

**Control difuso de convencionalidad:
Una invitación garantista para soslayar el tratamiento
inconveniente de la detención provisional en penal
juvenil**

Adán L. Carmona Pérez

I.- INTRODUCCIÓN

Observamos tiempos difíciles en la actualidad en el derecho penal, tanto procesal, como sustantivo. El fantasma de la preilustración, con incesante fuerza, en diferentes frentes y bajo disímiles esquemas y matices, arremete contra el sistema de garantías penales logrado en los siglos pasados, con arduas luchas intelectuales y a base de sacrificios de vidas humanas, en aquella época donde la dignidad del ser humano no siempre fue reconocida –al menos a todos por igual y en la intensidad actual- donde la crueldad de la tortura se convertía, en muchos casos, en el medio de prueba idónea para juzgar al imputado.

Tiempos donde la zozobra, el oscurantismo y el desinterés en las garantías inculcadas en el derecho penal de corte liberal están a la orden del día, donde sus detractores, por el contrario, cada día logran más adeptos y aún van más allá. Su consigna es ver cómo flexibilizan las garantías penales, donde su filosofía e ideología radican por un lado, en la minimización de las garantías, y por otro lado, en la maximización de un derecho penal garante de intereses -pero no de la persona acusada- sino de intereses económicos, políticos y de cualquier otra índole que no implique proteger derechos del más desposeído¹.

Es así, entonces, cómo los contrapartidarios del derecho penal garantista, del derecho penal mínimo, bajo el abanderado ideológico “nuevos modelos del derecho penal” conocidos entre otros como: derecho penal máximo, derecho penal del enemigo, derecho penal eficientista, derecho penal simbólico y derecho penal del riesgo, los cuales tienen, en su mayoría, como norte, la reducción odiosa del ser humano a una cosa, a un enemigo, con

¹ ZAFFARONI (Eugenio Raúl). En torno de la cuestión penal. Buenos Aires-Argentina, Editorial D d F. 2005, 154 p. En este sentido, el autor hace referencia a que: “La consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantía y seguridad”.

la única consiga de reducirle al máximo sus derechos y garantías en el proceso penal, pues, según se dice, el que delinque no las necesita porque es un *“enemigo de la sociedad”*².

Parece ser que puede visualizarse este angustioso panorama como meramente teórico, engendrado y desarrollado solo en la cabeza de un jurista, verbigracia en las obras clásicas sobre *“el derecho penal del enemigo”* de Gunther Jakobs.

Empero, la realidad ha rebasado el mundo de las ideas, pues son múltiples los ejemplos donde, lamentablemente, estas “nuevas tendencias del derecho penal” se han materializado, y hoy más que nunca, han tomado vigencia en los procesos penales de corte garantista, tanto procesal como material, de tal forma que se lo han ido carcomiendo. Algunas garantías han ido desapareciendo y otras se han relajado, quedando muchas de ellas como derecho de papel, no vigente y lo peor es que el discurso populista punitivo es tan fuerte que ha hecho que, en nuestro imaginario individual y colectivo, ni siquiera nos percatemos de ello y, si nos percatamos, lo aceptamos con resignación y sin cuestionarnos.

Sin embargo, en este escrito, quisiera despertar y apartarme de ese imaginario abrasador y ensordecedor del que las modernas tendencias del proceso penal nos invaden. Hacer un alto en el camino y anunciar que, a pesar de que el panorama sombrío persiste en muchos ámbitos de la realidad del derecho penal descrito, hay una luz en el camino que nos irradia algún tipo de esperanza, la cual se traduce en una invitación, de corte si se quiere garantista, al uso de un instrumento con el cual se pueden combatir los embates contra el derecho penal liberal y sus garantías iluministas. Esta herramienta es el “control difuso de convencionalidad”.

