

Las medidas cautelares de carácter personal en materia penal notas sobre aspectos prácticos

*Alejandra Rojas Calvo
Ricardo Madrigal Jiménez¹*

Resumen

Es necesario en la actualidad fijar una apreciación objetiva referente al dictado de la prisión preventiva como de las medidas menos gravosas, propiamente al estudio individual que realiza la persona juzgadora del caso particular de cada persona imputada. Dicho estudio incide en el análisis que debe realizar la persona juzgadora, tomando en cuenta que las medidas cautelares o de coerción son los medios para lograr los fines del proceso. Como regla de principio, estas no persiguen un fin en sí mismas, sino que son un medio para lograr otros fines propios del cauce normal de la sumaria. Se caracterizan por no poderse mantener más allá de las condiciones que le dieron origen, las cuales tienen un carácter preventivo, lo que determina que bajo ningún concepto puedan ser tomadas como una pena anticipada.

Cabe destacar que todas las medidas cautelares serán estudiadas por la persona juzgadora a solicitud de parte, sea, el o la fiscal en el caso particular, ya que no es posible que se dicte, por ejemplo, una medida de prisión preventiva sin la motivación inserta en la solicitud, así también deberá coincidir el requerimiento con las formalidades para el dictado de la prisión preventiva. En este sentido, debe establecerse por parte del o de la petente que existe un grado de probabilidad de que la persona imputada sea la posible autora o partícipe de los hechos que se investigan, y arribe a esta conclusión en forma razonable, partiendo de elementos de convicción suficientes que denoten por medio de un elenco indiciario una sospecha probable, ya que a esta etapa procesal no puede dilucidarse un grado de certeza, sino meras presunciones. Concatenado a lo anterior, debe reunirse el grado de probabilidad a los peligros procesales, en caso de que no exista el grado de probabilidad, resulta innecesario continuar con el abordaje de peligros procesales. Habiendo obviado lo anterior, debe observarse si se tienen los peligros latentes de fuga, reiteración delictiva y obstaculización, vislumbrando que solo se necesita uno de estos riesgos para el dictado de la prisión preventiva.

Debe valorarse también si la eventual medida de prisión preventiva es proporcional y razonable o, por el contrario, pueden dictarse medidas distintas de la prisión preventiva siempre y cuando las mismas presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente por medio de medidas menos gravosas como lo es el arresto domiciliario, la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, la obligación a no comunicarse con alguien, vivir o alejarse de determinado lugar y la

prohibición de salir sin autorización del país. Dentro de las reales, se ubican aquellas tendientes a rendir una caución o la inmovilización de un bien.

Introducción

El tema de las medidas cautelares en materia penal históricamente no es considerado como un punto medular dentro del estudio general del derecho procesal de la materia; pero evidentemente se trata de una de las valoraciones más importantes en el proceso penal, donde la jurisprudencia y el criterio de la persona juzgadora (sin que con ello llegue a sostener rasgos de arbitrariedad) son preponderantes.

Hace más de veinte años, el Instituto Latinoamericano para la Prevención y el Tratamiento del delincuente (Carranza, 1983) evidenció el problema de las personas presas sin condena en América Latina y la necesidad de la celeridad en el proceso cuando una persona afrontaba la medida cautelar más enérgica del ordenamiento. Un problema medular y sumamente importante y que no se debe olvidar, es que cualquier medida por insignificante que parezca genera un perjuicio en la esfera personal del imputado y de la imputada, debiendo gozar en la debida promoción del proceso más ágil que resulte posible.

Al margen del tiempo del proceso, existe otro tema tan bien relevante, consistente en la complejidad de las valoraciones que lleva implícito una medida cautelar. Este pequeño artículo, sin pretender generar un agotamiento temático, pretende exponer algunos aspectos prácticos de mayor relevancia sobre el tema, procurando generar un poco de homogeneidad en un tópico que por demás es difícil conseguir ese cometido. Reiteramos que habrá temas que de manera directa se han procurado no analizar, pues escapan a las consideraciones prácticas que hoy nos llevan a escribir estas líneas.

El tema se abocará únicamente en la realidad nacional y sobre la base de la aplicación del Código Procesal Penal, sin perjuicio de aprovechar alguna jurisprudencia de la legislación anterior en cuanto se mantenga vigente. Para cumplir el cometido, se ha dividido el trabajo en cuatro partes, a saber: lo referente a los aspectos generales, aquellos aspectos sobre los requisitos de las medidas cautelares, el tema de los peligros procesales y los presupuestos finales. Reiteramos que el artículo, lejos de ser un agotamiento temático, pretende poner el tema sobre la mesa como base de discusión para futuras investigaciones. Igualmente, en aquellos aspectos donde no existe un pleno acuerdo, se procurará generar una postura, sin que ello implique que se ha llegado a un pleno nivel de acuerdo, sino que debe mantenerse a nivel de sugerencia.

Consideraciones Generales

Las medidas cautelares o de coerción son aquellas injerencias legítimas de la autoridad jurisdiccional en los derechos fundamentales y son instauradas como medios para lograr los fines del proceso (Badilla, 1998, p. 7 y ss). Sobre ese marco tenemos ya el primer

elemento básico, sea que desde el punto de vista subjetivo solo puede ser adoptada por un juez o una jueza de carácter penal de la República, dejando por fuera la posibilidad de que la conducta sea desplegada por otra persona actora de la justicia penal. Como regla de principio, estas no persiguen un fin en sí mismas, sino que son un medio para lograr otros fines propios del cauce normal de la sumaria. Se caracterizan por no poderse mantener más allá de las condiciones que les dieron origen. Recuérdese al respecto que estas se adoptan durante la tramitación general del expediente, de allí su carácter preventivo, lo que determina que bajo ningún concepto puedan ser tomadas como una pena anticipada.

Surge en consecuencia, una primera pregunta: ¿qué sucede cuando la medida es impuesta para un fin, pero por acto deseado o no, se desvirtúa? Sobre lo cual, deben generarse dos posibles respuestas lógicas. La primera solución obvia podría implicar el levantamiento inmediato de la medida; la otra opción podría ser conminar a la representación fiscal a que disponga los actos correspondientes para el avance de la sumaria. Recuérdese al respecto que el responsable de la investigación es el órgano fiscal (artículos 62 y siguientes con relación a los numerales 289 y siguientes del Código Procesal Penal), y mal haría la autoridad jurisdiccional en suplir su función, lo que lleva implícito ordenar la realización de pruebas en concreto, salvo en los supuestos de prueba a favor de la persona imputada que no está siendo evacuada por negligencia fiscal.

Es evidente que la fijación de plazo no resulta ser el instituto aplicable, pues de la mera redacción de la norma del artículo 171 del Código de rito, tal tipo de disposición debe ser gestionado por la parte; aunque naturalmente, en caso de ser solicitada, la misma resultaría procedente en ese supuesto. En ese marco, nos inclinamos por un híbrido con claro énfasis hacia la segunda opción por varios motivos. Así, la desidia particular de una persona funcionaria no podría traer al traste con el ejercicio de la facultad punitiva del Estado en cuanto la misma es legítima. Además, si las medidas, como se verá posteriormente, responden a peligros procesales, resultaría contrario no proteger el peligro que se ha detectado. Así a manera de ejemplo, es posible conminar a la representación fiscal e, incluso, establecer plazos breves de vigencia para el cumplimiento de tales cometidos.

En caso de que se mantenga la situación, habría que disponer el levantamiento de la medida, sin perjuicio de las denuncias disciplinarias que resultaran procedentes, sin dejar de lado la posibilidad de disminuir la medida ante el perjuicio que ha sufrido la persona imputada por aspectos que no le resultan endilgados, en los supuestos que resulte procedente.

Una primera clasificación es lo referente a las medidas cautelares de carácter real, con respecto a aquellas de carácter personal (Hsiang, 2008, p. 7 y ss). Una aclaración evidente es que las primeras no tienen relación alguna con las medidas cautelares de naturaleza civil que puede promover la autora o el actor civil en beneficio de su condición, las cuales en cuanto a su regulación (nuestro Código Procesal Penal) son ambiguas, básicamente remitiendo a la regulación civil (artículo 264 del Código). Con las medidas de coerción

personales penales se busca restringir la libertad de movimiento de la persona encartada y se les aplica a las personas. Con las reales se quiere resguardar y cuidar los bienes sobre los cuales se ejecutaría una posible multa o indemnización o garantizar que la persona procesada no se sustraiga del juicio, así como aquellas que evitan la consumación del ilícito.

