
Análisis de los peligros procesales en el dictado de la prisión preventiva

Analysis of the procedural dangers for the dictation of preventive detention

*Miguel Zamora-Acevedo**

Resumen:

La libertad personal, después del derecho a la vida, es uno de los derechos fundamentales inherentes a la personalidad humana, de cuyo goce depende el ejercicio de los otros derechos que contemplan la Constitución y las Leyes. Por ello, el presente trabajo está basado en el análisis jurídico, doctrinario y crítico de los peligros procesales de la prisión preventiva aplicable en nuestro

* Licenciado en Derecho por la U.C.R, Máster en Sociología Jurídico-Penal, Universidad de Barcelona, Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Profesor universitario. San José, Costa Rica. Correo electrónico jamora@profuaca.ac.cr

país, reconocida en nuestra legislación y estipulada claramente dentro del Código Penal y Código Procesal Penal, los cuales contienen disposiciones básicas y que enmarcan parámetros muy generales, provocando, de este caso, la comisión de varios errores por parte de las autoridades en su aplicación.

PALABRAS CLAVES: LIBERTAD PERSONAL - PRISIÓN PREVENTIVA - PELIGROS PROCESALES - PROCESO PENAL - COSTA RICA.

Abstract:

Personal freedom, after the right to life, is one of the fundamental rights inherent to human personality, on whose enjoyment the exercise of the other rights contemplated in the Constitution and the Laws depends. Therefore, this paper is based on the legal, doctrinal and critical analysis of the procedural dangers of preventive detention, applicable in our country recognized in our legislation and stipulated clearly in the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure, which contain provisions basic and that frame very general parameters, causing in this case, the commission of several errors by the authorities in its application.

KEY WORDS: PERSONAL FREEDOM - PREVENTIVE PRISON - PROCEDURAL RISKS - CRIMINAL PROCEEDINGS - COSTA RICA.

Recibido: 11 de marzo del 2022

Aceptado: 23 de abril del 2022

I. Esbozo del Problema. Medidas cautelares

“Los humanos estamos acostumbrados a aceptar con alegría y hasta con orgullo las imprecisiones de nuestro razonamiento, especialmente en ciencias humanas”

Ricardo Guibourg

Uno de los mayores problemas que se presenta en el proceso penal es la sobre utilización de la prisión preventiva, misma que para ciertos delitos pareciera ser la regla, por ejemplo, todas las formas de infracción a la ley 8204, sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas. Tanto así que, la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), desde el año 2013, viene reconociendo dicha apreciación, incluso “exhorta a las autoridades a aplicar la prisión preventiva con un criterio eminentemente excepcional, haciendo uso de otras medidas cautelares no privativas de la libertad” (p.121).

También, impulsa a los Estados a elaborar planes estratégicos de capacitación y sensibilización de las autoridades judiciales y de aquellas encargadas de las investigaciones penales acerca de la excepcionalidad de prisión preventiva, el uso de medidas cautelares no privativas de la libertad, y otros estándares internacionales y constitucionales aplicables a la materia. Pero, sobre todo, insta a los Estados a promover un verdadero cambio de paradigma en la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva en la cultura y práctica judicial (CIDH, 2013).

Empero, el problema carcelario es de vieja data, difícilmente se pueden encontrar países en los cuales la consecuencia penal sea de fácil solución (Carranza, Situación penitenciaria en América Latina y Caribe. ¿Qué hacer?, 2012, p. 31). Este fenómeno de sobrepoblación penitenciaria no es un tema nuevo, mucho menos propio de Costa Rica, sino que viene siendo una expresión globalizada (Carranza, 2012).

La Corte Interamericana estableció, a partir del caso Neira Alegría y otros, que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su

dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos” (Corte I.D.H. Neira Alegria y otros Vs Perú, 1995, párr.60). También sería garante de la forma de imposición de la medida, de ahí entonces, la necesidad de analizar si la medida cautelar por excelencia contra la libertad de las personas es respetuosa de un mínimo de garantías y ver si las causas que la facultan son pertinentes.

Así las cosas, se tiende que las medidas cautelares se definen como aquellas actuaciones de restricción de derechos que realiza el Estado y que afectan o limitan las garantías fundamentales de las personas, las cuales se ejercen bajo los presupuestos de los llamados principios de instrumentalidad, excepcionalidad y proporcionalidad (Caso Palamara Iribarne vs Chile, Corte IDH, 2005), “de modo que no persiguen un fin en sí mismas, sino son un medio para lograr otros fines: los del proceso”. (Llobet Rodríguez, 2012, p. 394). Son accesorias y excepcionales, en consecuencia, se deben a una pretensión principal.

Estas medidas de coerción (como también se les llama) tienen como función -ideológica- aspectos procesales no sustantivos, con los cuales se pretende diferenciar de los fines de la pena. Sin embargo, en la realidad operan bajo las mismas premisas que las penas privativas de libertad (Monge, 2012), de hecho, en la mayoría de los casos, el mensaje es de prevención general negativa, lo cual es el objetivo de una sanción.

Por excelencia, el destinatario de la medida coercitiva es la persona imputada, aunque nada impide que paradójicamente también se apliquen a otros sujetos como pueden ser terceros demandados civiles, testigos o incluso las víctimas, como los supuestos de requisas, inspecciones corporales, compulsión, etc.

La razón de ser de estas medidas se encuentran la Constitución Política, en concreto en el artículo 37, cuando sostiene: “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y, sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso debe ser puesto a la orden del juez en un término de veinticuatro horas”.

En este orden, y como se indicó anteriormente, las características esenciales de las medidas de coerción están en su carácter procesal, lo que significa que se mantiene mientras permanezcan las condiciones judiciales que le vieron nacer. También se dijo que debe ser proporcional, lo cual significa que deberá aplicarse en tanto y cuanto sea menos invasiva y afecte en menor medida los derechos de quien deba soportarla. En este análisis de proporcionalidad debe tomarse en cuenta su necesidad e idoneidad. Lo primero significa que deberá razonarse en relación de causalidad entre la medida cautelar propuesta y el acto que debe realizarse en el proceso. Así, mediante una inclusión o exclusión hipotética, se puede justificar si solo con la medida se puede lograr los fines del proceso.

Por su parte, la idoneidad se refiere a la relación de escogencia entre las diversas formas de realizar los fines del proceso, como las alternativas que la misma normativa establece, art. 244 C.P.P. Así, debe examinarse cuál es la medida más adecuada o conveniente para la consecución del acto procesal, ya sea la propia detención del sujeto. Es decir, el peligro procesal es quién limita la posible medida a imponer. Por ejemplo, si existe peligro de fuga, tendría que buscarse una medida que imputa la fuga (en cualesquiera de las formas que la normativa señala), como: las facilidades para abandonar definitivamente el país, permanecer oculto dentro del territorio nacional, la falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado, la pena que podría llegarse a imponer, la magnitud del daño o el comportamiento del investigado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

II. La Prisión Preventiva

Dentro del grupo de las medidas cautelares personales, la más violenta, institucionalmente hablando, es la prisión preventiva, ésta tiene la particularidad de ser también una de las más usadas. Esto, a pesar de la excepcionalidad que debería tener por imperativo legal y de orden de derechos humanos. Así también por los discursos de la jurisprudencia constitucional.

En concreto, esta medida procede cuando se presentan las siguientes circunstancias:

Primero, deben concurrir unos elementos formales, los cuales parecen sumamente básicos, aunque en algún otro momento se han discutido. Estas exigencias se refieren a la solicitud de parte del Ministerio Público, con lo cual no se autoriza a la víctima, querellante o actor civil. La víctima solo tiene derecho a ser escuchada cuando se solicite la medida, pero solo en los cuales se invoque “la existencia de riesgos o amenazas a la vida o la integridad física de la víctima o sus familiares” (C.P.P. art. 71.3.h), ello a pesar de que Llobet (2010, p. 280) lo ha admitido -equivocadamente- en ciertos casos, los cuales en realidad no hacen referencia a la solicitud de prisión preventiva, sino en supuestos de prórrogas de la misma y solo para los procesos declarados como delincuencia organizada (Ley 8754, art. 9).

La otra exigencia formal sería el dictado de la resolución por medio de un juez competente y debidamente fundamentada la resolución (C.P.P. art. 238).

