

ISSN: 1659-3219

DEHUIDELA  
**REVISTA DE  
DERECHOS HUMANOS**

Volumen 17 • Año 9 • Enero - Junio 2008 • Revista de Derechos Humanos del IDELA



**UNA**  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN

# APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: ENTRE REALIDADES APÓCRIFAS Y VIOLACIONES EVIDENTES A LA DIGNIDAD HUMANA

MARCO F. FEOLI VILLALOBOS\*

## *Abstract*

Se hace un breve análisis sobre la prisión preventiva; y una crítica sobre lo que se considera un uso indiscriminado de la figura. Ese abuso implica necesariamente la violación de derechos humanos, pues no se puede hablar de dignidad cuando hay hombres y mujeres, en tasas muy elevadas, reclusos (as) en lugares donde se supone sólo deben estar aquellos que han sido condenados por cometer delitos, pero sin que exista una sentencia que así lo disponga. Desde esta perspectiva el tema y su tratamiento resultan atinentes y necesarios frente al análisis de derechos humanos promovido por el IDELA.

**Palabras clave:** prisión preventiva, código procesal penal, requisitos de la prisión, principio de dignidad humana, abuso de la prisión en América Latina.

*This is a brief analysis about preventative detention and a critique about its indiscriminate use. This abuse implies a violation of human rights, since it is impossible to speak of human dignity when there are many men and women imprisoned even though they have not been condemned for committing a crime and no judgment has been made. From this perspective, the subject matter and the way it's addressed are relevant and necessary in the human rights analysis promoted by IDELA (Instituto de Estudios Latinoamericanos).*

**Keywords:** Preventative detention, code of criminal procedure, prison requirements, principle of human dignity, prison abuse in Latin America.

\* Abogado costarricense, y estudiante de la Maestría Derechos Humanos y Educación para la Paz del IDELA, Universidad Nacional. Funcionario de

## Introducción

Nuestra libertad se encuentra condicionada por una serie de órdenes normativos que pretenden, regular y encaminar su conducta, hacia ciertos fines preestablecidos. Dentro de estos órdenes, también llamados, y con razón bastante, de control social, se alza de manera descollante el Derecho (junto a otros, como la moral, la religión o las simples reglas de trato social), el cual es visto, “como un emisario asegurador de la paz y la armonía” entre los hombres y mujeres del mundo.

Sin embargo, y a contrapelo de esta primera imagen romántica de lo jurídico, el derecho, se presenta también muchas veces, en palabras de Recaséns Siches, como un conjunto de duras murallas, de nudosas prohibiciones y aparatos coercitivos, con los que incluso, aunque parezca paradójico, se infiere dolor y sufrimiento.

Una de las ramas del Derecho, es el derecho penal (criminal, represivo o punitivo), a través del que se imponen sanciones (tan graves como la privación de la libertad o la privación de la propia vida), se dice que, a manera de reacción del cuerpo social, contra quienes infringen los valores estimados fundamentales, para la convivencia de la sociedad. Tomando en consideración, la severidad (violencia llaman algunos) del derecho penal, se ha defendido la idea de que éste, debe convertirse en la última opción a la que recurra el ordenamiento jurídico, para solventar los problemas surgidos en la sociedad.

Lamentablemente, este postulado sobre los alcances del derecho penal, subsiste en los albores del siglo XXI como una propuesta desdibujada por una realidad legislativa y judicial en la que, al contrario, el derecho punitivo ha sido visto como único método eficaz e inmediato, para resolver los más variados, desacordes y heterogéneos dilemas sociales.

Son muchos, los problemas que en nuestro criterio se originan de eso que entendemos como un uso indiscriminado del derecho punitivo, en orden a la protección de los derechos humanos. El legislador de nuestros días, tiende cada vez con mayor frecuencia, a la criminalización de conductas, que antes pertenecían

a la esfera de lo atípico (donde se incluye la llamada pequeña criminalidad o de bagatela); el aumento de los delitos es prolijo, con bienes jurídicos cada vez más difusos e imprecisos (la salud pública, la salud mental, el medio ambiente, la seguridad social y un larguísimo etcétera) en los que la determinación del daño que se les ha irrogado, es casi imposible de establecer; no hay ley especial, de cualquier naturaleza que ésta sea, que no “tenga” que acompañarse de un capítulo de delitos y sanciones. A todo lo anterior, hay que sumar, las despotricadas campañas de los medios de comunicación y algunos políticos de turno, sobre todo en época electoral, que exigen el recrudescimiento de las penas, ante el “aumento”, según sus propias, sesgadas y dudosas consideraciones, de la delincuencia y la inseguridad.

Dentro de la realidad que describimos, debe incluirse el uso de la prisión preventiva, que en nuestro medio se impone con demasiada frecuencia y es precisamente sobre este punto específico que haremos una pequeña reflexión en las páginas siguientes. En el marco de una teoría crítica de los derechos humanos, intentaremos explicar las razones, por las que estimamos que la medida de encierro precautorio representa uno de los grandes déficits de los sistemas de justicia penal, porque la existencia de personas presas sin una condena que los declare culpables por la comisión de un ilícito es la negación de cualquier respeto a la dignidad humana.