El abanico de medidas coercitivas personales que presenta el código van desde la prisión preventiva (incluyendo el arresto domiciliario), la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, la obligación a no comunicarse con alguien, vivir o alejarse de determinado lugar hasta la prohibición de salir sin autorización del país, advirtiendo que la lista es meramente enunciativa.

Dentro de las reales, se ubican aquellas tendientes a rendir una caución o la inmovilización de un bien. Se debe precisar que el numeral 244 del Código Procesal Penal establece una lista de medidas cautelares no privativas que, sumadas a la medida privativa de libertad (regulada a partir del 239 y siguientes), constituyen el elenco principal, pero no agotan el tema, en cuanto a que la persona legisladora no previó un sistema de *numerus clausus* sino *apertus*, señalando las medidas más evidentes, pero sin agotar los supuestos.

La regulación procesal no establece una relación entre el tipo de delitos o de instancia con respecto a las medidas cautelares que podrían imponerse, aun cuando la jurisprudencia pareciera inclinarse por reservar la medida privativa de libertad hacia los delitos de acción pública, lo que resulta lógico en virtud de que son los que protegen los bienes jurídicos más relevantes de la convivencia en sociedad.

Como principios rectores generales, en la materia es posible señalar, al menos, el principio de motivación, el principio de legalidad, el carácter *intuitu personae*, el principio de defensa, el carácter de temporalidad, el carácter no oficioso y, naturalmente, el principio de inocencia, los cuales se analizarán por separado en los próximos párrafos, advirtiendo que su existencia no es meramente pedagógica, sino que presentan aplicación práctica en todos los casos.

Un primer y básico principio en materia de medidas es el de motivación, según el cual todo acto versado sobre esta materia debe presentar su debida fundamentación, tanto fáctica como jurídica (Aguilar, 1995). El acto desmotivado por su misma naturaleza se torna en ilegítimo, pues impide el control sobre los fundamentos que lo determinan. Al respecto, resulta básico lo señalado por el numeral 142 del Código Procesal Penal que dispone esa situación como máxima del proceso, y genera como efecto jurídico la nulidad de la determinación.

Un segundo principio en la materia es el de legalidad, entendido este como el sometimiento de la autoridad judicial a aquello que está normado por la persona legisladora, en la medida que dichas personas funcionarias (al igual que las restantes) son meras depositarias del

poder público a ellas entregada (artículo 1 del C.P.P). Esto determina que las medidas solo pueden ser impuestas en los términos y condiciones señalados por el marco de legalidad.

Así, a manera de ejemplo, ha ocurrido que el Ministerio Público solicita la homologación de medidas cautelares ya negociados con su contraparte sin tomar el mayor cuidado en verificar o exponer la totalidad de los requisitos para ese tipo de gestión, lo que no resulta viable. De tal manera, el acuerdo entre partes, es por sí intrascendente (aun cuando podría ser indicativo de que probablemente se cumplen todos los requisitos de estas), pues el ordenamiento hasta ahora no permite la imposición de medidas en tal supuesto, sin perjuicio de que en algún momento podría estar regulado de tal manera.

En el mismo sentido, se debe recordar que la medida es por antonomasia de carácter personalísimo, así define condiciones y obligaciones hacia una persona en específico, sin poder trascender a terceras personas (ver al respecto Elizondo, 1994). No resulta posible su delegación o transferencia de ninguna forma, por los alcances directos de su actuar. Se han generado consistentemente argumentos que hacen ver que debe aplicarse una medida semejante a otra persona imputada perseguida en semejantes condiciones, lo que por demás es una falacia, pues ordinariamente existirán criterios diferenciados entre una y otra persona imputada.

En cuanto al principio de defensa, como es conocido, es parte del debido proceso y es la base sustancial de un ordenamiento democrático liberal (ver Jiménez, 1999). Si bien, la regulación legal que presenta el ordenamiento jurídico patrio va orientada a considerar una solicitud justificada para imponer medidas y el juez o la jueza de la materia penal correspondiente (según la redacción de los numerales 239 y siguientes), la jurisprudencia constitucional nacional realizó un avance sobre la materia, con sus correspondientes tamicos.

En los primeros años de regulación normativa, lo normal era que la defensa fuera escuchada prácticamente hasta el recurso de apelación vía artículos 441 con respecto, al 256 del mismo cuerpo legal, pues el juez o la jueza es de garantías en beneficio de la persona imputada y de las partes, sin perjuicio de que el plazo para resolver la gestión sea muy breve, lo que impedía otorgar una audiencia escrita y esperar la posición de la persona defensora.

Esta situación determina que si bien el Código de rito fijaba un plazo especialmente breve por cierto es que no dejaba de ser un tiempo importante que una persona estuviera privada de libertad sin haberse escuchado a la defensa, siendo este el fundamento de la postura constitucional.

Así para imponer una medida cautelar, es imperativo otorgar audiencia a la defensa, lo que lleva aparejado la necesidad de una vista oral (programada con lapso de horas y a veces de minutos) a fin de escuchar los argumentos de tal parte. La existencia de la vista es la regla

en la materia, salvo en aquellos casos que, por condiciones especiales, no pueda realizarse –como podría ser el supuesto del turno extraordinario donde no solo hay carencia de salas de juicios para realizar la diligencia, sino también que la realización de la diligencia concentrada impediría otorgar el servicio con respecto a las demás personas usuarias– al extremo incluso que resulta procedente el hábeas corpus en los supuestos donde se adopte la determinación sin cumplimiento de tales requerimientos.

Naturalmente, si la persona defensora se niega o se ausenta de la diligencia, la jueza o el juez deberá procurar su reemplazo de manera inmediata; pero si no fuera posible, deberá conocer de la gestión aun en ausencia de la persona defensora, por el carácter perentorio. Ese abandono deberá ser comunicado al Colegio de Abogados y Abogadas para su correspondiente sanción disciplinaria al amparo del artículo 105 del Código Procesal Penal, salvo que exista una debida justificación. La determinación oral es la tónica en la materia, sin perjuicio de poder realizar alguna constancia escrita del “Por tanto”. (Voto 2009-1922 de la Sala Constitucional).

Debe tenerse en cuenta que no es sino hasta la declaración de la persona imputada, cuando la representación fiscal aprovecha para solicitar medidas, la defensa conoce de los elementos de prueba en contra de su representado o representada y, eventualmente, podría especular sobre los peligros que podrían invocarse. Sumado a que la gestión totalmente oral obliga a conocer de la solicitud en el mismo momento, con sus correspondientes motivaciones, bien podría generarse alguna posición de desventaja para la defensa; básicamente en la imposibilidad de traer testigos o documentos que podrían debilitar la causa contra su representado o representada o los peligros del proceso.

Sin embargo, evidentemente, el escenario actual es mil veces mejor que el vigente anteriormente. Se debe advertir, como regla de principio, que la presentación escrita de la posición de la defensa no exime de la vista oral, salvo cuando se trate de una medida cautelar ya negociada entre las partes, posibilidad que si bien no resulta la mejor opción, al menos resultaría manifiesto que no se trata de un abandono. Se debe señalar que por el carácter oral de la diligencia, si la persona imputada quiere indicar algo a su favor o, incluso, en contra (previas advertencias constitucionales sobre la materia), dichos aspectos podrán ser valorados (Witmann, 1994).

En lo que se refiere a la prórroga de la medida en el Código, se consideró como una gestión directa entre la persona juzgadora y el Ministerio Público, sin perjuicio que ordinariamente la defensa presentaba gestiones en los días previos al vencimiento y solicitaba una vista o al menos acreditaba argumentos que debían valorarse a la hora de conocer de la prórroga de la medida.

Posteriormente, durante el año 2008, al amparo de los alcances de la oralidad ya señalada para esta materia, se consideró que resultaba imprescindible la mencionada vista. Luego la Sala Constitucional atemperó dicho criterio y señaló que resultaba necesaria solo en

aquellos supuestos donde se fueran a discutir elementos nuevos a juicio de cualquier de las partes. Se debe advertir que el voto 2009-2713 del tribunal constitucional presenta una incoherencia en el razonamiento, pues toda prórroga de medidas por su misma naturaleza acredita un elemento sobre el cual la defensa considerará imperativo pronunciarse, a saber, el plazo de esta que como tal lleva una directa relación con el tema del principio de proporcionalidad.