La lógica del sistema radica en las ideas del código Modelo, tendiente a establecer un proceso acusatorio, en el cual se definen claramente las funciones de los diversos actores del proceso, en los cuales se sustrae al juzgador de la labor de funciones instructivas propios del modelo y proceso anterior (Llobet, Derecho Procesal Penal. Aspectos Generales (Tomo I), 2005, p. 156).

Respecto a la otra exigencia formal, la normativa establece que la prisión preventiva solo pueda decretarse a través de una resolución debidamente fundamentada, actuación que viene a ser una manifestación de ética profesional (Zamora, 2015, p. 42), porque para la motivación no existen reglas claras de cómo debe ser.

No se puede obviar que la fundamentación es una exigencia común a todas las resoluciones judiciales, de tal caso que tratándose del encarcelamiento preventivo deberá de conformarse a uno parámetros básicos de corrección para evitar una posible arbitrariedad o abuso en la misma, so pena de perder su vigencia (arts. 142, 239 y 243 CPP).

También, como elemento formal, el presunto delito debe tener previsto como sanción una pena privativa de libertad, o sea pena de prisión. Este requisito en realidad no es absoluto pues es perfectamente válido la imposición de la prisión preventiva en delitos con penas no privativas de libertad por causal de rebeldía en la etapa de juicio, por ejemplo.

Segundo, también tiene como exigencia las de orden material, las cuales se refieren al componente sustantivo. Esto es, lo que la normativa establece como el grado de probabilidad razonable de haber cometido delito (el indicio comprobado, establece la Constitución Política, o existencias fundadas según las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal (Reglas de Mallorca), inciso 1), Consideración décimo novena), y en segundo punto, las causales de prisión preventiva *stricto sensu* o peligros procesales (C.P.P. Art. 239), además deben tener un tercer elemento –discutible en nuestro medio –, como el respeto al llamado principio de proporcionalidad (Caso López Álvarez vs Honduras, Corte IDH, 2006, párr. 68).

De la normativa constitucional y legal surgen algunas ideas que se deben complementar; Así, para la norma constitucional se necesita un “indicio comprobado de haber cometido delito” (C.P. art 37), refiriéndose a la prohibición de la detención, cuando no se logre acreditar ese indicio comprobado de haber cometido delito. Mientras que la disposición legal dispone una idea más o menos similar cuando exige como elemento necesario la existencia de “elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él” (C.P.P. art. 239), aunque en plural, por lo cual la existencia de este requisito se transforma en un asunto probatorio.

Pero, este análisis probatorio, debe vincularse con el análisis de tópicos propios del derecho sustantivo, como cuestiones relativas a la teoría jurídica del delito y de aplicación de la ley penal. Aunque en algunos casos, los jueces han sostenido la imposibilidad de dicha discusión, tomando en consideración razones de escaso valor jurídico como las siguientes: 1. “la causa está iniciando, 2. Las calificaciones jurídicas son provisionales, etc”, tesis escapistas tendientes a no entrar a valoraciones fundamentales. Considerar estos elementos, es una condición necesaria para el dictado de cualquier resolución de medida cautelar.

Con lo cual, se exige que, para la detención de cualquier sujeto tendiente a la imposición de la prisión preventiva, sea necesaria la existencia de “pruebas”. Ello implica que la medida deba sustentarse en las actuaciones investigativas previamente realizadas y no a la inversa. Se detiene a una persona porque se ha investigado y se tienen pruebas, no para investigar y recolectar pruebas; la prisión preventiva, no puede ser un medio probatorio.

En este caso, se tiene que estar pendiente de la tesis del abuso del derecho (Perelman, 1988, p. 220 y ss), instituto poco utilizado en materia penal. El cual se presenta muchas veces en la etapa investigativa como una forma de justificar la medida de prisión preventiva, amparado a criterios legales. Por ejemplo, solicitar la medida para poder realizar un reconocimiento físico.

Se detiene por la existencia de las pruebas, no para buscar las pruebas, aunque esta idea roza con la práctica costarricense, en la cual la prisión preventiva se utiliza mucho para buscar la prueba *a posteriori*, por ejemplo, con los peligros procesales contra la víctima, denunciante o testigo a efectos de poder asegurar hacia su futuro su comparecencia.

Es importante aclarar que cuando se refiere a existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él, se está ante dos condiciones:

- a. La probabilidad de la comisión de un delito y,
- b. la vinculación de dicho probable delito con la participación de alguien en el ilícito: el imputado.

Dos circunstancias notoriamente diferenciables que a menudo no se saben distinguir claramente y que en la práctica la primera presupone a la segunda, lo cual no es una condición necesaria y suficiente, porque es totalmente posible tener el grado probable del delito, pero contra ignorado, incluso normativamente se tienen algunas presunciones (*iuris tantum*) sobre la posible comisión de hechos punibles, como son los señalados en cuestiones de muerte violenta (art .191 C.P.P), sin sospechoso en concreto.

Por último, la doctrina se requiere un ulterior requisito material. Se detalla la variable “dinámica” (Llobet, 2010, 179) de la prisión preventiva, la cual dice que la medida debe ser

reflejo del análisis de los requisitos en el transcurso del lapso en ejecución, tanto así que incluso de oficio se debe revisar. Aunque las resoluciones nacionales confunden la forma de revisar este dinamismo porque solo examinan los peligros procesales y, lo que es peor, se hace en sentido negativo. Es decir, correspondiéndole al acusado y a su defensa demostrar el cambio de circunstancias.

Por ello, es ilustrativo lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo en el caso *Bayarri vs. Argentina*, en el cual indicó:

La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (2008, párr. 74).

Cabe recordar que, en la investigación, las probanzas son muy etéreas, tanto en su conformación empírica como en el valor probatorio, tanto así que muchas de las pruebas, en las cuales se fundamente una medida, no tienen mayor valor para una sentencia condenatoria (C.P.P. Art. 276).

De la mano con esta exigencia dinámica, se exige normativamente –para declarar la prisión preventiva– y en los casos en concreto, justificar una necesidad de los fines procesales, lo cual significa que, con adoptar la medida, se busca asegurar el normal curso del proceso hasta lograr la resolución correspondiente, ello básicamente por su condición de accesoria. Mientras dure la pretensión principal podría estar en prisión

preventiva. Ejemplo práctico de esta idea es la exigencia de cese de la medida, al llegar a una medida alterna, aun cuando no esté expresamente indicado.

Incluso sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado, aunque en este caso haciendo referencia a evitar fines de prevención general. Dice la Corte citada por Bigliani y Bovino: “Se descarta expresamente la posibilidad de fundar la prisión preventiva en criterios tales como la *“alarma social”* o la *“repercusión social del hecho”*, la *“peligrosidad”* del imputado o el peligro de reincidencia” (párr. 84 y 141). En palabras de la Comisión, esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad (párr. 141). (2008, p. 25).

III. Análisis de los argumentos de los peligros procesales

De la mano con los anteriores requisitos materiales, se debe presentar la existencia de al menos un peligro procesal, los cuales señala la normativa:

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

a. Peligro de Fuga

Cuando se reseña el peligro de fuga, en realidad se está realizando una especie de pronóstico jurídica, mediante la cual se pretende establecer el grado probable que el procesado, estando en libertad, no se someterá al proceso penal en su contra y en consecuencia evadirá la acción de la justicia.

Sobre este punto, resulta esencial las razones que explica Llobet (2010, p. 180), para sustentar el peligro de fuga como

supuesto procesal de la prisión preventiva, puesto que ante la imposibilidad de que se practique un juicio en ausencia, se requiera la presencia del inculcado.

La lógica indica que, si el Estado no puede juzgar en ausencia, debe de algún modo, asegurar la presencia del imputado para la realización del proceso en su contra, por lo menos en las etapas procesales que lo requieran.

Así las cosas, la normativa adjetiva establece una serie de requisitos o exigencias a tomar en cuenta para establecer el mencionado peligro procesal de fuga. En atención al guarismo 240 CPP, se establece los siguientes puntos:

- a) Los arraigos del imputado en el país, para lo cual deben estudiar, la existencia de un domicilio fijo, grupo familiar, vínculos familiares, arraigo laboral o profesional y las facilidades que se tengan para abandono del país u ocultarse. Importante que se establece como presunción de fuga sobre este punto, la indicación de datos falsos.
- b) La extensión de la sanción en concreto que podría llegar a imponerse.
- c) La magnitud del daño causado por la acción delictiva investigada.
- d) El comportamiento del imputado durante los procesos (seguido u otros).