Lo que sin lugar a dudas, ignoran quienes creen, casi como dogma de fe, en su expansión incontrolada y sistémica, es que el derecho penal ante todo es, un arma de represión en manos del Estado y que en tanto se aumenten sus linderos para introducir dentro de él, cuestiones triviales o que sencillamente no ameritan de su intromisión, se reduce en la misma escala y aún más, el ámbito de libertad y derechos de los ciudadanos. La conciencia de la “peligrosidad” del derecho criminal ha llevado a ciertos grupos a clamar, por que se reconduzca la intervención punitiva del Estado, a lo estrictamente necesario.

En esta línea de pensamiento, la disminución de la detención cautelar es una de las tantas proposiciones, elaboradas por la ciencia jurídico-penal, de corte mínimo-intervencionista, como solución a una de las múltiples manifestaciones de la realidad que de previo,

hemos descrito, y en la que nuestro país se halla, por desdicha, inmerso.

Este trabajo, pretende convertirse en una llamada a la reflexión y al estudio. Los aspectos que aquí plantearemos, y las perspectivas por las que en algún momento nos inclinemos, son sólo provisionarios. Ellos deberán modificarse al llegar otros, de mayor profundidad y resonancia, que así lo justifiquen y sobre todo los mejoren, con lo que, y en hora buena, la ciencia jurídica será enriquecida. Nuestro principal deseo, es que la modesta contribución, que el lector tiene en sus manos, sea el punto de encuentro para la discusión seria, no únicamente la prisión preventiva sino también, porque es su consecuencia obligatoria, sobre el futuro y las posibilidades reales de un derecho penal “hecho a la medida de la dignidad del ser humano”.

### **Aplicación de la prisión preventiva: entre realidades apócrifas y violaciones evidentes a la dignidad humana**

Nuestro examen iniciará con una ineludible mención de los principales aspectos doctrinarios que dan sustento a la prisión preventiva, luego haremos una crítica a partir de estadísticas sobre el uso de la medida de encierro en América Latina, y finalmente en el último acápite, trabajaremos con algunas resoluciones de prisión preventiva (dictadas por jueces del segundo circuito judicial de San José, Costa Rica) de las que si bien no pretendemos obtener resultados concluyentes ahora, si una aproximación sobre eso que aquí hemos denominado justificaciones apócrifas.

#### **a. Breves referencias teóricas de la prisión preventiva: toma de postura**

La prisión preventiva se define como la medida privativa de libertad, fijada por un juez con la finalidad de asegurar la sujeción, esto es la presencia, de un imputado a un proceso penal incoado en su contra, previo cumplimiento de una lista taxativa de requisitos fijados por el legislador. En el marco de un Estado Democrático de Derecho, se supone, deben existir estrictas limitaciones para el uso de la medida cautelar en estudio. Pareciera que la detención cautelar, cumple un papel muy importante dentro de los procesos penales, pues con ella se garantiza la realización del proceso, en especial de

la etapa más importante: el juicio oral y público. Sin embargo no han sido pocos los estudiosos que han formulado severas críticas contra la prisión preventiva.

En ese sentido se ha pronunciado Muñoz Conde, jurista español que goza de gran prestigio en América Latina, quien ha advertido una serie de falencias, que suscribimos activamente, pues nuestra práctica profesional nos ha permitido llegar a idénticas conclusiones, veamos por qué:

...especialmente críticos frente a la prisión provisional son los penitenciaristas, que alegan diversas razones en contra de la institución: 1) La prisión provisional no permite llevar a cabo una labor resocializadora, ya que jurídicamente está vedada cualquier intervención sobre el aún no condenado, 2) La prisión provisional implica un grave peligro de contagio criminal, ya que obliga al preventivo a vivir con los ya condenados o, por lo menos, en sus mismas condiciones, 3) La prisión provisional aumenta la población reclusa con las consecuencias de hacinamiento, más costos de las instituciones penitenciarias, necesidad de más personal de vigilancia, etc. y 4) La prisión provisional es tan estigmatizante como la pena mínima... (Muñoz, y Moreno, 1980: 339-431).

Una postura similar asume en Costa Rica Llobet, quien en lo que interesa apunta:

...si se observan las consecuencias mencionadas con respecto a la prisión preventiva, se verá que en general las mismas son compartidas con la pena privativa de libertad, la que ha sido fuertemente criticada desde la perspectiva criminológica y penitenciaria como una pena cruel y criminógena. (...) las mismas razones para que la pena privativa de libertad sea la última alternativa, reforzadas fuertemente por la diferencia que existe entre el status de aquel que ha sido condenado y el que está protegido por la presunción de inocencia, llevan a que la prisión preventiva debe ser la última ratio y a que deban buscarse alternativas a ésta... (Llobet, 1999: 32-33).

La prisión preventiva coloca al imputado como un simple medio para la consecución de un objetivo estatal: la realización de un proceso y si la idea del Poder Judicial que tenemos es la de aquel "...cuyo fundamento filosófico y doctrinario gira alrededor de la idea de humanizar y democratizar la administración de justicia penal..." ciertamente encontramos un serio problema de aplicabilidad de la figura.