En sana teoría, debería interpretarse que el punto que genera los nuevos elementos que se van a considerar deben versar sobre temas diferentes al mero plazo de la medida, por lo que la defensa debe estar atenta con respecto a requerir vista oral en el supuesto que considere que tiene algún aspecto ofrecedor para evitar la prórroga de la medida. No es de omitir que bajo las reglas de oralidad impulsadas por el mismo Poder Judicial, es preferible discutirla en vista oral como mecanismo para asegurar escuchar a todas las partes y no limitarse con la gestión de la representación fiscal.

En cuanto al carácter de temporalidad, como se ha venido sosteniendo, la medida cautelar por su misma naturaleza es un medio y no un fin del proceso; además, lleva implícito la lesión de algún derecho fundamental de la parte. En ese marco, el proceso no puede estar abierto indefinidamente en perjuicio de los derechos de la parte. Por el contrario, aunque los plazos de prescripción puedan ser mayores, la existencia de una medida lleva implícito la necesidad de actuar con la mayor diligencia posible.

El Código de rito presenta el gran defecto que solo regula un plazo máximo con respecto a la medida privativa de libertad, y deja sin regulación las restantes medidas. En este caso, el plazo se fija en un año conforme con el numeral 257, inciso c) del cuerpo legal, el cual se amplía al doble cuando se presenten las circunstancias de tramitación compleja (artículos 376 siguientes del Código). También existe un plazo adicional de un año a determinación del Tribunal de Casación Penal (que se incrementaría al doble en el caso de tramitación compleja).

Aun cuando existen supuestos donde es previsible que la persona imputada debe estar privada de libertad hasta el dictado mismo de la sentencia o sus recursos, la lógica misma determina que son muy pocos los presupuestos donde es viable considerar una medida privativa de libertad por todo el proceso desde el inicio. Por el contrario, la prudencia determina que deberán ser plazos pequeños y necesarios para el avance de la sumaria, inicialmente para confirmar el elemento de probabilidad (a considerar en líneas posteriores), además para satisfacer el nivel para concluir la etapa preparatoria, y así sucesivamente.

En el caso de la medida privativa de libertad, la norma del artículo 253 dispone que vencido el primer término, deberá realizarse una revisión oficiosa (ordinariamente de manera escrita) a fin de constatar si los presupuestos que la determinaron siguen vigentes, y se modificará de igual manera en caso de ser necesario (voto 2008003923 de la Sala

Constitucional). El incumplimiento de esa revisión no presenta efectos en el proceso como tal, sino de carácter disciplinario para el juez o la jueza responsable.

Se debe señalar que la revisión no necesariamente deberá practicarse en la fecha exacta del vencimiento del trimestre ya expuesto, sino que es viable realizarlo algunos días antes o incluso después, siempre y cuando sea en fecha cercana al cumplimiento. Además se debe precisar que por ese efecto extraprocesal, no resulta ser una prioridad para la representación fiscal, sino para el juez o la jueza responsable de la persona privada de libertad, lo que lleva implícito que sea el juzgado el llamado a requerir el expediente para cumplir con esta obligación. Esa situación forma parte de los controles que deberá llevar el despacho. Evidentemente, si el plazo originalmente señalado es tan solo de tres meses, la revisión no sería necesaria, pues al conocer la prórroga, se estaría realizando automáticamente la revisión. Por último y no menos importante, es que después del primer trimestre, la autoridad judicial podrá realizar la revisión en el momento que detecte que las circunstancias han cambiado, lo cual puede ocurrir de oficio o a instancia de parte conforme con la misma norma.

Por otro lado, parece que en las medidas no privativas de libertad, por principio de proporcionalidad sería el doble del antes señalado en virtud de que el nivel de afectación es inferior; no obstante, hay varias aclaraciones. La jurisprudencia patria ha permitido fijar medidas no privativas sin ningún plazo, sino supeditado a la tramitación general de la sumaria, lo que de manera general nos parece incorrecto por el nivel de inseguridad que presenta la persona imputada. Recuérdese al respecto que cualquier medida por más leve que podría pensarse lleva implícito una restricción de un derecho fundamental y, al dejarlo abierto indefinidamente, podrá ser desde la óptica administrativa la mejor decisión, pero en el carácter de juez o jueza de garantía que presenta cualquier autoridad jurisdiccional es la peor opción de todas. Además, el referido plazo del doble de la privativa de libertad no ha sido aceptado por la jurisprudencia, permitiendo que la determinación supere dicho plazo.

No puede dejar de señalarse tanto en este tipo de medidas, como en aquellas que resultan privativas de libertad, la jurisprudencia ha llegado a señalar que por sí no resultan perentorios sino ordenatorios, de tal suerte que las fundamentaciones que le dieron origen a la medida se mantengan, esta puede prorrogarse aun superando el plazo referido en caso de resultar necesario. Al respecto, podemos aceptar el razonamiento jurisprudencial, solo en aquellos casos en que por su nivel de complejidad y aun actuando la representación fiscal con la mayor diligencia, resulte inviable cumplir el tiempo, pues de lo contrario, debería levantarse la medida al constituir pena anticipada.

Como se ha venido sosteniendo, las medidas cautelares llevan aparejado un menoscabo temporal a algún derecho fundamental de la parte afectada y, bajo esa tesitura, su condición es exclusivamente excepcional. El numeral 9 del Código Procesal Penal costarricense regula la situación con respecto a la medida privativa de libertad; pero en una

interpretación coherente de la disposición, ese principio se aplica no solo a tales medidas, sino también a cualquiera de ellas en cuanto le genera un detrimento directo a algún derecho.

Uno de los últimos principios es el carácter no oficioso de la determinación, lo que lleva implícito que una parte lo debe gestionar. En virtud del monopolio del ejercicio de la acción punitiva del Estado, asignada por competencia al Ministerio Público, le corresponde a este órgano requerir cualquier medida cautelar dentro del proceso penal. Evidente es que al margen de los diferentes requisitos de la gestión, resulta imperativo que se solicite una medida en concreto tanto en su contenido como en tiempo (Fernández, 1998). Resultando vedado dejar la determinación en la prudencia de la persona juzgadora quien no podría suplir la voluntad de la parte sobre ese aspecto.

Ahora bien, asegurar que la competencia corresponde al Ministerio Público como manifestación del monopolio de la actividad represiva del Estado y, por qué no, como un tema de política criminal, lleva implícito que la víctima no presenta tales facultades. Eso no quiere decir que no tenga el derecho a ser citada a la vista donde se define el punto e incluso, a externar su opinión en uno u otro sentido. Asegurar lo contrario sería una expropiación que, en los últimos años, ha sido objeto de constante crítica. Evidentemente, su presencia no es obligatoria para la realizar válidamente la actividad.

Por su parte, la persona actora civil presenta un interés tangencial en el asunto, por lo que no es ni siquiera necesario citar, aun cuando se puede escuchar en la diligencia (Salazar, 1986). La discusión se torna más delicada con respecto al o a la querellante, a quien la norma del artículo 80 del mismo cuerpo normativo le otorga los mismos derechos y facultades de la representación fiscal. No existe una norma que regule el tema de manera taxativa (como sí existe en el derecho comparado como en el caso de República Dominicana). Naturalmente, en los delitos de acción privada, evidentemente la gestión le corresponde ante la inexistencia absoluta de la representación del órgano acusador del Estado.

La pregunta que debe hacerse es qué ocurre en los restantes supuestos, bajo dos modalidades, cuando la querella concurre con una acusación del Ministerio Público y los supuestos donde este último órgano considera que procede una desestimación o un sobreseimiento y la parte considera lo contrario. La jurisprudencia se ha tornado dividida, en muchos casos han optado por sostener la abierta participación de la persona querellante y, en otros, por el contrario, sostienen la imposibilidad de requerir tal tipo de medidas. Pareciera que cuando existe contraposición, al menos debería escucharse, pues en efecto se trata de una parte del proceso y no una mera coadyuvancia.