Siempre y cuando se muestre en la voluntad del imputado de someterse o no a los procedimientos.

Sin embargo, lo problemático de estos puntos es estudiarlos en forma abstracta e individualizada, incluso de forma negativa, siendo que así, la única conclusión posible sería encontrar o acreditar el peligro. Ello, con solo mencionarlo, y con esto, dictar la prisión preventiva.

Antes bien, todos esos puntos son simples componentes de un todo, que pretende encontrar la probabilidad razonada de la fuga para la situación concreta. Por ello, no sería recomendable simplemente considerar la falta de empleo, para sustentar una falencia en arraigo, si por otro lado tiene domicilio estable o su

familia reside en el país. Esto porque sencillamente existirán casos en los cuales no se tiene dicha condición, como las personas pensionadas, los imposibilitados físicamente para trabajar (personas de capacidades especiales), los desempleados, etc. Sería exigir lo imposible, o simples pensamientos por deseos.

La idea subyacente es que todos deberían tener una “forma de ganarse la vida”, lo cual no es cierto, o al menos, no siempre es posible. Razonar de esta forma es una visión del *homo oeconomicus*.

A su vez, podría ser una persona con fuertes vínculos laborales, pero sin vínculos familiares o un domicilio estable; pensemos en el caso de un extranjero que viene a laborar en alguna empresa con los requisitos y permisos de Migración y Extranjería, o incluso de algún nacional con su familia en el extranjero. En estos dos casos, *prima facie*, interpretados aisladamente, los elementos del primer inciso dan pie a la existencia del peligro de fuga, por lo menos en el requerido grado probable.

La falta de brindar los datos de información e incluso la simulación, no es *per se*, causal de fuga, pues es perfectamente posible su justificación. Piénsese en los casos en los cuales los imputados sean víctimas amparadas a la protección procesal (art .204 C.P.P. P). En estos casos, la normativa consiente la reserva de los datos cuando, “por las características del hecho, los datos de identificación del testigo, como su nombre, cédula, dirección, trabajo o números telefónicos, no sean conocidos por el imputado ni por las partes, y su efectivo conocimiento represente un riesgo para la vida o la integridad física del declarante, el Ministerio Público, la defensa o el querellante, podrán solicitarle al juez, durante la fase de investigación, que ordene la reserva de estos datos”. Dichas consideraciones incluso se aplicarían a coimputados en un mismo proceso (art .22, b. C.P.P.).

Estas actuaciones también deben ser respetadas frente al proceso, y por aplicación del principio de proporcionalidad, no se tendrían como elementos negadores de la información. Incluso, la misma Sala Constitucional, ha avalado su procedencia, con la salvedad de la etapa de juicio (voto 17907-10, 15162-11).

Otros puntos requieren además de un análisis en concreto y mayor atención debido a su margen de indeterminación, tanto en

las palabras (semántico) como en su contexto, como los supuestos de los incisos b) y c), los cuales sostienen como puntos de análisis la posible pena a imponer y la magnitud del daño causado.

Sobre estos ítemes, no se discrepa en cuanto deben ser puntos orientadores, más no deben verse en forma aislada o genérica, porque podría conllevar al dictado de una medida de una prisión preventiva automática o forma disimulada, lo cual no es extraño en Costa Rica. Basta recordar un poco de la historia en los intentos normativos de aplicar la prisión automática y sin medios impugnaticios para los delitos con la ley de psicotrópicos (votos constitucionales 668-91 y N° 193-92).

Circunstancias que, dichosamente en su momento, la Sala Constitucional estimase contrarias a la Constitución, mediante votos N° 668-91 y N° 193-92, del 16 del abril de 1991 y del 28 de enero de 1992, respectivamente, por medio de los cuales se dispuso la supresión de los numerales 27 de la Ley de Psicotrópicos de 1988 y 297 del Código Procesal Penal de 1973. Tales normas instituían un régimen que prohibía las diligencias de excarcelación respecto a una categoría de delitos, como lo eran –en su momento- todos aquellos que, en su extremo mínimo, ameritarán más de seis años de cárcel, grupo en el cual convertía a la mayoría de los delitos relacionadas con tráfico de estupefacientes –entre otras- no pudieran permitir la excarcelación.

Así, para la pena a imponer, la Comisión Interamericana ha sostenido que “la expectativa de una sentencia prolongada y el peso de la evidencia pueden ser relevantes, pero no son decisivos en sí mismos, en ausencia de otros elementos el eventual riesgo puede ser mitigado por medio de otras garantías” (CIDH, 2013, p. 64). Es decir, por la sola alusión a la naturaleza del delito y su alta penalidad, no puede considerarse justificación suficiente del riesgo de fuga, pues conllevaría a prisiones preventivas instantáneas.

El concepto central de las mencionadas resoluciones constitucionales está en que dichas ideas son contrarias a la Constitución, porque parten de presunciones que presentan, *a priori*, la idea de no permitir en delitos pensados como graves que el imputado continuase en libertad, ello por estados emocionales

o cualesquiera otros universos simbólicos. Además, supondría un amplio grupo de delitos no excarcelables, conforme al monto de la pena y, peor aún, en los casos en los cuales se analice la magnitud de daño, o ambos supuestos.

En este punto, resulta muy ilustrativa las observaciones del voto razonado del juez García Ramírez, mediante el cual establece contrarios a un sistema democrático fundamentar la prisión preventiva con base en la gravedad del delito y el reproche, puesto que serían elementos propios de un estado peligrorista.

“Fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito (que se dice) cometido, en el reproche que (eventualmente) merece el (supuesto) autor y en la pena (que sería) aplicable, sin considerar --porque la propia ley elimina la posibilidad de hacerlo-- otros datos que permitan valorar su procedencia en concreto, para el debido amparo, también en concreto, de los fines que la legitiman, contraviene flagrantemente la presunción de inocencia, implica un (pre)juicio anticipado a la sentencia (a la que se confiere, mucho antes de que se pronuncie, carácter condenatorio) y adelanta manifiestamente la imposición de la pena. Con ello deviene arbitraria, aunque sea legal” (Caso López Álvarez vs Honduras, Corte IDH, 2006, párr. 22).

Lastimosamente, los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son casi nulos en las resoluciones de nuestros tribunales, muy a pesar de la obligación de los jueces de conocer el Derecho: *iura novit curia*.

No puede olvidarse también que la función principal de las presunciones radica en que las mismas permiten aseverar la ocurrencia de un hecho concreto sobre la base de simples deducciones, las cuales –en su mayoría– están instituidas en reglas de experiencia; sin embargo, las mismas no permiten garantizar con una total seguridad de la ocurrencia del indicador al cual están orientadas.

Lo anterior no deja de ser un grave problema porque está de por medio la libertad de una persona, por lo cual se debería establecer un juicio de peligro, tomando en consideración circunstancias

objetivas, entendiendo por tal –en su doble dimensión-, lo fáctico-descriptivo y lo optativo-estimativo. Es decir, el peligro procesal de fuga debe ser constatado en los hechos y no el resultado solamente supuestos o ideales.

Por último, el comportamiento del sujeto en otros procesos también puede orientar la fuga; verbigracias, rebeldías. No obstante, no es automático en cuanto causal de la detención provisional, por cuanto la misma podría ser atenuada mediante otras medidas. Además, siempre se deberán valorar los hechos – en cuanto al comportamiento procesal- para valorar la pertinencia de tal condición y no solo ver la formalidad de cantidad y duración de la rebeldía en los otros casos. Ejemplo, rebeldías por estar descontando pena sin que el juzgado lo sepa que dicta la resolución.

b. Peligro de obstaculización

El código procesal penal parte de la idea de que el comportamiento del sospechoso puede hacer decrecer los actos procesales tendientes a la producción y recepción de las pruebas, tanto así que se supone podría falsear, ocultar o destruir las pruebas incriminatorias o, bien, podría intervenir en el ánimo de ofendidos o testigos –según el caso- a efectos de que éstos no concurran a la fiscalía o tribunal a relatar la realidad de los hechos percibidos.