El control de convencionalidad es una herramienta que, paradójicamente, se asemeja a los derechos y las garantías adquiridos en la Ilustración en su precedente histórico inmediato, es decir, en la lucha por humanizar los juzgamientos penales, pues, es producto de la consolidación de un proceso de internacionalización y protección de los

² FELLER SCHLEYER (Claudio). 2005. El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Valparaíso-Chile, I semestre (XXXVI), pp. 41-42, refiere: “La expansión del Derecho Penal es una realidad en todas las sociedades de nuestra órbita cultural. Ese fenómeno manifiesta la respuesta del Estado a las crecientes demandas de seguridad ciudadana frente a la percepción de un incremento de la criminalidad clásica, así como frente a la aparición de nuevos riesgos inherentes a la modernidad. Esta expansión conlleva una tensión con las garantías propias del Derecho Penal post-ilustración. La Ciencia del Derecho Penal ha adoptado diversas posturas, según cuál sea el aspecto de la expansión de que se trate. A grandes rasgos se puede mencionar al menos cuatro tendencias frente al fenómeno de la expansión: i) el minimalismo representado por la Escuela de Frankfurt; ii) El “Derecho Penal eficiente”; iii) Posturas eclécticas; y, iv) la posición “resignación limitada” de Jesús María Silva Sánchez [...]”.

derechos humanos, nacido a raíz de las más recientes infames atrocidades en la historia de la humanidad, como lo fueron la I y II Guerra Mundial, donde, a raíz de estos lamentables acontecimientos, se empieza a consolidar el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DDHH)³. Este a su vez, sirvió de base para el surgimiento del derecho penal internacional (en adelante D.P.I.), quien a su vez dio origen a un órgano que serviría para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante Convención o C.A.D.H.), sea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante C.I.D.H. o Corte). Este tribunal internacional, por medio de su jurisprudencia, no solo acuñó por primera vez el concepto de “control de convencionalidad”, sino que a lo largo del tiempo le ha venido dando contenido.

En razón de lo anterior, en este corto ensayo, quisiera tratar de entrelazar ambos panoramas, tanto el sombrío como el esperanzador, describiendo un ejemplo del primero y otorgando posibilidades de cómo contrarrestarlo.

Así, en mi opinión, un ejemplo paradigmático donde se ha materializado, en Costa Rica y gran parte de los países del continente americano, el panorama desalentador descrito, es en el tratamiento de una institución que, a nivel universal, desde su nacimiento, no ha dejado de recibir acérrimas y colosales críticas por ser considerada, por gran parte de la doctrina, como violatoria a la garantía de inocencia. Esta institución es la “medida cautelar de detención provisional”.

Considero que el caso expuesto otorga el campo propicio y el terreno fértil para llevar a cabo y poner en la práctica el “control difuso de convencionalidad”.

Para lograr el cometido propuesto, es de mi interés desarrollar y estructurar en el presente manuscrito los siguientes tópicos: *i.- Indicar el estado actual del marco normativo de los derechos humanos de la niñez, con especial enfoque en la detención provisional en materia penal juvenil; ii. Diferenciar entre control concentrado de constitucionalidad versus control difuso de convencionalidad; iii.- Aplicar el control de convencionalidad en el tratamiento que los tribunales patrios dan a los principios de excepcionalidad y proporcionalidad en la medida cautelar de la detención provisional en penal juvenil.*

³ El que posteriormente dio como frutos en el continente americano el nacimiento del sistema regional interamericano de protección de los derechos humanos, el cual tuvo entre sus estandartes, el nacimiento y la consagración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tal y como dejé entrever líneas supra, se parte, aquí, de que en Costa Rica las autoridades jurisdiccionales no le dan un tratamiento a la detención provisional (enfocándose el presente ensayo al derecho penal juvenil) acorde a lo que es llamado hoy en día *“bloque de convencionalidad en materia de derechos humanos”*.

Se aclaran las limitaciones de este trabajo y se advierte que, debido a su naturaleza ensayística, los tópicos que aquí se pretenden desarrollar serán abordados de una manera concreta y sencilla, pero crítica, debido a las restricciones de tiempo y longitud.