Personalmente, nos inclinamos a sostener la primera posición, pues lo contrario le impediría ejercer adecuadamente las facultades para representar plenamente el ejercicio de la acción punitiva. Aunque reiteramos que el tema no es del todo feliz en cuanto a su

nivel de intersubjetividad. No puede omitirse que la gestión no garantiza la aceptación que corresponde a un acto de imperio propio de la persona juzgadora. Esta última de oficio – con mayor razón a gestión de parte– puede reducir la medida en cualquier momento, pero nunca puede incrementarla. A contrario sensu, si durante la tramitación de la sumaria el requirente informa su carácter innecesario, la misma debe levantarse. Otorgar más allá de lo requerido es transgresión manifiesta al principio de negación de la “ultra petita partium”.

Cabe recordar que la medida cautelar se da durante la tramitación de un proceso que pretende acreditar la posible culpabilidad de una persona con ocasión de hechos presuntamente delictivos o eventualmente acreditar su inocencia (Cersósimo, 1999). En ese marco, la persona investigada no es culpable de ninguna conducta, tan solo está siendo investigada (y como se verá, existe algún nivel de probabilidad, pero nada más).

El marco general de los derechos fundamentales determina que una persona se tiene por culpable de haber cometido un delito hasta tanto un tribunal competente lo determina, sea que nunca puede ser presumido de esa manera, y cuando se llegue a esa etapa, ya no estaríamos en etapa para fijar medidas, sino del cumplimiento de la pena impuestas (por lo que carecería de sentido hablar de medida cautelar). Tal condición determina que la persona imputada, en ese momento, se presume inocente a todos los efectos, lo que nos lleva como consecuencia al tema de los requisitos de estas.

Requisitos elementales de las medidas cautelares

El ordenamiento en una deficiente clasificación permite determinar la existencia de requisitos y presupuestos para considerar la existencia de medidas, lo que obliga a realizar importantes aclaraciones. Los requisitos refieren a requerimientos generales básicos para cualquier medida, de tal suerte que la inexistencia de alguno de ellos impide considerar la imposición de estas. Los presupuestos o, incluso, los supuestos, requieren categorías alternativas, de manera que podría presentarse alguno de ellos o todos, de tal forma que basta la presencia de alguno de ellos para que sea posible su imposición, al margen de la necesidad y la proporcionalidad con respecto al supuesto o peligro que se logre ubicar. De esa manera, es vital realizar el análisis en dos niveles, primero el de requisitos y luego el de supuestos o peligros.

La Sala Constitucional en el voto 3611-94 (siguiendo a su vez a Jiménez de Asúa, 1963, p. 931 y ss), a su vez retoma la doctrina germana en la materia; ubica como requisitos el tema de la tipicidad, el nivel de probabilidad suficiente y que la conducta esté sancionada con pena privativa de libertad. En este caso, debe considerar cada escenario por separado. Sobre la tipicidad, el artículo 239, inciso a) refiere que debe existir presunción razonable que la persona es “[...] autor de un hecho punible o participe de él”.

Si bien la norma está redactada sobre el tema de la probabilidad suficiente, esta debe ser en atención a un posible ilícito y no de una conducta lícita. Tal aseveración nos lleva a la consecuencia necesaria que para considerar una medida cautelar es imperativo que la representación fiscal exponga un cuadro fáctico objeto de investigación que razonablemente encuadre en algún tipo penal. Esta descripción debe incluir la mayor cantidad de elementos de ubicación de modo, tiempo y lugar que se hayan recabado hasta aquel momento para permitir verificar el encuadre. Así la calificación formal otorgada en ese análisis es meramente orientativa, pues por encontrarnos en etapas iniciales del proceso, la misma puede variar, pero al menos debe tipificar en aquel momento.

Una conducta atípica impide considerar una medida cautelar, pues resultaría imponer una restricción a un derecho fundamental cuando ni siquiera soporta el nivel mínimo de análisis (Castro, 2007). Naturalmente, ese cuadro fáctico no limita a la representación fiscal, quien puede ampliarlo, adicionarlo o, incluso, limitarlo durante la investigación; pero la medida debe estar fundada en cada momento en la existencia de alguna tipicidad. Se trata de un análisis previo sobre ese tema y considera elementos básicos (que posteriormente –en la tramitación de la causa– deberían ser ampliados) sobre el tema de la culpabilidad o reprochabilidad.

Se debe precisar que si la discusión se funda en este punto, la defensa podrá aportar elementos fácticos no expuestos por la representación fiscal y la persona juzgadora podrá cuestionar si hay bases para considerar que esos elementos fácticos existen o no, evidenciando en caso de que exista ficción de la defensa a la hora de cuestionar el encuadre del Ministerio Público.

El segundo requisito es lo referente al nivel de probabilidad suficiente que nos refiere al tema de los indicios (voto 2006-291, Sala Tercera). Una primera distinción es que no es lo mismo hablar de indicios que de pruebas. Una de las grandes diferencias entre el anterior Código de Procedimientos Penales con respecto al actual Código Procesal Penal radica en que en la primera en etapa de investigación, se recaban pruebas en el sentido formal, tal es así que podrían traerse al debate declaraciones rendidas en esta etapa. En el actual sistema, esa posibilidad no resulta viable en virtud de que la representación fiscal recaba indicios probatorios que a la postre pueden sustentar una prueba, pero no necesariamente.

Así una entrevista de un o una testigo, tamizada frente un contradictorio, puede convertirse en una prueba estéril o contraria a la misma parte que la ofreció. Incluso, las pruebas técnicas como un peritaje podrían no ser tan contundentes como en un inicio parecían. La presencia de la defensa y el rol que juega en el contradictorio son vitales para constituir una prueba en el modelo penal.

Recuérdese también que, en materia de testigos, antes se recogía una declaración formal y ahora es solo una entrevista lo que exige el Código. Incluso para fundamentar una solicitud, en virtud de las limitaciones de tiempo, resulta posible que la representación fiscal haya

recabado información por medios informales como el teléfono, que las invoque en la correspondiente vista, y que se comprometa posteriormente a acreditarlas plenamente. Recuérdesse el principio de objetividad que mueve a dicho órgano del Estado.

El indicio no es certeza, pues esta última surge después del debate, cuando –como se ha sostenido– es innecesario hablar de medidas cautelares. Por otro lado, no es necesario que todos los indicios determinen algo, sino que existen varios orientados en ese sentido, en razón del tipo de delito investigado y las circunstancias del cuadro fáctico en consideración. Puede ser que existan elementos contradictorios a la posición fiscal; pero debe al menos existir una razonable orientación en el caso, todo bajo el tamiz de las reglas de la sana crítica racional. Se trata de un indicio sólido en cierto sentido, pues el expediente está en etapa de investigación.

Evidentemente, cuando se le reste mérito a alguna prueba por ser contraria al razonamiento aceptado por la autoridad judicial, deberán indicarse expresamente los motivos por los cuales presenta esa condición, pues de lo contrario la fundamentación se torna arbitraria y esa exposición permite el control ulterior.

La existencia del indicio se orienta en dos vertientes, por un lado sobre la posible veracidad de los hechos investigados y, en segundo lugar, sobre la participación de la persona imputada. Naturalmente, la primera engloba a la última, pero es conveniente para fines pedagógicos exponerlo por si en algún momento no se cumpliera ese requerimiento.

Nótese que la norma no permite la imposición de medidas a personas que bajo los fenómenos de autoría o participación no presenten vínculo con la actividad delictiva en consideración; lo que sí es permitido en otras legislaciones. Incluso, en una sana teoría podría pensarse en actitudes provocativas de la misma víctima o de personas terceras en el proceso; pero tal supuesto no viene regulado en el ordenamiento patrio. En el mejor de los casos, serían elementos que la autoridad jurisdiccional debe ponderar en el momento correspondiente.

El último de los requisitos viene regulado en el artículo 239, inciso c del mismo cuerpo legal, al establecer que la conducta debe estar sancionada con pena privativa de libertad. Si bien la norma está regulada en atención a la medida privativa de libertad, lo cierto es que se trata de un criterio de proporcionalidad (voto 8959-200 de la Sala Constitucional). Ahora bien, el total de los delitos (en contraposición con las figuras contravencionales) presenta tal tipo de pena, aunque fuera en extremos inferiores. Bastará en consecuencia realizar el análisis con relación directa al tipo penal que se asignó a partir de la calificación señalada por la representación fiscal y la valoración otorgada por la persona juzgadora correspondiente.