Como se puede deducir el instituto tiene una motivación procesal, sigue la idea utópica de buscar la averiguación de la verdad material a través del proceso en sus diversas instancias, es decir, se cree en la reconstrucción hipotética de los hechos.

Entonces, la idea es la misma que el peligro de fuga sea garantizar los fines del sumario, mediante la constitución de medidas que garanticen el cumplimiento del proceso investigativo en la producción de la prueba tendiente a sancionar al acusado y, en dado caso, asegurar la ejecución de la posible sanción, tanto así que la misma norma sostiene que dicho peligro solo sería posible invocarlo hasta la conclusión del debate, independientemente del resultado, pues la lógica de este peligro es el aseguramiento de la prueba.

En este entendido, nuestra normativa en su numeral 241 del CPP describe las nociones a tomar en consideración para la estimación del peligro de obstaculización, siguiendo las siguientes indicaciones, la grave sospecha de que el imputado:

- a) Destruirá, ocultará, modificará o falsificará elementos de prueba.
- b) Incidirá de forma negativa en la declaración de coimputado, testigos o peritos de manera que la manifestación de estos no se ajuste a la realidad, se comporten deslealmente o demuestre una total reticencia a la administración de justicia.

No obstante, dichas sospechas deben ser sobre actos en concreto del proceso, y no simples posibilidades que el sentido común deduzca o ante la generalización de toda la prueba. Si se aceptan tales afirmaciones, cualquier enjuiciado, tendría automáticamente una presunción de obstaculización.

Se podrían tener, en el primer supuesto, los casos en los cuales la prueba documental o material se podría falsear, destruir, desaparecer, distraer, tales cosas, como por ejemplo, los documentos, vestimenta, dinero y tarjetas, drogas u otras sustancias, evidencias corporales, registros informáticos, etc., que no consten en el proceso.

Mientras, lo atinente a la parte testimonial, la influencia se verificaría como obstaculización cuando se induce a los deponentes para alterar su testimonio por medio de coacción, pagos, dádivas, prevenciones y demás acciones similares, las cuales pueden ser realizadas por el mismo imputado o interpósita persona, sea ésta familiar o no del imputado. Pero se debe recordar que lo importante es la existencia del vínculo entre el acusado y quien realiza la acción, esto porque no sería posible acreditar dicho peligro, si las acciones son de iniciativa personal del influyente y este no obra en representación o conocimiento del imputado, pues no es admisible acrecentar la condición del sujeto por acciones fuera de su voluntad o conocimiento. Por ejemplo, cuando la madre del imputado busca a los ofendidos para que retiren la denuncia en delitos de robo (aunque ello no proceda), simplemente la incitativa soluciona el conflicto.

Tampoco lo sería si se busca para realizar algún ofrecimiento de solución amistosa sea ésta posible o no jurídicamente hablando. Si se basan exclusivamente en la percepción subjetiva del ofendido, testigo o perito, la obstaculización sería la regla y no la excepción, lo cual se contrapone a los fines procesales de la medida, con los objetivos ocultos de la fundamentación de la pena.

El fundamento es muy básico y sencillo, la responsabilidad sobre las acciones recae en forma subjetiva, independientemente de los efectos o la modalidad de la acción. Véase que ello es otra manifestación del *onus probandi*, el cual muchas veces sí busca invertir, en detrimento de los acusados.

Un dato llamativo de este peligro procesal está en la amplia aceptación doctrinaria, que observa la obstaculización como una condición válida para limitar la libertad de los acusados, basados en la noción de responsabilidad frente al proceso. Aunque igualmente se han escrito algunas críticas muy fundadas sobre dicho peligro, basadas en el argumento de la ineficiencia estatal como elemento para esgrimir su aceptación (Chinchilla Calderón & García Aguilar, 2003, p. 79).

Incluso a nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, admite el peligro procesal de obstaculización (junto al de fuga) como los dos únicos motivos legítimos para establecer la prisión preventiva (Corte IDH, Caso Tibi vs Ecuador, 2004, p. 180), los cuales ha venido sosteniendo en múltiples sentencias. Por ejemplo, en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrs. 93, 103 y 145; Caso Suárez Rosero v. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; Caso Palamara Iribarne v. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 198; Caso Acosta Calderón v. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 111; Caso López Álvarez v. Honduras, sentencia de 01 de febrero de 2006, párr. 69; Caso Yvon Neptune v. Haití, sentencia de 06 de mayo de 2008, párr. 98; Caso Bayarri v. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 74 antes citado; Caso Barreto Leiva v. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009, párrs. 111 y 115; Caso Usón Ramírez v. Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 144.

Por último, al igual que se advirtió con el peligro de fuga, no se aceptan presunciones, o meros subjetivismos, por medio del cual se imponga la medida de prisión preventiva, bajo la consideración de que existe la obstaculización, como por ejemplo, en la alta penalidad, número de coimputados, condición procesal de la investigación (apenas inicia), diligencias por realizar, etc. Antes, bien, deberá realizarse un examen concreto del proceso, que demuestre la condición de peligrosidad real sobre el imputado u otros que en nombre de este puedan realizar los actos de obstaculización.

c. Peligro de reiteración delictiva

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

A nivel internacional, diversos instrumentos dejan ver la ambivalencia de posturas sobre este punto, tanto así que se podría encontrar disímiles declaraciones internacionales a favor y en contra. Entre ellas, se citan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Las medidas no privativas de la libertad, conocidas como las reglas de Tokio y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (reglas de Beijing).

También en instrumentos, en los cuales no se admite, -siendo los más-, para apoyar la prisión preventiva, entre los cuales se tendría: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal, (Reglas de Mallorca), en el Proyecto de Principios Jurídicos de la ONU sobre la libertad frente al encarcelamiento y la privación de libertad arbitrarios, en el catálogo de principios para la protección de los sometidos a toda forma de encarcelamiento y prisión penal, y por último las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cf. Llobet, 2010, p. 204).

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

El fundamento es evidentemente una manifestación del derecho penal de autor, bajo una visión peligrosista; esto es, se justifica en el tanto y cuanto solo unos pocos estarían inclinados a delinquir, para lo cual, la continuidad nos daría un dato objetivo de ello y, en consecuencia, es forzoso e inevitable separar a dichos reincidentes, en aras de la protección de la sociedad.

Lo anterior, no es sino un vestigio inquisitorial, característico de las legislaciones procesales descrita brillantemente por Zaffaroni:

Para los espiritualistas el ser humano incurre en delitos (desviaciones) que lo colocan en *estado de pecado penal*. Esta caída se elige libremente, pero cuanto más permanece en ella e insiste en su conducción de vida pecaminosa, más difícil le resulta salir y menos libertad tiene para hacerlo. El delito es fruto de este estado, en el cual el humano ya no es libre *en acto*, pero como fue libre al elegir el *estado*, continúa siendo libre en causa, porque quien eligió la causa eligió el efecto, conforme al principio *versari in re illicita*. Por ende, se le reprocha ese estado de pecado penal y la pena debe adecuarse al grado de *perversión pecaminosa* que haya alcanzado su conducción de vida. El delito no es más que el signo que revela la necesidad de que el sistema penal investigue y reproche toda la vida pecaminosa del autor. No se reprocha el acto sino la *existencia de la persona*, o sea, no lo que ésta hizo sino lo que se supone que es (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2014, p. 49).

Incluso nuestro máximo Tribunal Constitucional ha sostenido la reincidencia tomando en consideración aspectos de peligrosidad y defensa social, con lo cual entra en serios cuestionamientos sobre la línea jurisprudencial del cumplimiento de fines procesales de la prisión preventiva, sin embargo, para el contralor de constitucionalidad, la reiteración es conforme a la Constitución, así, mediante resolución de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del nueve de enero del dos mil ocho, voto 53-08¹, conociendo de una acción de inconstitucionalidad, estableció la viabilidad del instituto y por tanto es plenamente aplicable en Costa Rica.

En contra de la anterior posición, los argumentos de desaprobación de la reiteración delictiva como causal de la prisión preventiva, sostienen que la misma busca objetivos de prevención general negativos y preventivos especiales negativos (Sanguiné, 2003, p. 225), los cuales son propios de la sanción penal, más no de una medida cautelar.

La fuerza del argumento radica en la distinción de funciones de la pena (sustantivas) y de las medidas cautelares (procesales, excepcionales, etc.), en donde sería un contrasentido asignar la función de prevenir delitos, bajar la percepción de inseguridad, etc, a las medidas cautelares.