No obstante lo dicho hasta aquí, es cierto que el legislador costarricense previó la prisión preventiva como una medida cautelar. Así, en el Código Procesal Penal que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 1998 se establecen los requisitos bajo los cuales es procedente esta medida cautelar, en los numerales del 238 al 244 y aunque no se hace una definición, sí se indica de manera expresa que sólo puede aplicarse cuando sea indispensable. Algunas obras estudiadas coinciden en que el encierro cautelar encuentra su fundamento en el artículo 37 constitucional<sup>1</sup> y en los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>2</sup> suscritos por Costa Rica.

Sin embargo nuestra posición es distinta, a través de una interpretación extensiva de esos, como de otros numerales podrían derivarse muchas cosas; pero ni la Constitución Política ni los Tratados Internacionales hablan de la prisión preventiva. Lo que creemos es que la práctica ha conducido a instaurar este tipo de medida, por vía consuetudinaria, como resabio de sistemas inquisitivos, en los que primero se condenaba y luego se investigaba, y que por el contrario como fundamento negativo todos los ordinales de cita han servido para limitar a la detención precautoria e intentar así darle un cierto grado de razonabilidad. En realidad, no hay un sustento positivo.

Aclarado el punto, nos encontramos con que el legislador patrio definió la posibilidad de que se aplique la prisión preventiva:

<sup>1</sup> "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 deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas".

<sup>2</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1, 2, 5, 7, 8, 9 y 11); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 9 y 14) y Convención Americana de Derechos Humanos.

...El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o 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); o continuará la actividad delictiva. c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad... (Artículo 239, Código Procesal Penal).

De esta manera se acredita que los requisitos de la prisión preventiva son tres; sin embargo, la discusión de cuáles deberían ser las exigencias para la procedibilidad de la medida no ha sido pacífica; especialmente en lo que se denominan peligros procesales (inciso b: peligro de fuga, peligro de obstaculización y peligro de reiteración delictiva). Winfried Hassemer, cuyo pensamiento compartimos, reconoce como los únicos peligros para el dictado de la prisión preventiva; el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. Su posición queda sentada así:

...Fines de la prisión preventiva sólo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento; posibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de consecuencias penales. Esto justifica los fundamentos de la detención basados en la fuga, peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad, y solo estos... (Hassemer, 1998: 119).

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

(Maier, 1999: 467). Sin duda alguna, la reiteración criminal debería eliminarse pues, con ella lo que se hace es imponer penas anticipadas, ni siquiera por lo que se cometió sino por lo que se es, así una vez más se estigmatiza al imputado, que está de sobra decirlo proviene la mayoría de las veces de los grupos más vulnerables de la sociedad.

Ahora bien, podría especularse, que dentro del espíritu inspirador del Código Procesal Penal de 1998, no se contemplaba al menos en principio la reiteración delictiva como condición para el dictado de la prisión preventiva, ello lo inferimos del hecho de que en la ley únicamente se explican los casos en que proceden los peligros de fuga y obstaculización. Del artículo 239 transcrito se pasa inmediatamente a explicar el peligro de fuga en el artículo 240 y en el 241 se presenta la causal de peligro de obstaculización. Una vez explicados estos dos peligros el Código Procesal Penal hace referencia al procedimiento para recibir prueba en medidas cautelares sin explicar los casos en los que debe tenerse presente el peligro de reiteración delictiva.

Los requisitos del numeral 239, constituyen sin duda, una limitación legal para la aplicación de la detención cautelar en nuestro país. Sin embargo, junto a ellos se ha dicho que hay dos principios que cumplen un rol interpretativo, en un Estado democrático; y que en consecuencia deben ser analizados por el juez al ordenar la prisión preventiva. Hablamos de los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad.

Aunque se ve el principio de inocencia como un límite a la prisión preventiva, hay quienes por el contrario, ven en ese principio el fundamento para rechazar la posibilidad de aplicar, medida de encierro. Y es que en efecto no puede ser de manera distinta, pues como bien lo señalan autores como Ferrajoli y Bornecque no es cuestión de presunción de inocencia, puesto que legalmente el individuo es considerado culpable (Bornecque citado por Héctor y Jérez, 2002: 126). Si el principio de inocencia, por el contrario considera al acusado inocente hasta tanto no se demuestre su culpabilidad mediante una sentencia firme, es absurdo pensar en esa garantía de corte convencional y constitucional para amparar una figura que lo que hace es imponer sanciones sin previa demostración de culpa, aunque claro con un nombre distinto.

En ese sentido, discrepamos de quienes piensan que el principio de inocencia es un criterio limitativo; decir que la presunción de inocencia, en nada contrariaría la existencia de la prisión preventiva (Fernández, 2006: 10) que autoriza su aplicación con fines exclusivamente procesales, en tanto, resulta proporcional el dictado de dicha medida con el fin perseguido con la prisión preventiva, que debe ser exclusivamente ejecutar el procedimiento, es un simple eufemismo, un diríamos, juego de palabras.