Peligros Procesales

Como ya se adelantó, los peligros procesales hacen relación directa a los supuestos donde es posible el dictado de las medidas cautelares, advirtiendo que realizar este análisis lleva implícito haber superado el de los requisitos ya considerado. Además sin satisfacer los requisitos, no tiene ningún sentido entrar a valorar los posibles peligros (Álvarez, 2003). El artículo 239, inciso b) realiza la exposición de estos y señala el peligro de fuga, la obstaculización de la investigación y la reiteración delictiva, y cada supuesto se subdivide en varios. Como peligros del proceso que son, estos presuponen la posibilidad de niveles según el grado de acreditación, de tal manera que a diferencia de los requisitos que están presentes o no, en esta materia hay niveles que individualmente suman para establecer la medida que resulta aplicable al caso concreto, bajo las reglas de proporcionalidad. En igual sentido, basta la existencia de cuando menos algún peligro para considerar la posibilidad de una medida, sin que sea necesaria la existencia de todos.

El peligro de fuga presenta una regulación más exhaustiva a partir del artículo 240 del Código Procesal Penal y básicamente refiere a los supuestos de que la persona imputada presente tendencia a distraerse de la acción de la justicia. La legislación costarricense –al igual que muchas del derecho continental– no permite la realización del juicio en ausencia, al considerarlo denegatorio del derecho de defensa (Garrido, 2004). En ese marco, si la persona imputada no se somete, existe una grave posibilidad de que el proceso no pueda continuar configurando un peligro de suma relevancia. Por su misma esencia, se presupone que los supuestos del peligro de fuga son concretos y no abstractos, pues evocan a las específicas características y condiciones de la persona imputada, aunque como se verá, existen algunos que presentan un carácter abstracto (Hurtado, s. a. p.). Se debe precisar en este mismo orden de ideas que esta modalidad de peligro permite hacer diferencias sustanciales entre personas imputadas perseguidas dentro de una misma causa.

La primera modalidad corresponde a la ausencia de arraigo domiciliario (artículo 240 inciso a), sobre la cual se parte del mismo dicho de la persona imputada a la hora de rendir su interrogatorio. Así el tiempo que tiene de presentar el domicilio puede considerarse un peligro, al igual que el nivel de localización de este. Se debe señalar que la representación fiscal puede aportar elementos de convicción para evidenciar la inseguridad de un domicilio, como pueden ser los supuestos de que las investigaciones policiales indiquen que presenta otra locación o cualquier otro elemento para evidenciar la ausencia de verdad en el dicho de la persona imputada (Badillo, s. a. p.).

Para tales efectos, la zona donde viva la persona imputada (por peligrosidad, incomoda a los efectos de notificación o cualquier otro supuesto semejante) no debería ser un elemento trascendental para considerar el peligro, pues si la zona es peligrosa, esta situación no podría achacársele a ella, sino que es consecuencia de la desidia del Estado en cumplir las

obligaciones en esa materia. Igual situación ocurre con zonas alejadas o incómodas para la Administración de Justicia.

El punto medular para estos efectos es si resultan ciertos la dirección y el tiempo en que ha residido en ella; la primera para poder ubicarla y la segunda en el entendido de que una persona con poco tiempo tendrá mayor disponibilidad a abandonar esa locación para ubicarse en otra que resulte más ajustada a sus intereses. Se trata de una serie de raíces que humanamente se generan con relación directa al tiempo en que una persona ha radicado en un lugar determinado.

Vía jurisprudencial se ha aceptado que, en aquellos supuestos donde la persona no tiene un domicilio (lo que será reafirmado para el tema de la reiteración delictiva u obstaculización de la investigación), existe la posibilidad de que alguna otra persona o incluso la misma persona imputada ofrezca una nueva dirección a satisfacción de la Administración de Justicia. Para tales efectos, puede realizarse a viva voz por parte de la defensa, en declaración de su representado representada por carta o, incluso, por declaración de una persona tercera. Evidentemente, tal posibilidad no suprime el peligro, pues el nivel de arraigo no es alto, pero al menos disminuye la existencia de este. Tal situación determina la posibilidad de atenuar la medida que se va a imponer.

Íntimamente ligado con el arraigo domiciliario, se ubica el arraigo familiar. Así una persona que no presenta parientes en el país acredita un grave riesgo de que lo abandone para unirse con ellos (voto 2007-4853, de la Sala Constitucional). Naturalmente, la medida es más razonable, tratándose de personas extranjeras (sobre lo que nos referiremos más adelante); pero eso no obsta para que personas nacionales carezcan de arraigos en el país.

Al respecto, muchas veces se han invocado y justificado los bajos niveles de seguridad de las fronteras en este tipo de supuestos. En primer lugar, téngase en cuenta que una persona que sale evadiendo los controles migratorios tendría (salvo acciones ilícitas en la otra nación) dificultad para justificar su condición migratoria. Claro está, siempre y cuando no sea oriunda de los países colindantes con Costa Rica (Panamá y Nicaragua), donde todavía resultaría razonable la argumentación. Adoptar tales medidas para evadir la justicia llevaría consigo presumir que tiene una serie de conocimientos para arreglar su condición migratoria en la otra nación. En todo caso, salvo situaciones muy concretas, podríamos presumir que existe la posibilidad de argumentar ese peligro, pero en niveles más atenuados y con consecuentes medidas más débiles, como podría ser la restricción de salida del país. Al final de cuentas, las condiciones de las barreras migratorias son culpa del Estado y no de la persona imputada.

Un tercer supuesto del peligro se ubica en la ausencia de arraigo laboral, entendido este por no tener o presentar poco tiempo de acreditado. La lógica del peligro se sustenta en la dificultad de obtener trabajo en un país como Costa Rica, lo que hace pensar que la gente cuidará su trabajo y evitará hasta donde resulte posible perderlo (voto 2008-006586 de la

Sala Constitucional). De esa manera, cuanto más tiempo haya presentado la misma labor, habrá más nivel de afianzamiento de la persona imputada.

Surge como primera interrogante qué ocurre con respecto a las actividades laborales no supeditadas a un patrono. En cuanto trabajos lícitos por si no deberían ser motivantes de medidas cautelares importantes, salvo por el hecho de que el trabajo presupone la existencia de un punto adicional de ubicación y, si la persona presenta un trabajo itinerante o en general de difícil ubicación, el fin pretendido por la norma no se cumple. Sería miope negar que sobre el trabajo liberal, se distingue entre los y las profesionales liberales con respecto a los trabajos técnicos o carentes de preparación académica. Ahora bien, con respecto al trabajo, rigen las mismas reglas que con el domicilio, con la salvedad de que existen ciertos tipos de trabajo que por su misma naturaleza son más difíciles de consolidar, lo que genera un cambio en el razonamiento. Así un trabajo en el sector público en propiedad corresponde a un arraigo importante aun cuando sea poco el tiempo de consolidado.

El arraigo en el país corresponde a un escenario adicional con respecto al peligro de fuga, consistente en la persona que no presenta ligamen con la nación, sea que esté ligado con la carencia de arraigo familiar o no.

Una aclaración adecuada es la señalada por la Sala Constitucional, al exponer que la mera condición de persona extranjera no es un elemento motivante para considerar la existencia del peligro en consideración (voto 952-90), lo que en sana teoría debería entender que no es motivo suficiente para la medida privativa de libertad; pero sí para considerar medidas en grado atenuado, como podría ser el impedimento de salida del país o que pueda generar medidas más gravosas, si se conjuga con otros peligros.