Se parte además de que la persona lectora conoce algunos conceptos generales de derecho penal procesal y sustantivo, así como de la normativa internacional que aquí se menciona, ya que, en virtud de las limitaciones apuntadas, conjugadas con los objetivos propuestos, no es posible ampliar sobre algunos de ellos, pues se desbordaría la dirección propuesta.

II. CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD VERSUS CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Cuando nos referimos al control concentrado de constitucionalidad, en términos generales se hace referencia a que, en un ordenamiento jurídico determinado, la interpretación de la Constitución y la constitucionalidad de las normas internas, de cualquier naturaleza, adoptadas en ese sistema normativo y de los actos de sujetos al derecho público y cualquier otro de naturaleza constitucional, se encuentra centralizada en un órgano jurisdiccional específico.

Al contrario, debe entenderse que el control difuso de constitucionalidad no está aceptado; es decir, la posibilidad de que los tribunales ordinarios lleven a cabo, de forma directa, las funciones que se atribuyen al órgano jurisdiccional que tiene el monopolio de la Constitución.

Analizando el caso costarricense, se ha determinado, por jurisprudencia de la Sala Constitucional, aunque con algunos votos disidentes de envidiable fundamentación⁴, que contamos en nuestro sistema jurídico con un control concentrado de constitucionalidad, cuyo tribunal designado para desempeñar tan relevante función, en nuestro Estado

⁴ Entre las resoluciones de la Sala Constitucional que contienen votos salvados al respecto, se pueden citar las siguientes:

voto n.º 3035-96 y el n.º 1185-95, en los cuales los magistrados Piza Escalante y Luis Paulino Mora Mora salvaron su voto en el sentido de que en Costa Rica hay un control difuso de constitucionalidad y que, por tal razón, los jueces ordinarios podían de forma casuística desaplicar una norma, quedando la desaplicación para todos los casos en manos del tribunal constitucional.

democrático, ha sido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quien tiene el monopolio de la jurisdicción constitucional.

Básicamente, esta conclusión se ha derivado de los numerales 10 de la Constitución Política y de los artículos 2, inciso b), 4 y 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, norma 8, inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Aunque se torne apasionante la discusión de si, en Costa Rica, nos encontramos ante un modelo de control de constitucionalidad concentrado (posición oficial) o difuso, por rebasar los objetivos propuestos en esta sencilla obra, debo escapar de la tentación en su desarrollo y encaminarme en el rumbo inicialmente propuesto, y debiendo tomar partido para el desarrollo de este tema, se tendrá la posición oficial para efectos de este trabajo.

Por su parte, cuando se habla del control de convencionalidad, se hace referencia, tal y como se adelantó, a un concepto acuñado por primera vez en la jurisprudencia de la C.I.D.H., en el año 2003, por el juez de esa jurisdicción, Sergio García en voto razonado en la sentencia del caso *Myrna Mack vs. Guatemala*, al asignarle así al control que el tribunal internacional, los jueces y los tribunales internos de los países partes de la Convención venían ejerciendo con respecto a la C.A.D.H., en relación con sus normativas internas. Por ello, Brewer-Carias afirma que este control es tan viejo como la convención misma (*Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003, párr. 27*).

Básicamente, debe entenderse el control de convencionalidad, según el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, en dos dimensiones: control de convencionalidad a nivel internacional, el que la Corte hace (también llamado: control propio, original, externo, concentrado de convencionalidad), y el otro, a nivel de los tribunales internos, el que hacen en cada país parte (también llamado control difuso, interno) (*Breber- Carias, 2013, pp. 44-45*).