Digámoslo claro, si una persona que puede ser punida con una pena de cárcel, luego de dictada una sentencia condenatoria, es antes de esa sentencia enviada a un centro penal, es palmario y ostensible que el tratamiento que recibe es el de culpable, pues está en el lugar al que sólo van los culpables: la prisión. Estamos en presencia simplemente de un balance de intereses, frente al estado de inocencia, se erigen otros derechos y garantías, como el derecho de las víctimas, el acceso a una justicia pronta y cumplida que evite la impunidad, etc.

Creemos en suma nosotros también, que la prisión preventiva puede ordenarse en un Estado que como el nuestro y la mayoría de Estados occidentales u occidentalizados que dicen ser democráticos de derecho, pues su fundamento es la posibilidad de establecer restricciones a los derechos de las personas bajo ciertos supuestos y en el tanto a partir de esas restricciones puedan ejercerse otros derechos (lo que es posible y hasta necesario).

Ahora bien, como en la especie de lo que se trata es de asegurar que un proceso criminal no se vea interrumpido por la ausencia del sindicado o por la obstrucción en la recolección de la prueba a evacuar en un eventual juicio, los únicos peligros procesales que deberían ser tomados en cuenta, son el de obstaculización de la investigación y el de fuga, cualquier otra exigencia será violatoria y abusiva, pues de esa forma la prisión se ordenaría como una pena pura y simple. Todo lo anterior en un apego modelo de respeto al principio de proporcionalidad, que actuaría como el más importante criterio regulador en la aplicación de la prisión preventiva.

#### b. Abuso de la prisión preventiva

Hecho el anterior encuadre teórico de los aspectos doctrinarios más relevantes de la prisión preventiva

y nuestra opinión al respecto (concepto, límites, requerimientos de procedibilidad, etc.) concluimos que en la actualidad, la medida cautelar bajo examen es concebida como un instituto del derecho procesal, cuya aplicación no debe confundirse con las sanciones que fruto de un juicio podría imponérsele a una persona al ser declarada culpable. Sin embargo, lo indicábamos ya, esa naturaleza procedimental; podría empero verse en la práctica judicial empañada; en tanto es harto difícil establecer diferencias ontológicas relevantes entre la cárcel como pena y la cárcel como medida cautelar.

Es generalizada la llamada de atención de juristas en cuanto a la ineluctable rigurosidad que debe llevar el uso de la detención provisional en nuestro medio, porque existe un riesgo latente de que esa naturaleza procesal se distorsione y se ordene la prisión como una pena, cuyos fines son diametralmente distintos; sin embargo aunque exista esa conciencia que por ninguna razón podría despreciarse, pues significa una clara toma de postura sobre los efectos de la prisión preventiva, que no es sino la conciencia sobre la gravedad de que haya individuos presos sin condena (Gamboa, 1988: 111) lo cierto e innegable es que la presencia de seres humanos en condiciones cautelares en cárceles es muy alta, y es la

ejecución adelantada, la inversión de derechos en palabras de algún autor, de todos esos hombres y mujeres.

Por más que, como con acierto opinaba el director del ILANUD, Elías Carranza, doctrinariamente, se haya fundamentado que la prisión preventiva, cautelar o provisoria, no es una pena o una condena, sino una medida cautelar, es evidente que, en lo material, es una pena, en el sentido de restricción de derechos y de infligir un dolor o castigo (Carranza, 1999: 65-77). El principal problema está en que, aunque muchos tratadistas y estudiosos de la ciencia penal han desarro-

llado grandes paradigmas conceptuales sobre la medida de encarcelamiento cautelar y han dicho que la prisión preventiva es excepcionalísima y que debe ser la última opción a las que se recurra, las estadísticas nos presentan un panorama absolutamente distinto.

Hay estudios como los del ILANUD, los del Estado de la Nación o los de investigadores privados (Chinchilla y García, 2003) que dan cuenta de que pese a lo que se dice en la prensa y en algunos círculos informativos, hay un abuso irrefutable de la prisión preventiva en nuestro medio (ver cuadro I).

Las cifras de privadas y privados de libertad sin condena son dramáticas hace 10 años y reflejan que todas las elaboraciones doctrinarias fueron invisibilizadas en perjuicio de un grupo de hombres y mujeres para quienes el Estado no ha sabido ser respuesta. Lo más dramático sin embargo, no son los números de la década de los noventas, lo verdaderamente preocupante, es que esa situación no ha variado de forma sustancial en fechas recientes, como lo acredita el estudio que a propósito realizó el programa Estado de la Nación de Centroamérica y Panamá (ver cuadro II).