En sentido contrario a la Sala Constitucional, el sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos se ha pronunciado en forma firme, contra la ilegitimidad de la reiteración delictiva como causal de la detención provisional. Ello se puede observar en múltiples sentencias, pero especialmente en los casos López Álvarez v. Honduras, donde se dijo:

Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Las características personales

1 Años antes también la Sala había sostenido la constitucionalidad de la reiteración. Resolución N° 01438-92, de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos. Con lo cual, se puede decir que no es un asunto de integración del tribunal Constitucional, sino de posición institucional.

del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismas, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena (Caso López Álvarez vs Honduras, Corte IDH, 2006, párr. 69).

En consecuencia, es claramente violatorio a la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecer la prisión preventiva, basada en alarma social, peligrosidad, reincidencia, tranquilidad pública, entre otras singularidades. Siendo que la misma línea de la Corte, sigue a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para lo cual, en el Informe N° 86/09, instituyó un inconveniente al supuesto de aplicar la medida cautelar privativa de libertad al amparo de miramientos preventivo-generales o preventivo-especiales.

Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delito en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal (Informe 86/09, CIDH, 2009).

Con este informe, la Comisión Interamericana sigue las corrientes de sus otros pronunciamientos; entre los cuales podemos citar los informes número 77/02 y número 12/96.

Establecer la continuidad delictiva como una causal de la prisión preventiva es encontrar en la peligrosidad o riesgos de comisión futura, un constructo legal, a través del cual parece encontrarse una vía de justificación para una intervención penal más dura y selectiva (Landa Gorostiza, 2014, p.11).

d. Peligro para la víctima, el denunciante o los testigos

Mediante la ley N° 8559, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, del 25 de abril de 2007, se vino a adicionar -innecesariamente- al numeral 239 CPP el inciso d, el cual se refiere al peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo, por medio del cual se hace explícita la tutela de los derechos de algunas víctimas, especialmente en aquellos asuntos de violencia doméstica.

Sin embargo, resulta problemático esta reforma porque vino a agregar un inciso como requisito material cuando lo correcto era agregarlo al inciso b, como peligro procesal para ciertas víctimas; no obstante, a este error legislativo pronto la Sala Constitucional vino a darle una solución interpretativa, indicando que se hacía una nueva causal de prisión preventiva, ello mediante la resolución N° 3441-04 del 31 de marzo de 2004.

De la lectura de este inciso, es claro que los fines procesales están totalmente asignadas al peligro de obstaculización, sin embargo, pareciera que la pretensión era acuerpar los deseos emocionales a favor de la víctimas con claros tintes populistas, especialmente en delitos aplicables a una persona con quién la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, en cuyo caso, la norma guía debería ser la penalización de la Violencia contra la Mujeres N° 8589, del 12 de abril del 2007, especialmente en el guarismo 45 que establece el presente requisito.

Por lo anterior, aplican los mismos criterios que se expusieron para los anteriores peligros procesales, haciendo ver que no basta

la simple condición subjetiva de los posibles afectados (víctimas), sino que debe acreditar el peligro; esto es, pruebas sobre la posibilidad de que ocurra algo o las posibles amenazas.

También es importante recalcar que la medida no se aplicaría a cualquier víctima sino, solo aquellas directamente ofendidas por el delito y las personas con grado de parentesco, afinidad o con declaratoria judicial de heredero (art. 70 inc. a) y b) C.P.P.).

En este orden de ideas, no se podría aplicar en los casos donde las víctimas sean las personas jurídicas señaladas en los incisos c) y d) del mismo numeral. La razón del peligro procesal es impedir que se influya en la persona, lo cual no aplica para las ficciones jurídicas antes indicadas.

e. Las nuevas causales de prisión preventiva (239 bis)

Dentro de las últimas reformas en materia procesal penal, las leyes de protección a víctimas y testigos (8720), así como la ley contra la delincuencia organizada (8754), ambas del año 2009, vinieron a darle una adversa referencia a las garantías procesales, por cuanto – y en lo que interesa-, provocaron un entorpecimiento a la libertad de las personas imputadas, lo cual demuestra una política criminal belicosa contra todo aquello que sea a favor de acusados en el proceso penal, siendo que imperan más lo estados emocionales que los criterios racionales en su confección.

Incluso, aquellas medidas de las mencionadas leyes se anunciaban como grandes logros tendientes a la disminución de la criminalidad y la impunidad, lo cual una década después no se ven dichos resultados. Muy por el contrario, ahora se agrega otro problema más: el hacinamiento carcelario.

Además de otros fines procesales, las mencionadas reformas vinieron a establecer nuevas reglas en el encarcelamiento preventivo, las cuales en su conjunto hacen casi inviable enfrentar el proceso en libertad para ciertos delitos como los contenidos en la ley 8204, y en la mayoría de delincuencia convencional con alta penalidad. Igualmente, pareciera que vienen a facilitar el dictado

de la prisión preventiva en forma semi automática² e incluso negar implícitamente la posibilidad de recurrir el auto de prisión (como en los procesos de flagrancia, avalado por el Tribunal Constitucional, mediante voto 11099-09), por lo que la realidad de las reformas fue restringir el régimen de libertad por medio de la intensificación de las normas sobre reclusión preventiva.

Posteriormente, la misma Sala Constitucional con conocimiento de un recurso de *habeas corpus* declaró con lugar, ordenando al juez de juicio “o a quien ejerza ese cargo, que de inmediato adicione la resolución N° 109-AP-2021 de las 14:36 horas del 12 de agosto de 2021, para que se conceda al tutelado el plazo de tres días a fin de apelar tal resolución para ante el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de su jurisdicción” (voto 20046-21).

Señala el alto tribunal constitucional que por tratarse de la primera imposición de prisión preventiva debe garantizarse el derecho de apelación en los términos establecidos por el artículo 256 CPP, que establece: “Durante el procedimiento preparatorio e intermedio, la resolución que decreta por primera vez la prisión preventiva o, transcurridos los primeros tres meses, rechace una medida sustitutiva, se tomará en audiencia y será apelable sin efecto suspensivo...”.

Además, se cita la resolución de la Sala Constitucional número 2014-19181 de las 12:01 horas del 21 de noviembre de 2014:

El hecho de que la solicitud de medidas cautelares haya sido conocida por dos autoridades diferentes, primero por el Juzgado y luego por el Tribunal, no significa per se que se haya respetado la garantía que el legislador estableció en el numeral 256 del CPP. Efectivamente, la resolución del Tribunal fue la que decretó por primera vez la medida de prisión preventiva; ergo, para garantizar la doble instancia es necesario que el conocimiento de ese asunto pueda ser llevado ante una autoridad superior en jerarquía. Una interpretación contraria que negara el recurso

2 Aunque la Sala Constitucional, sostuvo que no eran de aplicación automática de la prisión preventiva. Resolución de las catorce horas treinta y dos minutos del diecisiete de junio de dos mil nueve. Voto. N° 009346-2009.

de apelación, equivaldría a aceptar que la prisión preventiva se decreta en única instancia, sin posibilidad de control ulterior, lo que es contrario al texto expreso de la norma transcrita. Actuar de esa manera implicaría eliminar una garantía procesal reconocida por el ordenamiento jurídico nacional a los imputados y, en consecuencia, disminuir arbitrariamente la gama de prerrogativas procesales dispuestas a favor de esta parte...

Lo interesante está en que se admite la posibilidad de apelación de la medida, pero solo que se decreta por primera vez, pero se le confiere la competencia del recurso al Tribunal de Apelación de Sentencia correspondiente, lo cual no deja de ser problemático porque las competencias de tales órganos están determinadas por ley.

Otro problema está en las prórrogas de la medida cautelar, establecidas en el mismo proceso de flagrancia, las cuales no tendrían recurso alguno.

Ahora bien, volviendo a las reformas procesales atinentes a la prisión preventiva, resulta curioso que dichas normas fueran pensadas como reformas, aunque es poco lo que modifican, y mucho lo que incluyen en el tema de la detención provisional, por lo que disimuladamente vienen a agregar obstáculos a las libertades de las personas, aunque curiosamente no modificaron los principios básicos de la medida contenidas en el articulado del Código Procesal Penal, por lo que la inclusión de siguientes institutos no dejan de ser elementos peripatéticos en las disposiciones de la medida cautelar bajo análisis.