El juez de la C.I.D.H., García Ramírez, en el año 2004, en razón del caso *Tibi vrs. Ecuador*, realizó un cotejo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, y concluyó que las funciones que, en razón del control de convencionalidad la Corte realizaba, podían asemejarse a las que los tribunales constitucionales realizaban cuando juzgaban la inconstitucionalidad de alguna ley o acto acorde a su constitución; pero que la diferencia radicaba en que la Corte analizaba los actos de los Estados partes conforme a la Convención, es decir, aún más allá de la constitución de cada país (*Tibi vrs. Ecuador, 2004, párr. 3*).

Así, mientras el control de constitucionalidad

procura conformar la actividad del poder –y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entráñale Estado de Derecho en una sociedad democrática” el “tribunal interamericano, por su parte pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en el ejercicio de su soberanía (Brewer- Carias, 2013, p. 45).

Se puede decir que ya para el año 2006, respecto al tema del control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte tuvo un nuevo avance en el tratamiento de este tema, cuando, nuevamente, en el caso *Almonacid Arellano vrs. Chile*, se comenta la obligación de los jueces y los tribunales internos de desaplicar las leyes internas en el caso concreto cuando son inconvencionales y/o contrarias a las sentencias vinculantes de la Corte. Esta obligación no desaparece, según este tribunal, aun en el caso de que el Poder Legislativo falte a la obligación de crear leyes conforme a la Convención, pues cada órgano del Estado parte está obligado a respetar el contenido de la Convención.

En caso de incumplimiento de esta obligación, el Estado incurre en responsabilidad, y la Corte agrega, claramente, que el Poder Judicial debe ejercer el control de convencionalidad. Sobre este mismo tópico, en posteriores pronunciamientos, la Corte continuó dándole contenido a este concepto. Así, por ejemplo, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso versus Perú*, en el año 2006, se dijo que los órganos judiciales del Estado no solo debían ejercer un control de constitucionalidad, sino también, de manera oficiosa, un control de convencionalidad entre las normas internas y la C.A.D.H. (*Trabajadores cesados del Congreso versus Perú*, 2006, párr. 128).

En ese sentido, *Allan R. Brewer–Carias* indica que la Corte entiende el control de convencionalidad como una tarea asignada, básicamente, al Poder Judicial en general, es decir, a los jueces y tribunales internos, sin distinción alguna e independiente de las regulaciones que puedan existir en materia de control de constitucionalidad en cada país (*Brewer- Carias, 2013, p. 58*). Así, el control difuso de convencionalidad convierte a los tribunales internos de los países parte de la Convención, en el primer intérprete y auténtico guardián de este instrumento internacional (*Cabrera García y Montiel Flores vrs. México*, 2010, párr. 24).

Sobre el mismo tema, más recientemente la C.I.D.H., en el año 2011, en el caso *Gelman vrs. Uruguay* recordó que

[...] cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Gelman vrs. Uruguay, 2011, párr. 193).

Hasta aquí parece que, vistos llanamente los pronunciamientos de la Corte sobre el control de convencionalidad difuso, todas las personas juzgadoras y los tribunales internos de cada país se encuentran legitimados para llevarlo a cabo; pero esto no es un tema en nada pacífico, pues hay parte de la doctrina que considera, con argumentos respetables, que este control puede ser llevado solamente por los jueces ordinarios, cuando tiene un sistema jurídico que dispone un control de constitucionalidad difuso y no concentrado, en virtud de que, en este último caso, no se contaría con la competencia necesaria para llevar a cabo este control por parte de los tribunales comunes.

Por tanto, el único competente en la legislación interna para ejercer el control concentrado de convencionalidad sería el órgano jurisdiccional designado por la ley para ejercer el control concentrado de convencionalidad.

Trasladando esta posición concretamente a nuestro medio, únicamente la Sala Constitucional podría ejercer el control de convencionalidad (*Brewer-Carias, 2013, p. 62-63*).