**Cuadro I**  
**Total de presos sin condena países de América Latina**

<b>País</b>	<b>Año</b>	<b>Total presos</b>	<b>Presos sin condena</b>	<b>Presos sin condena %</b>	<b>Presos sin condena x cien mil</b>
Argentina sólo provincia de Bs. As.	1993	9427	6186	66	48
Brasil	1994	129169	17086	13	11
Colombia	1995	30131	14748	49	41
Costa Rica	1995	4200	1164	28	35
Chile	1993	21311	12675	59	92
Ecuador	1995	9646	6421	67	54
El Salvador	1993	5576	4270	77	76
Honduras	1995	8554	7741	90	130
Nicaragua	1995	3470	1502	43	33
Panamá	1995	6108	4842	79	182
Perú	1993	18500	12469	67	54
Uruguay	1995	3192	2728	85	86

Fuente: estudio del ILANUD



No podemos negar que comparativamente los números han disminuido, pero no en los porcentajes que se podría esperar de una figura de teórica aplicación excepcional. Bien se dice en el Estado de la Nación que el trato a los privados de libertad muestra serias deficiencias en nuestros países. Una alta proporción de presos sin condena es una denegación de una justicia pronta y cumplida (www.estadodelanacion.org) y como demuestran los cuadros presentados, cuando como en Guatemala el 60% de los privados de libertad no han recibido sentencia o el 50% en El Salvador o el 25% en Costa Rica, la única conclusión a la que se puede llegar es que hay una denegación de la justicia para miles y miles de centroamericanos, y que aunque las armas y los conflictos bélicos se han silenciado en estas tierras, en palabras de Johan Galtung, el padre de la irenología, tal vez no estemos en guerra pero seguimos desconociendo qué es vivir en paz (Rubio, 1993: 47), porque no hay paz cuando las necesidades básicas, como el acceso a la justicia, siguen vedándose para ciertos grupos.

La incongruencia no es sólo, con la dogmática penal, es también con el ordenamiento jurídico internacional y muchas organizaciones de derechos humanos que han propugnado por el uso ajustado y puntilloso de la prisión preventiva. Más aún en el nivel de la Organización de Naciones Unidas, en los órganos que especialmente se ocupan de la criminalidad y la justicia penal, los presos sin condena, han sido una preocupación permanente. Ya en 1957, la Asamblea General adoptó las «Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos», allí se dedica un capítulo especial a establecer las consideraciones que corresponden a este tipo de presos. Y posteriormente, en numerosos instrumentos, se regresa reiteradamente sobre el tema, para alertar a los gobiernos y a los poderes judiciales de todo el mundo que el uso de la prisión preventiva debe ser, realmente, excepcional.

La realidad, por tanto nos pone frente a lo que Luigi Ferrajoli ha denominado el abismo entre realidad y norma: "...existe una brecha entre el de jure y el de facto. La igualdad es una norma jurídica y un valor, no un hecho; tampoco es una aserción, sino una prescripción, lo que explica la distancia estructural entre

**Cuadro II**  
**Total de presos sin condena en América Central**

País	Total privados de libertad	Presos sin condena	Porcentaje
Costa Rica	7,376	1,880	25.5
El Salvador	10,278	5,119	49.8
Guatemala	8,169	4,971	60.9
Honduras	11,898	9,039	76.0
Nicaragua	5,446	1,677	30.8
Panamá	9,864	5,686	57.6

Fuente: estudio del Programa Estado de la Nación.

normatividad y efectividad..." (Ottone, 2007: 8) algo que enhorabuena (porque nos permite entender que el sistema ocupa modificaciones, sobre el que se requiere una seria denuncia y profundización para hallar soluciones) descubrimos gracias a una teoría crítica de los derechos humanos. Lo que se dice y lo que en verdad promueven nuestras sociedades, la mayoría de las veces no es coincidente. En síntesis, la violación flagrante y vergonzosa de derechos humanos es indubitable.

### c. Justificaciones apócrifas<sup>3</sup> de la prisión preventiva

Queremos ahora proponer al lector, un pequeño ejercicio que nos permitirá obtener una idea de cuáles criterios se utilizan para ordenar la prisión preventiva. En el encierro cautelar muchas veces las razones por las que se impone, están muy alejadas de lo que la doctrina ha dicho y los instrumentos legales y supra legales han conceptualizado. En la práctica, aquella es ordenada no porque necesariamente existan peligros de fuga, obstaculización y reiteración, sino porque se estima que el imputado es culpable y debe así enviársele a la cárcel. Desde luego eso no se dice en ninguna resolución y las motivaciones tratan de encontrarse en los requerimientos que la ley prevé, no obstante como veremos a continuación es claro, que las verdaderas justificaciones no están en los peligros procesales, sino en la existencia de una presunción de culpabilidad no reconocida expresamente.

<sup>3</sup> Apócrifo significa oculto o lo que no sale a la luz.



Presentamos cuatro causas tramitadas en el segundo circuito judicial de San José, con una breve explicación de los hechos y luego transcribimos los aspectos más relevantes dados por el juez para ordenar la prisión preventiva:

Caso 1: una persona es abordada por dos sujetos que con armas punzo cortantes lo obligan a entregarles su reloj y unas tenis (Exp. N° 07-001028-275-PE contra A.S.L. por robo agravado).