Siendo así, con la ley 8720 se vienen a establecer cuatro nuevos supuestos que facilitan la medida.

e.i Flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales, contra la propiedad, en los cuales medie fuerza o violencia y en delitos de la ley sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas

La flagrancia es considerada como un requisito que por sí mismo faculta la detención provisional, sin necesidad de acreditar algún otro peligro procesal, en tanto la norma establece que:

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 (Art. 17 de la ley 8720).

La causal se limita a ciertas formas delictivas, delitos contra la vida (todos), sexuales (todos), contra la propiedad (solo aquellos que se realizan con fuerza o violencia) y los ilícitos relacionados con drogas, siempre y cuando se hayan realizado en flagrancia.

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

En este sentido, lleva razón Monge Herrera en sus tesis de licenciatura cuando respecto a esto sostiene que:

Esta forma en que han quedado establecidas, las causales para el dictado de la prisión preventiva, resulta abiertamente inconstitucional. Se afirma esto en la medida en que son manifestación de un tratamiento distinto hacia un grupo específico, y que se aplican solamente por el hecho de pertenecer la persona sospechosa a dicho grupo -en este caso, a un grupo de delitos y en cierta medida a un sector de la población que suele realizar este tipo de transgresiones al ordenamiento-, sin que resulten necesarias ulteriores constataciones de sus características individuales y personales, como es deseable y necesario a la hora de establecer una medida cautelar restrictiva de la libertad personal. Se cree que ello es clara muestra de un derecho penal de autor, no compatible con los principios de culpabilidad e inocencia que al respecto contempla nuestra Constitución Política (artículos 39 y 41) (2012).

A ello se podría agregar, que también vulnera la presunción de inocencia, al no tener fines procesales sino peligrosistas propios de la filosofía positivista del delito, aunado a ello, tiende también como un paliativo de la alarma social (Llobet, 2010, p. 233). La flagrancia como condición especial en el proceso de ejecución del delito, le incumbe propiamente al derecho de fondo, no a las medidas cautelares.

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es afín a la idea de rechazar la condición de flagrancia como requisito para decretar la detención provisional, así lo ha sostenido en el caso López Álvarez, en el cual sostuvo:

78. La Jueza de la causa dictó auto de prisión preventiva en contra del señor Alfredo López Álvarez “por el delito de posesión y tráfico ilícito de estupefacientes, en perjuicio de la salud pública del Estado de Honduras”, con base en el “hecho que tuvo verificativo el día domingo [27] de abril [de 1997]”, es decir, en que el señor Alfredo López Álvarez fue detenido en flagrante delito por agentes de la policía. La autoridad judicial no tuvo en cuenta nuevos elementos de prueba que justificaran la prisión sino consideró solamente los mismos elementos que sustentaron la detención en flagrancia (supra párr. 54.11 y 54.20).

79. En las circunstancias del presente caso, lo anterior contraviene los principios y las normas aplicables a la prisión preventiva, de acuerdo con la Convención Americana y la legislación interna pertinente (supra párr. 67, 68, 69 y 77) (Caso López Álvarez vs Honduras, Corte IDH, 2006).

Lo mismo, para la Comisión Interamericana, en algunos argumentos del ya citado Informe 86/09 parece sostener este criterio.

Para finalizar con este inciso, debe recordarse que en su aplicación, la flagrancia tiene sus reglas establecidas en el numeral 236 CPP, en el que describen las pautas para saber cuándo se está o no en flagrancia. Así, de la norma se deduce:

1. Cuando el sujeto es sorprendido en el acto de su comisión.
2. Cuando el sujeto es capturado inmediatamente después de la realización del ilícito.
3. Cuando su captura se realice en la persecución, sea por policías o civiles.
4. Cuando el presunto autor del ilícito tenga o lleve objetos que lo asocien con la perpetración del hecho.
5. Cuando el encausado exhiba rastros que hagan presumir vehementemente de que acaba de cometer o participar en un delito.

En consecuencia, resulta palpable la relativización de la presunción de inocencia, aunque ello sea visto con una visión psicológica de la culpabilidad, la cual va de la mano con los estados emocionales que los medios de comunicación incitan contra los sospechosos, máxime en las condiciones de flagrancia que hemos expuesto.

Incluso, recientemente, se discute en la Asamblea Legislativa el proyecto de ley número 20085, que busca establecer la prohibición de ocultar el rostro de los imputados cuando son detenidos en flagrancia.

El fundamento del proyecto se basa en meras especulaciones y universos simbólicos, entre paréntesis, algunos cuestionamientos:

La violencia y la delincuencia en nuestro país son un fenómeno que se ha incrementado en la última década (*a criterio de quién?*), por ello es importante que la normativa se adapte a la situación real (*qué debemos entender por eso?*) del contexto nacional y regional (*cuál o cuáles*), dándoles principal énfasis a las personas que se han constituido y se constituirán en víctimas de la inseguridad (*cómo saberlo, de qué manera mostrando el rostro eso sería posible?*).

Los habitantes de Costa Rica consideramos la delincuencia como uno de los principales problemas que enfrentamos hoy en día (*todos?, los votantes, los entrevistados por el diputado?, quiénes son ese universo, incluye a los mismos delincuentes?*); la percepción del crimen organizado y en especial los delitos relacionados

con el narcotráfico (*y la delincuencia no convencional?*) se ha modificado en cuanto a que hace algunos años se consideraba a nuestro país solo como corredor logístico para transporte de sustancias psicotrópicas, pero ya es una realidad que gran parte de estas quedan en el territorio nacional, lo que desencadena en una ola de violencia que repercute en toda la sociedad.

En síntesis, esta causal poco aporta para la fundamentación del dictado de la prisión preventiva porque procesalmente, no aporta ningún objetivo válido y sustentable.

e.ii La presunción de continuidad delictiva, en delitos donde medie la violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas con solicitud de apertura a juicio

Indica la norma que procederá a encarcelamiento preventivo cuando el imputado ha 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” (239 bis, b CPP).

La variación con este inciso está en la inclusión de la presunción de reiteración delictiva, y ya no la condición de reincidencia, pues basta para que se configure, que el acusado tenga –como mínimo– dos procesos pendientes con la solicitud de apertura a juicio, siendo que ni el propio acusado podría darse cuenta cuando la fiscalía decide acusar, pues dicho acto solo se indica a las víctimas y bajo supuestos procesales específicos. Así, no vemos relación de causa y efecto, entre ostentar las causas, con la forma de comportamiento del sujeto en el proceso investigado.

Por ello, es clara la vulneración del derecho de defensa, ya que basta con que la fiscalía encuentre mérito en la prueba y acuse para que se presente esta causal, sin que exista una mínima valoración jurisdiccional, incluso se podría llegar al absurdo de tener dos acusaciones que bien podrían estar en un mismo proceso, como los supuestos de testimonios de piezas por rebeldía, avance de la causa y simple interés requirente del órgano acusador para desacumular causas.

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

En este caso, no existe ninguna función procesal, sino la simple inocuización del sospechoso. La idea es tan simple como absurda: si se tiene dos acusaciones, volverá a delinquir, por tanto, debe ser recluido.

e.iii La reiteración delictiva, donde medie la violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas

Por su parte, en el inciso c del comentado artículo 239 bis CPP, establece la procedencia de la medida “cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas”, lo cual viene a ser similar a la con la reiteración delictiva del inciso anterior y la continuidad delictiva del artículo 239 CPP.

La diferencia radica en que éste inciso exige la condición de “reincidencia específica” (Zamora, 2013, p. 336); lo cual significa que para que esto suceda se requiere como condición *sine qua non*, que el justiciable tenga en sus antecedentes una sentencia condenatoria por delitos en los cuales haya mediado fuerza en las cosas o violencia en las personas. Igual, para el delito que se está investigando, ello hace que sea específica la reincidencia y por tanto los delitos: investigado y condenado deban tener la misma condición.

Sin embargo, en la práctica, los jueces penales no hacen mayores distinciones y simplemente se refieren a la certificación de juzgamiento sin mayores referencias a las anteriores figuras y, peor aún, al tipo de reincidencia que se debe aplicar. Igualmente, a esta regla le son aplicables las mismas censuras que se hicieran a la continuidad y reiteración delictiva.