Por el contrario, hay quienes (por ejemplo el autor *Brewer-Carias*) no observan ninguna imposibilidad respecto a que el control de convencionalidad sea ejercido por los tribunales internos ordinarios aun en sistemas con un control de constitucionalidad concentrado y contraargumentando que nos encontramos ante mecanismo de controles diversos, pues una cosa es control de constitucionalidad y otra cosa es control de convencionalidad. El primero se ejerce de acuerdo con la Constitución Política de cada país parte, mientras que el segundo tiene como fuente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el control se ejerce con base en este mecanismo internacional (*Brewer- Carias, 2013, p. 65*).

Brewer-Carias expone que cuando la Corte refiere que el control de convencional difuso que los tribunales internos deben realizar lo es *“en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”* (Brewer- Carias, 2013, p. 63). Esto quiere decir que de acuerdo con su competencia por la materia, el grado y el territorio que tengan en el ámbito interno, sin que en ello la competencia que puedan tener en materia de control de constitucionalidad tenga ninguna condicionante, lo cual es, según el autor, otra cosa diferente.

Esta explicación reviste especial importancia, pues lo indicado en el entrecomillado ha sido usado por parte de la doctrina que sostiene la posición contraria, sea que los jueces ordinarios no pueden ejercer control de convencionalidad, pues entienden que la competencia estaría otorgada exclusivamente al órgano designado por ley para ejercer el control de constitucionalidad, si se tiene un control concentrado de constitucionalidad.

La anterior discusión es bastante reciente, y podemos señalar que los argumentos referidos, en uno y otro caso, son apenas la punta del *iceberg* de un tópico que, con seguridad, puedo indicar, seguirá siendo, por la importancia que reviste, un punto de discusión muy apasionante, pero lamentablemente ahondar en ella en este artículo implicaría distraerme de los objetivos aquí propuestos.

Por esta razón, por el momento, me bastará con enunciar que, en el caso de Costa Rica, el tema pierde un poco de importancia, en virtud de que, en pronunciamientos de larga *data* de la Sala Constitucional, se ha aceptado que, cuando un instrumento internacional de derechos humanos otorgue mayores derechos y garantías que la propia Constitución, estos tomaran un rango superior a ella⁵.

A mi criterio, esta posición jurisprudencial estaría dando espacio para que los tribunales internos ordinarios apliquen el control de convencionalidad.

Así mismo, aunado a la anterior posición jurisprudencial de la Sala Constitucional de Costa Rica, existe, además, otro motivo de naturaleza de rango constitucional por el cual considero que los tribunales ordinarios patrios pueden ejercer el control de convencionalidad.

Según el numeral 11 de nuestra Carta Magna, todos nuestros jueces y juezas se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley y, al fin de cuentas, la Convención y gran

⁵ Así, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo dispone, voto n.º 2000-07484 de las nueve horas con veintiun minutos del veinticinco de agosto de dos mil.

parte del bloque de convencionalidad son leyes que han sido adoptadas por nuestro país y, consecuentemente, son parte esencial de nuestro ordenamiento jurídico.

Como conclusión preliminar, se puede indicar que el nacimiento del proceso del control de convencionalidad ha implicado un rompimiento, tanto en Costa Rica como en otras partes del continente americano, de la estructura clásica de la forma de impartir justicia por parte de los tribunales internos, donde no en pocas ocasiones, conocen y resuelven los casos puestos a su conocimiento alejados de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Sin lugar a dudas, el control difuso de convencionalidad se convierte en una herramienta de carácter garantista adecuada para desaparecer o al menos limitar los juzgamientos inconvenientes y alegados del bloque de convencionalidad de los derechos humanos. En otras palabras, se convierte en un medio para desnudar y desaparecer la excusa de muchos jueces y juezas de nuestro país que suelen utilizar, en no pocas ocasiones, lineamientos jurisprudenciales tanto de tribunales ordinarios como de la Sala Constitucional, principalmente para justificar sus actuaciones y resoluciones, aun cuando a simple vista se denote que son contrarios al bloque de convencionalidad.