Fundamentación:

...Es evidente que el riesgo de fuga, con respecto al ahora imputado es inminente y su materialización, solo se impidió gracias a la intervención de la Policía, que en forma efectiva logró la pronta detención del señor Somarribas Luna, quien se encontraba huyendo del sitio, por la presunta comisión de su parte de estos hechos que ahora se investigan. Esta circunstancia justifica, el que se decrete la prisión preventiva en su contra ya que si es puesto en libertad su primera opción será evadir el proceso, por la gran pena de prisión a la que se ha expuesto con sus actos, misma que podría llegar hasta los 15 años de prisión, por tratarse de un robo agravado. La existencia del riesgo de fuga, es clara y debe evitarse suprimiendo la libertad personal del encartado, ya que en el caso contrario se haría sumamente difícil su localización y frustraría la acción de justicia y la aplicación de la ley a este caso concreto: como se explicó supra, se enfrenta a una pena que podría ser de hasta 15 años de prisión, las posibilidades de que dicho castigo, eventualmente se le imponga, son altas, lo que nos hace suponer que de estar libre optaría por no hacer frente a este proceso, especialmente porque su arraigo es débil, en este momento, además, carece de ocupación formal, estas circunstancias, demuestran que el ánimo del imputado no ha sido entregarse ni ayudar a la administración de justicia en la investigación de los hechos que se le atribuyen, lo que nos permite concluir que de ser puesto en libertad lo primero que haría sería fugarse de este proceso. Otro aspecto que justifica la procedencia de la medida de restricción total de la libertad

del imputado, es el riesgo de obstaculización de la investigación, debido a que el encartado ha demostrado ser persona que procede en forma inescrupulosa y agresiva, con el fin de lograr su cometido y conseguir los objetivos que busca en cada caso, de manera que de ser puesto en libertad muy probablemente amedrentaría a los testigos de los hechos, a los ofendidos, o a sus familiares para que no rindan su versión en el momento procesal oportuno o la cambien: riesgo procesal de contaminación de la prueba, que ahora puede suprimirse en aras de garantizar la buena marcha de este proceso y la aplicación de la ley...

Caso 2: un vecino con arma de fuego se presenta a varias casas, amenaza y hace disparos indicando que va a matar a los que encuentre (Exp. N° 07-001059-275-PE contra B.C.C. por amenazas agravadas y agresión).

Fundamentación:

...Sobre este presupuesto, es preciso indicar que únicamente es necesario la observancia de uno sólo de ellos para cumplir con el requisito legal. En el caso concreto, considera este juzgador que se demuestra claramente hasta el momento en los hechos no sólo una actuación del encartado decidida a perturbar la tranquilidad ajena y poner en peligro la integridad física ajena, sino también características de un pobre control de impulsos, escasos frenos inhibitorios y una proclividad a infundir temor en las personas mediante el uso de armas de fuego, merced a los actos de desenfundar el armar, apuntar a los agraviados, dispararle a uno de ellos hacia su humanidad sin intención homicida y amedrentar con la misma arma a otras personas presentes en el sitio y que no tenían nada que ver con el conflicto originado en rencillas personales y aparente descontento por la falta de un oportuno arreglo de una motocicleta, efecto que se prolonga en la psiquis de los ofendidos y de los testigos presenciales hasta varias horas después cuando vienen a denunciar pues todos ellos reiteran que se sienten impotentes y temen seriamente por su vida y la de los testigos presenciales al saber que este sujeto merodea su barrio blandiendo armas de fuego y llegó incluso

a intimidar con el arma a otras personas quienes vieron lo que les sucedió a ellos...

Caso 3: el imputado incumplió las medidas de protección que le impuso un juez de violencia doméstica presentándose a la vivienda de su esposa a quien agredió verbalmente (Exp. N° 07-001087-275-PE contra O.M.S. por desobediencia a la autoridad).

Fundamentación:

...Lo que nos hace concluir que de ser puesto en libertad, él representaría una seria amenaza para ella, poniendo en riesgo su integridad física y mental, por lo que debe suprimirse, en este acto, el riesgo de reiteración delictiva, nótese que en un corto lapso el imputado, luego de haber sido notificado de las prórroga de las medidas de protección el día 12 de este mes, se presentó a la vivienda de la denunciante a inquietarla y amenazarla, ergo, se vuelve a involucrar en un nuevo proceso penal, en calidad de imputado, demostrando su propensión a incurrir en infracciones a la ley y dicha situación debe detenerse, como en efecto se hace. Por lo expuesto, también es evidente, que tenemos presente el riesgo de obstaculizando la investigación. También el imputado fácilmente podría atentar contra la integridad física de la denunciante, si el mismo es restituido a su estado de libertad, por ser un hombre violento, agresivo y adicto al licor, que no tiene consideración ni respeto hacia el ordenamiento jurídico ni hacia las personas, tal y como se desprende de la denuncia, donde se han descrito las acciones que él realizó, como amenazar de muerte a la denunciante y a su madre e inquietar a su pequeña hija de seis años de edad. La medida que ahora se decreta también busca suprimir este riesgo. El otro riesgo procesal que está presente es el de fuga, debido a que el imputado con su propio actuar se ha puesto en una situación jurídica bastante compleja, lo que eventualmente lo hará acreedor de una sanción de prisión, y ello implica la existencia de un altísimo grado de posibilidad de fuga, que también debe evitarse suprimiendo la libertad de tránsito o ambulatoria del encartado en forma absoluta...