Por otra parte, la práctica jurisdiccional es muchas veces imaginativa en sus interpretaciones, ya que algunos explican que el artículo al hacer referencia a “hechos delictivos”, no podría hablarse de reincidencia, lo que es totalmente absurdo, pues la frase hace referencia a una acción de “realizar o cometer” el acto el cual se está investigando y no al hecho precedente, que ya ha sido calificado de “reincidente”, la cual se evalúa por el simple dato de las condenatorias firmes contra una persona.

Otros casos más alarmantes hacen sus interpretaciones con las llamadas en la jerga policial como “pasadas”, lo que es lo mismo, a los procesos penales abiertos o en trámite que existen contra el imputado, pero sin mayor valoración del mérito del proceso o de las simples denuncias. Siendo que, con dicho proceder, desnaturaliza los fines procesales al confundirlos con los objetivos de la pena, por ejemplo; evitar la comisión de nuevos delitos.

Sumado a esto, hay que señalar que no se encuentra algún argumento atinente a la prevención general o especial como los supuestos de reiteración, continuidad o reincidencia delictiva, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para poder aplicarlos; por otro lado, son totalmente contrarios tanto por la Corte Interamericana (Caso Bayarri vs Argentina, 2008) e igual sentido lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe 86/09, CIDH, 2009).

e.iv La delincuencia organizada

Finalmente, el discurso de la mano dura trajo consigo otra causal muy *sui generis*, la cual viene a facultar el dictado de la prisión preventiva en los casos tramitados como delincuencia organizada, según la reforma de la ley de protección de víctimas y testigos, ley 8720.

En este caso, lo primero que se debe decir es la indeterminación de la frase “delincuencia organizada”, por cuanto la legislación define en el artículo primero de la Ley Contra la delincuencia Organizada, ley 8754, vigente desde el 24 de julio de 2009, que:

Por delincuencia organizada, (se entiende) un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves”, tanto de carácter nacional como transnacional; Y más adelante establece que delito graves es el “que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.

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

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

Al parecer existe una pequeña confusión semántica, pues si el extremo mayor es de 4 o más, se entendería que son los delitos cuyas penas más altas sean de 4 años, esto porque se entiende que aquello es parte primera o última de algo, el principio o el fin de algo. Y si a esto se le califica de mayor, sería el punto final de las penas, o su punto más alto. Lo ideal sería haber dicho, cuyo extremo menor sea de cuatro años.

En consecuencia, si se aplican las definiciones de la ley 8754, prácticamente cualquier participación de dos personas con fines criminales -aun sea para cometer un solo delito- puede estar contenido dentro de los linderos de una organización delictiva.

Como bien recuerda Don Javier Llobet “lo que pretende el legislador es que no se valore en concreto por el juez el peligro de fuga, de obstaculización o de reiteración delictiva, sino que se parte de una presunción de estos, lo que es inadmisibles” (2012, p. 410), pues en esta causa, no se evidencia ningún peligro porque solo se refiere a una simple forma de tramitación procesal, de la cual no tiene ninguna injerencia el imputado.

Incluso, siguiendo las ideas de Llobet antes indicadas, se puede sostener que la causal es innecesaria, pues las eventuales circunstancias que podrían afectar la buena marcha del proceso estarían dentro del catálogo de los clásicos peligros procesales contenidas en el artículo 239 CPP.

Para finalizar, se debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en muchas sentencias, se ha pronunciado en contra de establecer categorías de delitos sin posibilidad de excarcelaciones, por el contrario, exige, ante todo, apreciar las singularidades de cada proceso para examinar la procedencia o no de algún peligro procesal. En este sentido, es ilustrativo la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *López Álvarez vs. Honduras*, párrafo 81:

En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que “[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida (...), si otorga caución suficiente”, el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que “no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años”. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo (2006).

En este caso, resulta ilustrativo algunas resoluciones de los tribunales de apelación de sentencia penal que con conocimiento de prórrogas de prisión preventiva de carácter extra ordinaria, apliquen criterios de convencionalidad, rechazando, esta causal, por ejemplo, la resolución 82-2020 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José (integrado por los jueces: Alberto García Chaves, Elizabeth Montero Mena y Roy Badilla Rojas).

IV. Un caso especial: prisión preventiva en flagrancia

Como último punto, se resalta la inclusión de los procesos expeditos para juzgar los delitos en flagrancia, por medio del cual se estableció un sumario rápido en el que los plazos son sumamente cortos, además de eliminar formalmente la Audiencia Preliminar, aunque ciertos asuntos discutidos en la misma se realizan.

Igualmente, según la Sala Constitucional, se elimina el proceso recursivo contra las medidas cautelares dictadas en este proceso especial, ello implica que cuando se decreta la prisión preventiva bajo investigación *in fraganti* no existe apelación contra el auto de encarcelamiento, independientemente del mérito de este.

En una aclaración sobre la constitucionalidad de esta falencia, consideró el consultante que la ficción ante la inexistencia de un recurso contra la resolución que decreta una medida cautelar infringe el debido proceso, siendo que la Sala Constitucional indicó:

Sobre el particular, debe decirse que no existe un derecho irrestricto a la doble instancia, y el hecho de que no se establezca en forma expresa la posibilidad de plantear el recurso de apelación, no violenta el debido proceso. El derecho a recurrir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.8.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, está previsto en relación con la sentencia condenatoria y no en relación con todas las resoluciones del proceso (Voto 11099-09)³.

3 En igual sentido, voto 10932-13, 5858-14.

En igual sentido, los tribunales de Apelación de sentencia penal, salvo algunos votos salvados de la jueza Rosaura Chinchilla⁴, vienen a seguir los criterios del Tribunal Constitucional, en el entendido de negar la posibilidad de recurrir al acto que concede la prisión preventiva. Las razones que nos dan se pueden resumir en los siguientes tres puntos:

1. Porque es dictada por el tribunal de juicio de flagrancia, (430 CPP), y no tiene expresamente establecido recurso alguno.
2. Cuando la misma norma remite al proceso ordinario de prisión preventiva, tampoco ahí tiene recurso la medida cautelar dictada por el tribunal de juicio.
3. La regla de apelación de la detención provisional del art. 256 CPP solo permite recurrir contra las resoluciones dictadas en las fases Preparatoria e Intermedia, no para la etapa de juicio⁵.

Sin embargo, dicha premisa es equivocada, pues existen algunos argumentos que desvirtúan tales tesis, entre los que se pueden sustentar los precedentes de la misma Sala Constitucional, la característica autoejecutivo de los derechos humanos, el juicio de convencionalidad y el principio de buena fe.

Sobre el primero, existe toda una jurisprudencia sobre el tema de las garantías fundamentales, siendo la idea central que:

La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país sirven en primer término, como lo indica la norma, como parámetros de decisión en los procesos de hábeas corpus y de amparo, pero en la jurisprudencia de la Sala también se acude a ellos en la decisión de cualquier asunto que se somete a su conocimiento y resolución, fundamentalmente porque el papel central que cumple, es el de garantizar el principio de supremacía de la Constitución, hoy, como se ve del artículo 48 citado, extendido más allá y por encima del mero texto constitucional. En este aspecto hay que rescatar

4 Entre otros, Tribunal de apelación de sentencia, Segundo Circuito Judicial de San José, voto 1637-13, 2016-13.

5 Tribunal de Apelación de sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 439-09.

la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula...

() ...Dentro de ese orden de ideas, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, en tratándose de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución” (Voto 2313-95).⁶

Es decir, las normas que regulan la prisión preventiva para los casos de flagrancia no se agotan en el mencionado artículo 430 CPP, sino que existe un conjunto de normas con plena vigencia, por medio de las cuales se alcanzaría otro resultado.

Sobre el segundo punto, la doctrina ha venido desarrollando la tesis de la capacidad autoejecutiva (*self-executing*) de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales, como los casos de la Convención Americana de Derechos Humanos (Jiménez, Eduardo, 1998, p. 34).

