *Derecho penitenciario*. Editorial Tecnos. Madrid.
- Hernández, J. (2006). *Programa de derecho procesal penal*. Edición 13. Editorial Porrúa. México.
- Llobet, J. (2010). *La prisión preventiva*. 3ra edición. Editorial Jurídica Continental. San José.
- Llobet, J. (2007). *La Prisión Preventiva y sus sustitutivos*. Tomo II. Asociación de Ciencias Penales/Colegio de Abogados. San José. Costa Rica.
- Llobet, J. (2009). *Código Procesal Penal Comentado*. 4ta edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica.
- Llobet, J. (2010). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3ra edición. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica.
- Martínez, B. (1990). *Medidas Cautelares*. 1ra edición. Editorial Universidad. Buenos Aires.
- Martínez, R. (1994). *Medidas cautelares*. 2da edición. Editorial Universidad. Buenos Aires.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1995). *Sentencia número 4382-95 de las quince horas veinticuatro minutos, del ocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco*. San José. Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1992). *Resolución número 01438-1992 de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos*. San José. Costa Rica.
- Sanguiné, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España.

Sistema Costarricense de Información Jurídica. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1996). *Código procesal Penal*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=TC)

Zaffaroni, E., Slokar, A. y Alagia, A. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 1ra edición. Buenos Aires. Argentina.