Caso 4: el imputado luego de abordar un taxi, amenazando al conductor con un cuchillo que luego utiliza para agredirlo en varias oportunidades. El indiciado huye despojando al ofendido de 90000 colones (Exp. N° 07-00745-275-PE contra J.G.M. por robo agravado y portación ilegal de armas).

Fundamentación:

...De esta manera se puede indicar que existen suficientes elementos de convicción para sostener que el imputado es con probabilidad suficiente autor de los hechos. Se tiene además la denuncia del ofendido en la que manifiesta los hechos y como reconoció al sujeto que lo había apuñaleado haciendo una parada de taxi, perfectamente lo reconocí por lo cual llamé a los compañeros taxistas para que me ayudarán a detenerlo en eso el muchacho me vio y se asustó y comenzó a caminar hacia atrás, a los cinco minutos de persecución entre unos compañeros taxistas y yo logramos acorralar al muchacho, en ese momento el sujeto sacó algo y lo tiró, y luego me di cuenta que lo que tiró fue un arma. Posteriormente llegaron al lugar y lo detuvieron. También existe peligro de obstaculización pues no solo podría atemorizar al ofendido pues el mismo ofendido manifiesta no me cabe duda que este sujeto quería con sus ataques terminar con mi vida dado que de no ser que yo salgo corriendo del taxi, el sujeto hubiese aprovechado para apuñalarme en más ocasiones. Por otro lado existe el peligro de fuga ya que trataría de evadir la acción de la justicia ante la magnitud de los hechos y las eventuales sanciones ya que el encartado es indocumentado, no existe ningún ligamen para que no pretenda desligarse del proceso y huir del país, no cuenta con un domicilio fijo, no se refiere que tenga ningún oficio u ocupación y si bien aún no es posible afirmar que existe reiteración delictiva, al menos existe un fuerte indicio sobre una conducta repetitiva en el transcurso de pocos meses, ya que el encartado salió de cárceles adulto mayor el pasado 2 de febrero del 2007 e indicó que su fecha de nacimiento era 08-12-1989 y que sus padres eran José García Miranda y María Ocampo Miranda brindado

datos falsos, siendo en realidad que nació el 08-12-1988. Así es posible afirmar al menos que se estaba dedicando a actividades ilícitas para apoderarse de bienes ajenos, ocasionando múltiples perjuicios patrimoniales al ofendido, lo cual redundaba en ganancias económicas y un posible medio de vida. En aplicación del principio de proporcionalidad que debe tomarse en cuenta en cada caso concreto, dado que existen motivos suficientes para considerar que participó en el delito acusado, que fue aprehendido en flagrancia con la portación del arma con la cual se cuenta el acta de decomiso 28733 en la que se describe un revólver calibre 38 SPL, modelo 1002, marca F y L serie 05519D...

Estas cuatro sumarias judiciales, que repetimos a riesgo de ser reiterativos, no tienen rigurosidad científica, si reflejan algo que consideramos se da en la práctica forense. No existe un verdadero análisis de los peligros procesales. Toda la fundamentación responde a una suerte de especulaciones del juzgador, que de manera antojadiza supone que los peligros se dan, pero no porque elementos de prueba concretos lo hagan llegar a tal conclusión. Hay un engaño, el razonamiento debería ser “de acuerdo a estas probanzas nos encontramos frente a los peligros a), b) y c)” y no afirmar, que al existir ciertos elementos que vinculan al imputado con el delito, se derivan los peligros, eso no es sino asegurar que como el acusado es culpable se fugará u obstaculizará la investigación; la inversión del principio de inocencia es evidente y el carácter sancionatorio que se le da la medida cautelar no admite discusión.

En resumen, uno de los principios que se asegura actúa como límite a la prisión preventiva (inocencia) es a todas luces vulnerado con la imposición de la figura bajo examen. Lo mismo ocurre con el de proporcionalidad en aquellos casos donde se investigan delitos menores (desobediencia a la autoridad o amenazas) cuyas eventuales penas, permiten no sólo la ejecución condicional (el sindicado no va a la cárcel por un período de prueba), sino además la posibilidad de que la sanción se cumpla durante la prisión preventiva, o peor aún que mediante arreglos que satisfagan a todas las partes (encausado, víctima, Ministerio Público) el proceso concluya sin sentencia habiendo el acusado estado preso.

Mientras los aplicadores del sistema, no comprendan que el derecho penal no posee un sustrato tutelar, sino más bien de absoluta subsidiariedad y que los problemas sociales (como la violencia doméstica) no se resuelven con represión y más violencia (institucionalizada) los ciudadanos estaremos a merced de cualquier abuso, que sin sustento fáctico, lógico y jurídico nos puede conducir a una cárcel.