La falta de arraigo nos refiere a la inexistencia de motivo para permanecer en la nación, como podría ser el caso de personas extranjeras turistas o personas cuyo trabajo y demás condiciones de vida se ubiquen fuera del territorio. En estos supuestos, es lógico considerar que la persona podría tener interés de regresar a esa nación, lo que llevaría implícito evadir la justicia. Desde el plano humano, no puede dejar de indicarse que, en estos supuestos, la situación es compleja, pues el sistema de justicia no presenta un mecanismo de manutención de estas personas; pero las obliga a permanecer en el territorio nacional, aspecto que a la fecha no ha sido resuelto. Existen ciertas conductas que podrían evidenciar un decaimiento del arraigo que puede presentar la persona imputada, dentro de los cuales pueden señalarse las conductas tendientes al abandono del país (tanto de la persona imputada como de su círculo) como podría ser la venta de sus bienes, la tramitación de pasaporte o visa hacia alguna nación (especialmente si no existe la posibilidad de extradición) o la salida progresiva de las personas que conforman el vínculo familiar.

En este mismo marco, es posible ubicar el tema de la persona indocumentada (independientemente de su nacionalidad) a quien en caso de no imponerse medida alguna,

se tendría el problema de su difícil identificación en caso de que se pretendiera evadir la Administración de Justicia. Incluso, resultaría discutible en ese supuesto saber a ciencia cierta si el nombre manifestado o no resulta el correcto, pues si lo pudiera acreditar por otros medios de prueba (como podría ser la prueba testimonial o incluso algún documento que evidencie su posible identidad; aunque no fuera el oficial del Estado o estuviera vencido) cuando menos habría un decrecimiento del peligro.

Si bien, como venimos señalando la determinación de la medida es por antonomasia una valoración por demás compleja, podría asegurarse que la ausencia absoluta de algún mecanismo de identificación configuraría un presupuesto típico donde se orientaría a la más enérgica de estas.

Otra modalidad del peligro de fuga radica en la posible pena que se va a imponer. Este peligro es por demás criticado por la defensa y, que como tal, deben realizarse varias notas. Es evidente que una alta penalidad puede traer aparejado un deseo de la persona imputada para no someterse al proceso, evadiendo la Administración de Justicia.

Sin embargo, se supone que la persona imputada es considerada todavía inocente según lo señalado por los numerales 39 y 41 constitucionales, y si se piensa que puede recibir una pena, se niega dicho estado. Además, se ha señalado que si se debe aplicar ese criterio, la mayor parte de las persona imputadas deberían afrontar medidas y posiblemente, la privativa de libertad en casi todos los casos, pues si consideramos que en los últimos años hemos vivido una tendencia más represiva del Estado, en general es posible ubicar un incremento en las penas efecto de tal tendencia.

La forma lógica de entender dicha norma es que la pena por la mera pena no resulta viable como elemento motivante de la medida cautelar más enérgica (por lo menos), salvo cierto tipo de actividades delictivas que por su misma naturaleza podrían presentar esa tendencia; como por ejemplo, en los casos de delincuencia organizada, donde las persona imputadas forman parte de un grupo (al menor estilo empresarial), y este procurará que no sean juzgadas (como en delitos de drogas por ejemplo) o en cierto tipo de supuestos donde es evidente que hay un menosprecio a los valores de convivencia en sociedad, como en delitos contra la nación (ver folio 145-93 de la Sala Constitucional). Se trataría en consecuencia de un peligro abstracto, salvo en los casos ya señalados, o en los supuestos donde además de este, exista un delito concreto que le sirva de soporte, de manera tal que este peligro sea un elemento más y no el único motivo.

La posible magnitud del daño causado nos hace referencia a un despliegue de conducta que presenta un nivel de nocividad especialmente reprochable. La nocividad no puede surgir del mero carácter ilícito de la conducta, pues en todos los supuestos existiría, perdiendo un carácter diferenciador. Igualmente, se trata de un peligro abstracto donde se aplicarían criterios semejantes a los considerados en el apartado anterior. Evidentemente, al encontrarse todavía en investigación la sumaria al momento de invocar el peligro, tal tipo

de análisis debe ser consecuencia del cuadro fáctico que se está investigando a partir de la descripción realizada por la representación fiscal al momento de requerir la medida, lo que nuevamente determina la necesidad de la exposición de este para que la autoridad judicial pueda realizar la valoración que le corresponde. Así, para que el peligro se configure, tendría que encajar en el supuesto donde la conducta investigada resulte especialmente grave que evidencie un menosprecio a los bienes jurídicos socialmente aceptados, ubicando típicamente en este supuesto los delitos de terrorismo, como por ejemplo.

El penúltimo supuesto refiere al comportamiento de la persona imputada durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse a la prosecución penal, debiendo considerarse que tal situación determina una causal abierta. Dentro de tales posibilidades, se incluye una serie de supuestos de naturaleza eminentemente personal de la persona imputada hasta otras de carácter procesal. El consumo de alcohol o drogas se ha considerado como una causal viable de medidas (voto 670-2000) en cuanto la persona en esas condiciones no presenta frenos inhibitorios adecuados que podrían hacerle tender a evadir la administración de justicia.

Otro de los supuestos normales en este caso es el tema de la rebeldía señalada en el numeral 89 –con respecto al 84 del mismo cuerpo normativo– del Código Procesal Penal, pues si la persona imputada no ha cumplido sus deberes de informar los cambios de locación, al extremo que haya resultado necesario la declaratoria de rebeldía, es lógico pensar la necesidad de dictar una medida más enérgica. Igualmente, dentro de este presupuesto, encajan los casos donde la persona imputada de manera manifiesta realice conductas tendientes a no someterse al proceso, ubicando así la falta de respeto directo hacia las autoridades públicas y otros casos semejantes.

Por último, se debe señalar sobre el peligro de fuga que la enumeración nunca ha sido considerada como taxativa, sino se ha visto como enumerativa, en virtud de que el encabezado del numeral expresamente señala que los supuestos deberán ser “especialmente” considerados sin cerrar el listado (Llobet, 2003, p. 240).

Dentro de los supuestos invocados de manera extraordinaria, se encuentra el tópico de presentar medios económicos suficientes para distraer la Administración de Justicia que como tal debe ser considerado con el debido cuidado, pues asegurar tal posición lleva implícito aceptar que la persona imputada va a sustraer la Administración de Justicia, solo por el hecho de presentar una condición más acomodada que otras personas. Sin embargo, no deja de ser un elemento válido de invocación dentro de otros supuestos o peligros que se deben considerar, naturalmente, bajo ninguna circunstancia podrá ser la motivación para la medida más enérgica.

En el otro elemento extraordinariamente señalado bajo esta modalidad, no solo como incremento de otros peligros procesales, se ubica el tema de la existencia de un nivel de probabilidad superior en directa relación con el avance de la sumaria, y el dictado de la

elevación a juicio es su manifestación más presente, y el sometimiento al procedimiento especial abreviado o incluso una sentencia condenatoria. Se supone en tal razonamiento que una persona imputada que ve más cerca la posibilidad de una condenatoria (aunque bien puede considerarse a la inversa, como la persona imputada que ve más próxima la posibilidad de acreditar su inocencia) o de la ejecución de esta, bien podría tomar más seriamente la decisión de adoptar medidas para sustraerse de la Administración de Justicia.

La Ley 8720 del 04 de marzo del 2009, publicada en la Gaceta n.º 77 del 22 de abril de 2009, generó un nuevo supuesto de peligro de fuga, cuando se trate de personas capturadas en flagrancia en los 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.

Conforme con la misma norma, casi como una causal objetiva, lo procedente en esos casos es la medida más drástica que el ordenamiento establece; es decir, la prisión preventiva. En los supuestos de delitos de drogas y conexos, lo normal es que esas actividades sean fruto de actividad encubierta –casi de agente provocador o provocadora– lo que determina que en prácticamente todos los supuestos proceda la medida. Evidentemente tiene un interés manifiesto de control social frente a las personas que utilizan esas conductas como medios de vida, lo que no debería ser desde la construcción que otorga sustento a las medidas cautelares; pero que es justificable a partir de las condiciones sociales que vivimos.

El segundo supuesto de los peligros es la reiteración delictiva, y fue previsto por la persona legisladora mediante el ordinal 241 del Código Procesal Penal, teniendo como fin el aseguramiento de la búsqueda de la verdad real de los hechos, por lo cual debe contemplarse la existencia de una grave sospecha de que la persona imputada podría incurrir en la destrucción, modificación u ocultamiento o, inclusive, falsificación de los indicios probatorios. Además, debe analizarse el peligro latente de que podría influir para que persona coimputadas, testigos, peritos o peritas informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que podría inducir a personas terceras para que realicen esos comportamientos. Téngase a la vista que la persona legisladora no establece el enunciado de los supuestos que podrían generar este peligro, dejando la valoración al juez o a la juez correspondiente.

De lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Constitucional (a manera de ejemplo ver el voto 1161-91) ha detallado que al momento de valorar la existencia de este peligro en particular, debe explorarse precisamente el riesgo que corren las personas denunciantes como los y las testigos, para que no declaren o falten a la verdad al momento de declarar. Pero lo más importante y que debe ser destacado dentro de la disertación jurisprudencial es el sentido propio del riesgo del peligro como tal, en tanto puede configurarse precisamente bajo el riesgo y no resulta necesario que la obstaculización se materialice, siendo improcedente

dilucidar si las partes han recibido amenazas en el sentido anteriormente supra indicado (Horvitz, 2008).

Como hemos venido sosteniendo, los peligros aceptan niveles y, en este caso, la existencia de indicios de que existen intentos para que se cumplan los presupuestos generaría un peligro de suma relevancia, mientras que cuando se trata de una mera situación potencial, el peligro disminuye diametralmente su presencia, más sobre la base de los numerales 39 y 41 constitucionales, a partir del principio de inocencia. Para estos efectos podrá integrarse tanto el comunicado de la víctima o testigo intimidado o intimidada, la conducta desplegada por la persona imputada desde el mismo momento de comisión de los hechos o posterior a estos.

Se debe recordar sobre el tema que la intimidación se puede dar en diferentes niveles, tanto físicos como psicológicos (Binder, 2006, p. 231), generando una valoración en diferentes niveles de complejidad, según el delito en particular. Recuérdese también que la consumación de la amenaza viene a ser una nueva actividad delictiva, por lo que el interés es evitar que esta se genere.

En cuanto al peligro de reiteración delictiva, debe tenerse presente que ni siquiera existe una norma que establezca en qué consiste el peligro, siendo que solamente el numeral 239, inciso b) del Código Procesal Penal lo menciona dentro de los supuestos. Por demás valga decir que este peligro ha sido criticado históricamente por la defensa de las personas imputadas, pues en alguna manera lleva implícito asumir algún nivel de culpabilidad sobre la conducta investigada cuando no se ha declarado (Sánchez, s. a. p.).

La motivación y la fundamentación de la existencia en este tipo de peligro deben sustentarse bajo diversas fuentes del derecho. Se vislumbra históricamente que la base de exploración de la reiteración ha venido atribuyéndose al récord delictivo que posea la persona imputada en otros procesos anteriores al caso subexamen, destacando generalmente por parte del órgano investigador requirente de la medida cautelar el uso de las llamadas “reseñas” o “pasadas” de la persona encartada, las cuales no son más que inscripciones que se realizan con los datos de las personas denunciadas en el registro de delincuentes llevados en el Archivo Criminal del Poder Judicial. Pero en sana teoría, estas no pueden tomarse en cuenta como un indicio objetivo para el análisis de la existencia o no del peligro de reiteración, por cuanto no constituye la acreditación al menos en grado de probabilidad, de que la persona individualizada sea autora o participe de un hecho delictivo, sino que ese día particular fue detenida por hechos que se estarían investigando.

La Sala Constitucional en el voto 1490-91 aceptó la posibilidad de considerar este elemento, siempre y cuando existieran otros aspectos que se deben valorar. Dicho en lenguaje más sencillo, las pasadas o reseñas, podrían sumar a peligros, pero en caso de encontrarse sola, daría como consecuencia que la medida a imponer debería ser sumamente baja para no generar una desproporcionalidad de estas.

En ese sentido, es menester abordar la observancia de la hoja de delincuencia de la persona imputada, ya que contrario a lo anterior esbozado, se podría tener una probabilidad objetiva de las condenas que se denoten de ese documento, pudiendo detallar si es reincidente en el tipo de delito bajo escrutinio en la actualidad.

Mediante el voto 160-89 la Sala Constitucional llegó a sostener que cuando se tratará de delitos de semejante naturaleza, con idéntica afectación a bien jurídico, sería posible considerar el peligro que ahora nos ocupa. En ese supuesto, el nivel de peligro se tornaría sumamente relevante dentro del análisis judicial. Un aspecto considerado por la misma jurisprudencia constitucional es la posibilidad de este peligro en directa relación con la personalidad de la persona imputada, bastando para ello un solo hecho o acontecimiento.

Dentro de tal marco, se ha señalado el tema de la delincuencia organizada (no en el sentido propio de la ley de la materia sino en todas aquellas actividades donde se ubica un sistema semejante al de una empresa para dar respaldo a una actividad delictiva), básicamente asimilándolo a una asociación ilícita. Evidentemente, dentro de este supuesto se ubica a las personas que se dedican al comercio de drogas, robos, venta de artículos robados y actividades semejantes (voto 4382-95 de la Sala Constitucional) o, incluso, la penalización de violencia contra la mujer. Ciertamente, la situación expuesta es sumamente delicada, pues parece ir abiertamente en contra del principio de inocencia, pese a su aceptación jurisprudencial.

Con la reforma que sufrió el Código Procesal Penal, mediante la Ley N.º 8720, se obtiene el numeral 239 bis, propiamente en su inciso b), el cual aúna el fundamento para la existencia de la reiteración delictiva. En este artículo, la persona legisladora prevé que cuando se dé un supuesto o presunción de que la persona encartada se halla sometida mínimo en dos ocasiones a otros procesos penales en los que su cuadro fáctico se vislumbre violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas y que en ellos se hayan formulado la acusación y la solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque esas causas no se encuentren concluidas. En estos supuestos, la persona legisladora generó un voto de confianza a favor de la representación fiscal, pues la norma es especialmente cerrada en cuanto a los presupuestos y efectos de estos, dejando a la persona juzgadora muy limitada en las posibilidades de interpretación que podría darle.

Debe tomarse en cuenta que, cuando se vislumbra la posibilidad del peligro de reiteración delictiva, que el mismo se orienta, no para asegurar los fines del proceso, sino más bien para la protección de la colectividad, en procura de que al constatare probablemente la proclividad delictiva de la persona sindicada, se eviten, otras posibles lesiones a los bienes jurídicos tutelados. Este es el más claro ejemplo de una excepción a los fines de las medidas cautelares.

Presupuestos Finales

No puede dejarse el tema sin señalar que, en esta materia, debe existir proporcionalidad entre la medida impuesta, la idoneidad y necesidad de las mismas, conforme con lo que se extrae de los numerales 243 y 244 del Código de rito (voto 2007-13661 de la Sala Constitucional). La proporcionalidad se orienta sobre dos niveles, el tiempo de imposición de esta (lo que nos lleva al control del tiempo del proceso ya considerado) y la medida en concreto, lo que se une con el tema de la necesidad. El tema de la proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad se torna en carácter vertical sobre todo el ordenamiento jurídico de tradición democrática, liberal y republicana. De esa manera, es imperativo su cumplimiento.

Así frente a los peligros en concretos acreditados y el nivel de estos, debe escogerse la medida que resulta de menor lesión a los derechos de la persona imputada, de forma que se debe procurar aquella que acredite la menor lesión; pero suprimiendo o disminuyendo el peligro en concreto que se ha acreditado. Si la medida no permite disminuir el peligro, se torna no idónea e injustificada, consecuentemente ilegítima; por el contrario, si resultan demasiado severas, se generan inadecuadas. Como se ha indicado, no es posible establecer un paralelismo entre algún peligro en concreto y la medida, pues todo depende del caso en particular.

Conclusiones

Evidentemente, el tema de las medidas cautelares en materia penal es por demás un tema complejo, y tiene una serie de supuestos que se deben considerar que pueden interactuar en un mismo caso, con una serie de valoraciones que deben realizarse para generar la solución frente al caso concreto que presente la debida proporcionalidad, idoneidad y necesidad. Es una valoración compleja frente a un caso concreto, ya que no siempre existen las bases para poder asegurar que la decisión adoptada fue la mejor.

Hemos pretendido exponer algunos aspectos muy básicos sobre el tema, no con la pretensión de obtener el nivel de intersubjetividad adecuado, sino al menos evidenciar aquellos aspectos sobre los cuales existe algún grado de seguridad y los otros donde no existe tal. La exposición del tema, cuando menos, podrá generar la discusión necesaria para llegar a algún nivel de consenso posterior.