En sentido similar, se pronuncia Nikken, al indicar que, como ejecutor de la Convención, cada Estado parte está sujeto a ciertos

6 Reiterados en los votos N° 9685-00, de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del uno de noviembre de dos mil, N° 2771-03, de las once horas cuarenta minutos del cuatro de abril de dos mil tres; N° 6830-98, de las quince horas seis minutos del veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y ocho; y N° 4392-02, de las dieciséis horas con veintidós minutos del catorce de mayo de dos mil dos, entre otros.

deberes cuyo incumplimiento puede acarrear su responsabilidad internacional. Entre esos deberes se sitúa, con especial jerarquía, el de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los requerimientos de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Este asunto ha sido abordado y resuelto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha venido precisando el sentido y alcance de la obligación legislativa de los Estados, en lo que se refiere a la garantía jurídica de los derechos humanos, protegidos por la Convención en el orden interno. De la jurisprudencia de la Corte pueden extraerse cuatro postulados, a saber: a) la obligación de adoptar medidas legislativas es inmediatamente exigible; b) legislar a favor de la Convención; c) abrogar las normas domésticas incompatibles con la Convención; y, d) jamás legislar contra la Convención (Nikken, s.f, p. 4).

El tercer argumento se refiere al principio de la buena fe o *pacta sunt servanda*, la cual establece un compromiso pragmático de cumplir con los instrumentos internacionales, por un Estado cuando suscribe un convenio. En palabras sencillas, se suscribe para cumplirlo. De ahí que sea por buena fe, ante la imposibilidad de coerción.

Obsérvese que este punto, sumado al primero, garantizan la posibilidad de recurrir, en tanto y cuanto los factores operativos lo permitan, bastaría para ello, emplazar al inmediato superior para que conozca de las inconformidades.

Esta regla de *ius cogens* está contenida en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que dicta que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (ONU, 1969). La idea es no dejar en el papel el cumplimiento de los derechos que se consignan en el Tratado, tanto así que, la misma Convención de Viena previene las posibles malas interpretaciones, así en su numeral 27 indica que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Ibídem).

El cuarto y último argumento deviene de la posibilidad de realizar un control de convencionalidad por los tribunales penales, máxime en casos en los cuales la Corte Interamericana

se ha pronunciado, permitiendo que se efectúe el control de convencionalidad de las leyes ordinarias cuando estas pretendan superponer a los derechos humanos contenidos en los Tratados. Por ello, la Corte sostuvo que:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, Corte IDH, 2006).

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los Estados deben asegurar la existencia de recursos judiciales adecuados, efectivos y accesibles a las personas sometidas a prisión preventiva, por medio de los cuales se pueda obtener la tutela judicial de aquellos derechos eventualmente afectados por la aplicación o prolongación ilegal o arbitraria de dicha medida (CIDH, 2013, p .127).

En resumidas cuentas, es posible establecer la viabilidad recursiva en los autos procesales que establecen la prisión preventiva en flagrancia, porque la misma jurisprudencia de la Sala Constitucional lo admite, ello mediante el reconocimiento expreso de los diversos instrumentos de derechos humanos como derecho interno, cuando concedan mayores derechos a las personas, así mismo la condición autoejecutiva de los instrumentos

internacionales ratificados por Costa Rica, la buena fe en la ratificación de los mismos y la exigencia de convencionalidad para los jueces ordinarios.

En realidad, se podrían encontrar más argumentos, como los criterios sobre los actos propios y la costumbre internacional, no obstante, eso ameritaría otro trabajo, que nos llevaría a la misma conclusión que se viene exponiendo.

V. A modo de reflexión final

No se puede dejar de lado alguna que otra sentencia del Tribunal de Apelación de sentencia, del Segundo Circuito Judicial que, al realizar esta investigación, ha rechazado los criterios peligrosistas en los peligros procesales de la prisión preventiva, basados en la desaplicación de las normas, por respeto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así en el voto 665-15, sostuvo que: “No estima procedente, esa Cámara, aludir al peligro de reiteración delictiva porque, por mucho que se encuentre previsto en nuestra legislación y lo haya avalado la Sala Constitucional, el mismo no es aceptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

De las anteriores consideraciones, se pueden establecer algunas premisas. Primero que todo está en el reconocimiento de la tiranía del sentido común, por medio del cual se da por sentado las cosas. Las personas no son muy afines al cuestionamiento de lo que se dice, en especial en el ámbito judicial, en el cual basta con que se invoque una sentencia para asimilar sus razones sin mayor ejercicio intelectual, de buenas a primeras se le considera *jurisprudencia*, aunque la referencia señala en el párrafo anterior brinde una pequeña esperanza.

Segundo, la lógica judicial es muy perversa, tanto así que a veces desconoce cuestiones tan elementales como la consideración de creer que un niño de cuatro años es la mitad del mismo niño cuando tenga ocho. Ello se evidencia en la forma y tratamiento que le ha venido dando al análisis de los peligros procesales, especialmente a los más abstractos como la magnitud del daño, la alta penalidad, la continuidad delictiva.

Tercero, los peligros procesales deben ser interpretados en concreto, así, para el peligro de fuga, respecto al primer inciso del artículo 240 CPP, la regla lo brinda una serie de elementos a considerar en su conjunto, nunca en forma aislada, máxime cuando el canon indica “(...) se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias”.

Tampoco sería válido invertir la carga probatoria, especialmente cuando refieren a la condición de vulnerabilidad de las fronteras, haciendo absolutamente nugatoria la libertad de las personas en Costa Rica, por la condición natural de los límites del país. ¡Quién en su sano juicio puede pretender que Costa Rica tenga pleno control sobre todas las líneas fronterizas, tanto marítimas como terrestres! Se estaría obligado a lo imposible.

Por último, y al igual que la agricultura, lo que se puede decir sirve para crear las condiciones para que germinen las ideas, mediante la crítica de la forma en que se vienen haciendo las cosas, nunca el adoctrinamiento de la interpretación, por el contrario, lo ideal sería el debate y la confrontación de opiniones.

Referencias

- Bigliani, P. y Bovino, A. (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema Interamericano*. Editores el Puerto.
- Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y Caribe. ¿Qué hacer? En *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago: Universidad de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11245, Jorge Giménez vs Argentina (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11506, Waldemar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos vs Paraguay (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12553, Jorge, José y Dante Peyrano Basso vs Uruguay (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 6 de agosto de 2009).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Neira Alegría y otros Vs Perú, Sentencia de 19 de enero de 1995 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1995).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2005).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2 de febrero de 2006 (fondo, reparaciones y costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2008).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 7 de septiembre de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas / [Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13 30 diciembre 2013.

Chinchilla, R., y García, R. (2003). *Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva*. Investigaciones Jurídicas.

Jiménez, E. (1998). La Convención Americana como Derecho Interno. En E. Jiménez, *Normas Vigente en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Fundación de Cultura Universitaria.

Landa, J. (2014). *Delincuentes peligrosos*. Madrid: Trotta.

Llobet, J. (2012). *Proceso Penal Comentado* (5 ed.). Editorial Jurídica Continental y Editora Dominza.

Llobet, J. (2005). *Derecho Procesal Penal. Aspectos Generales (Tomo I)*. Editorial Jurídica Continental.

Llobet, J. (2010). *La Prisión Preventiva (Límites Constitucionales)*. Editorial Jurídica Continental.

Monge, V. (2012). *La Constitucionalidad del procedimiento penal en flagrancia (Trabajo Final de graduación para optar para el grado de licenciatura en Derecho)*. Universidad de Costa Rica.

- Monge, D. A. (2012). *Prisión Preventiva y Presunción de inocencia -un intento por problematizar la discusión- (Tesis para optar al grado de licenciatura en Derecho)*. Universidad de Costa Rica.
- Nikken, P. (s.f). Derecho Internacional y Derecho Interno en materia de derechos humanos. En IIDH, *XXV Curso Anual Interdisciplinario*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Organización de las Naciones Unidas (1969, mayo 23). *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados*.
- Perelman, C. (1988). *Lógica Jurídica y la nueva retórica*. (L. Diez Picazo, Trad.) Madrid: Editorial Civitas.
- Sanguiné, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, R. E., Alagia, A., y Slokar, A. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (2 ed.). Editorial Ediar.
- Zamora, M. (2013). El problema de la reincidencia. Un vestigio etiológico del delito. *Acta Académica* (52).
- Zamora, M. (2015). Entre activismo y el formalismo judicial. A propósito de la ética en la decisión judicial. *Ética Judicial. Cuadernos* (7).