Con lo indicado no pretendemos, que la prisión preventiva no se aplique, en algunas circunstancias podría ser necesaria; sin embargo lo que consideramos inaceptable es que los jueces ordenen tan gravosa medida, sin una verdadera noción de sus consecuencias, de su conceptualización teórica y por tanto de su excepcionalidad, lo que queda patentado en fallos donde no se hace un análisis profundo, concienzudo y convincente de lo que se está ordenando y en los que a veces ni la forma en como se redacta es objeto de atención y corrección.

## Conclusión

Hemos querido con esta reflexión, abordar dos aspectos que pocas veces se dicen de la prisión preventiva: por un lado el abuso que se da de esta medida cautelar en nuestro medio. Si bien en el nivel centroamericano los índices de Costa Rica son los mejores, todavía siguen siendo altos, si se comparan con los de países europeos y por otro lado la forma en que los jueces justifican su imposición. La fundamentación es lacónica e insuficiente al momento de sustentar los peligros procesales lo que al final desnuda la realidad esto es, la fijación de penas anticipadas.

No podemos permitir que los juzgadores, cuya función es aplicar la ley, se dejen influenciar por ciertas voces que propugnan por un endurecimiento del sistema penal, al punto de que la libertad pública más apreciada: la de movimiento se cercene con tanta facilidad. La ciudadanía por otra parte debe comprender, y en eso quienes estudiamos derechos humanos asumimos la obligación de ser educadores, que un uso desmedido e irresponsable de la prisión preventiva significa más represión para todos, es necesario dejar de creer, ingenuamente, que las penas y las cárceles están diseñadas para los malos, para los delincuentes, para los otros, y entender que un sistema penal arbitrario y represivo representa un

peligro y un severo riesgo para todos, un todos inclusivo, en el que los buenos, los honestos (es decir nosotros) también estamos abarcados. Si en Costa Rica con el mejor promedio de la región centroamericana en fijación del encarcelamiento cautelar las motivaciones son tan criticables lo que estará ocurriendo en el resto de países es simplemente perturbador y angustiante.

Creemos que deben fortalecerse los procesos de modernización de los poderes judiciales, en nuestro país aunque ya se han dado algunos pasos importantes, hace falta avanzar más decididamente en el tema de la oralidad, está demostrado que a mayores solicitudes de prisión preventiva orales menores imposiciones de la medida. En igual sentido es fundamental que el Ministerio Público reciba mayores recursos que le permitan una resolución más acuciosa y expedita de las causas que tramita.

Finalmente, debe llamarse la atención constantemente a los jueces y juezas para que recuerden que la prisión preventiva es la *última ratio* del sistema no la primera ni la única, como con desdicha a veces pareciera ocurrir, sólo así como mencionábamos al iniciar nuestro ensayo seremos constructores de un derecho penal más racional en medio de la irracionalidad y violencia que lo definen.

## Bibliografía de consulta

Carranza, E. (1999, mayo). Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa. *Revista de Ciencia Penales*, N° 16, Año 11, pp. 65-77.  
*Código Procesal Penal, Ley 7594 de 28 de marzo de 1996*. (1996). San José: Publicaciones Jurídicas.

Costa Rica. Asamblea Legislativa. (1989). *Constitución Política de 7 de noviembre de 1949*. San José: Imprenta Nacional.

Estado de la Nación de Centroamérica y Panamá. Recuperado el 1° de abril, 2007 de: [www.estadodelanacion.org](http://www.estadodelanacion.org).

Exp. N° 07-001028-275-PE del Segundo Circuito Judicial de San José contra A.S.L. por robo agravado.

Exp. N° 07-001059-275-PE del Segundo Circuito Judicial de San José contra B.C.C. por amenazas agravadas y agresión.

Exp. N° 07-001087-275-PE del Segundo Circuito Judicial de San José contra O.M.S. por desobediencia a la autoridad.

Exp. N° 07-00745-275-PE del Segundo Circuito Judicial de San José contra J.G.M. por robo agravado y portación ilegal de armas.

Fernández, M. (2006). *Los fines apócrifos de la prisión preventiva en Costa Rica*. Maestría de Administración de Justicia Penal. Heredia: UNA.

Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota.

Ferrajoli, L. (1992, marzo-junio). Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. *Revista de Ciencias Penales*, N° 5.

Galtung, J. (1993). Paz. En: Rubio A. *Presupuestos teóricos y éticos sobre la paz*. Granada.

Gamboa, V. (1988). *Repercusiones sociales y económicas de la prisión preventiva en el imputado y la familia*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Universidad de Costa Rica.

Hassemer, W. (1988). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Héctor, M. y Jérez, L. (2002). *Prisión preventiva: condiciones prácticas de operatividad*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Universidad de Costa Rica .

Llobet, J. (1999). *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal y la Ley Penal Juvenil*. San José: Investigaciones Jurídicas.

Maier, J. (1999). *Derecho Procesal Penal Argentina*. Tomo I, volumen A. Buenos Aires: Hammurabi.

Muñoz, F. y Moreno, V. (1980). *La prisión provisional en el derecho español. La reforma penal y penitenciaria*. Madrid.

Ottone, E. (2007). *Cohesión social y sentido de pertenencia en América Latina*. Santiago: ONU.