Bibliografía

Álvarez Gutiérrez, S. y Briceño Benavides, J. (2003). *Aplicación, viabilidad y eficacia de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, previstas por el código procesal penal de Costa Rica, una perspectiva de análisis socio-jurídico*. Tesis para optar por el grado

de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Arroyo, M. (1995). *El sistema penal ante el dilema de sus alternativa.*, Costa Rica, Colegio de Abogados y Abogadas. Badilla Jara, J. y Escalante Quirós, W. (1998). *Análisis de las medidas cautelares de carácter personal en el Código procesal penal a la luz de los principios constitucionales*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Badillo, R. *Funciones del Ministerio Público*. s. a. p., República de México, en <http://www.monografias.com/trabajos11/dermex/dermex2.shtml>

Barrientos Pellecer, C. (1995). *Derecho procesal Guatemalteco*. Guatemala: Ed. Magna.

Binder, A., Gadea, D. et ál. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, en http://books.google.co.cr/books?id=XK-1YAQq5PAC&pg=RA3-PA231&lpg=RA3-PA231&dq=peligro+de+obstaculizaci%C3%B3n+derecho+procesal+penal&source=bl&ots=zaBdfzE0Ex&sig=E5kt6j1K12qfYQXhyWtPr6xplc4&hl=es&ei=GU7JSpzjAcuwlAedh5GSAw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7#v=onepage&q=perilgro%20de%20obstaculizaci%C3%B3n%20derecho%20procesal%20penal&f=false

Bovino, A. (1996). *Temas de derecho procesal guatemalteco*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, primera edición.

_____. (1993). *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile del 12 al 15 de mayo.

Cafferata Nores, J. (1988). *La excarcelación*. Buenos Aires, edición mecanografiada.

Carranza, Elías et ál. (1983). *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José, Costa Rica: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente.

_____. *Criminalidad ¿Prevención o promoción?* s.a.p., San José, C.R: Editorial UNED.

_____. (1991). *Situación y perspectiva penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión*. En *El Sistema Penitenciario entre el temor y la Esperanza*. México: Orlando Cárdenas Editor, S. A.

Castro Ferrero, L. (2007). *Los principios de tipicidad, culpabilidad e irretroactividad de la ley penal y la utilización de preceptos penales determinados jurisprudencialmente*. Costa Rica,

Universidad de Costa Rica, tesis para obtener por el grado de Licenciado en Derecho, edición mecanografiada.

Cersósimo D'Agostino, G. (1999). *El principio de inocencia en la nueva legislación procesal penal costarricense*. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Tesis para obtener por el grado de Licenciado en Derecho, edición mecanografiada.

Badillo, R. *Funciones del Ministerio Público*. s. a. p., República de México, en <http://www.monografias.com/trabajos11/dermex/dermex2.shtml>

Barrientos Pellecer, C. (1995). *Derecho procesal Guatemalteco*. Guatemala: Ed. Magna.

Binder, A., Gadea, D. et ál. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, en http://books.google.co.cr/books?id=XK-1YAQq5PAC&pg=RA3-PA231&lpg=RA3-PA231&dq=peligro+de+obstaculizaci%C3%B3n+derecho+procesal+penal&source=bl&ots=zaBdfzE0Ex&sig=E5kt6j1K12qfYQXhyWtPr6xplc4&hl=es&ei=GU7JSpzjAcuwlAedh5GSAw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7#v=onepage&q=peligro%20de%20obstaculizaci%C3%B3n%20derecho%20procesal%20penal&f=false

Bovino, A. (1996). *Temas de derecho procesal guatemalteco*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, primera edición. Bovino, A. (1996). *Temas de derecho procesal guatemalteco*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, primera edición.

_____. (1993). *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile del 12 al 15 de mayo.

Cafferata Nores, J. (1988). *La excarcelación*. Buenos Aires, edición mecanografiada.

Carranza, Elías et ál. (1983). *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José, Costa Rica: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente.

_____. *Criminalidad ¿Prevención o promoción?* s.a.p., San José, C.R: Editorial UNED.

_____. (1991). *Situación y perspectiva penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión*. En *El Sistema Penitenciario entre el temor y la Esperanza*. México: Orlando Cárdenas Editor, S. A.

Castro Ferrero, L. (2007). *Los principios de tipicidad, culpabilidad e irretroactividad de la ley penal y la utilización de preceptos penales determinados jurisprudencialmente*. Costa Rica,

Universidad de Costa Rica, tesis para obtener por el grado de Licenciado en Derecho, edición mecanografiada.

Cersósimo D'Agostino, G. (1999). *El principio de inocencia en la nueva legislación procesal penal costarricense*. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Tesis para obtener por el grado de Licenciado en Derecho, edición mecanografiada. Christie, N. (1994). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, primera edición en español.

Domínguez, F. et ál. (1984). *El derecho a la libertad en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Némesis. Elizondo Vargas, A. M. (1994). *El principio de igualdad en el proceso pena*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Escalante Moncada, A. y Fernández Barrantes, D. (1998). *Estructura organizativo-funcional del Ministerio Público en Costa Rica*. Costa Rica: impresiones del Poder Judicial, edición mecanografiada.

Ferrajoli, L. (1993). Citado por Bovino Alberto en *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile del 12 al 15 de mayo.

Garrido, J. (2004). *Las Causales de la Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal Dominicano*. República Dominicana. En <http://www.ecoportat.net/content/view/full/25872>

González Álvarez, D. et ál. (1997). *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. San José Costa Rica: Ediciones del Poder Judicial, segunda edición ampliada.

Hassemer, W. (1995). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, S. R. L., primera edición.

Hidalgo Quesada, M. y Aguilar Osés, L. F. (1995). *La conceptualización del debido proceso administrativo, en la doctrina, nuestra legislación y la jurisprudencia del recurso de amparo*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Hsiang Lin, H. (2008). *Análisis del quebrantamiento del principio básico de excepcionalidad en el uso de la prisión preventiva a partir de la vigencia del actual Código Procesal Penal*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Horvitz Lennon, M. y López Masle, J. (2008). *Derecho Procesal Penal chileno*. Chile: Editorial Jurídica de las Américas.

Ippolito, F. (1997). La detención preventiva. En *Revista de Derecho Constitucional*. N.º 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Jiménez de Asua, L. (1962). *Tratado de derecho pena.*, Buenos Aires, Argentina, 3º. Ed.

Jiménez Rodríguez, J. A. (1999). *Violación al principio de defensa en el nuevo código procesal penal, un proyecto de reforma*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Levene, R. (1981). *El debido proceso y otros temas*, San José, Edición mecanografiada.

Llobet, J. (1997). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A.

_____. (2003). *Proceso Penal Comentado*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, primera edición.

Maier, J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1.

Pastor, D. (1993). *El encarcelamiento preventivo en AA.VV. El nuevo código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Del Puerto.

Rodríguez Hurtado, M. *Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal*. s. a. p, República de Perú, en <http://blog.pucp.edu.pe/item/24971>

Salazar Quirós, F. (1986). *El actor civil en el proceso penal costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica edición mecanografiada.

Wittman Stengel, S. (1994). *El imputado como objeto de prueba en el proceso penal costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Zaffaroni, E. R. (1989). *En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-pena*. Buenos Aires, Argentina: Ediar S.A., editora comercial, industrial y financiera.

Votos

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 160-89 del trece de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 1161-91 del catorce de junio de mil novecientos noventa y uno.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 1490-91 del siete de agosto de mil novecientos noventa y uno.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 145-93 del trece de enero de mil novecientos noventa y tres.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 670-2000 del veintiuno de enero de dos mil.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 8959-2000 del trece de octubre de dos mil.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2007-04853 de las 12:09 hrs. del 13 de abril de 2007.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2007-13661 de las 09:43 hrs. del 21 de septiembre de 2007.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2008-003923 de las catorce horas y treinta y seis minutos del doce de marzo de dos mil ocho.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2008-006586 de las dieciséis horas y treinta y ocho minutos el veintidós de abril de dos mil ocho.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2009-2713 del veinte de febrero de dos mil nueve.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2006-291 de las 10:20 horas del 28 de julio de 2006.