Sin lugar a duda es una responsabilidad colosal que les hayan encomendado a los jueces y las juezas ordinarios de los Estados partes de la Convención, ser los guardianes de sus postulados, valores, principios y derechos allí consagrados. Así es como este instrumento de control convencional se convierte hoy por hoy en una prueba para que las personas administradoras de justicia demuestren que pueden juzgar a las personas respetando parámetros internacionales sobre derechos humanos.

En virtud de lo dicho hasta aquí, vale decir que, para efectos del presente trabajo, tomaré la posición de que efectivamente aun cuando en nuestro país exista un sistema de control de constitucionalidad concentrado, los jueces y las juezas ordinarios pueden llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad.

III.- ESTADO ACTUAL DEL MARCO NORMATIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO Y DE LA NIÑA, Y, EN ESPECÍFICO, DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN MATERIA PENAL JUVENIL

Concretamente, el tema de la medida cautelar de detención provisional en el derecho penal juvenil no encuentra su regulación expresa en la C.A.D.H., sino en otros instrumentos internacionales especializados, como lo son la Convención sobre los Derechos

del Niño (en adelante C.D.N)⁶ y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como “Reglas de Beijing” (en adelante Reglas de Beijing)⁷. Por tanto, se podría cuestionar si, *¿la C.I.D.H. y los otros órganos de control de este instrumento internacional, como por ejemplo, la Comisión Americana de Derechos Humanos (en adelante únicamente Comisión) tienen competencia para conocer sobre estos temas?*

Tal cuestionamiento debe contestarse de forma afirmativa, es decir, si tienen la Corte, la Comisión y los demás órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la legitimidad necesaria para conocer sobre estos tópicos, básicamente, porque de conformidad con la interpretación del numeral 19 de la Convención y el numeral VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estos órganos han desarrollado lo que se conoce como “*Corpus juris*” de los derechos humanos de las niñas, los niños y las y los adolescentes. Este es el conjunto de normas vinculadas a la protección de los derechos de la niñez, y forman parte de él, tanto la C.A.D.H como la C.D.N y otros instrumentos internacionales como: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (en adelante “Reglas de Beijing”) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (en adelante “Reglas de Tokio”), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (en adelante “Reglas de La Habana”) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (en adelante “Directrices de Riad”). También deben agregarse todos los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general que sean parte del sistema de protección.

La “*Relatoría sobre los derechos de la niñez*” (2011) refiere el concepto:

[...] *corpus juris en materia de niñez*” como: “*el reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes*” agregándose que “*La Comisión Interamericana se ha referido a este concepto señalando que, para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores [sic], además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante*

⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el numeral 49. En Costa Rica fue ratificada por Ley N.º 7184 del 18 de julio de 1990, vigente desde el 09 agosto de 1990.

⁷ Se debe aclarar que este cuerpo normativo es de aplicación directa por nuestros tribunales –pues no ha sido ratificada por Costa Rica a la fecha– por formar parte del bloque de convencionalidad y del “*Corpus juris*”. Ver nota al pie página número cinco.

acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia” (párr. 15-20).

Este “*corpus juris*” es importante porque la Corte ha indicado que tiene la finalidad de fijar el contenido y los alcances del numeral 19 de la Convención Americana.

También se agrega en el texto en comentario que la existencia de un “*corpus juris*” incluye además para efectos interpretativos, las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato, como la observación general número 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores de edad. Agrega, con razón, que ello representa un avance significativo que evidencia no solo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez, sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños” (párr. 15-20).

Concretamente, en relación con el marco normativo de la detención provisional en materia de menores de edad, se puede decir que encuentra basta regulación tanto en la normativa interna como en los instrumentos internacionales.

Por ejemplo, a nivel nacional, la medida cautelar de detención provisional encuentra una regulación, si se quiere general, en la Constitución Política de la República de Costa Rica, en su numeral 37, donde se dispone un límite de naturaleza constitucional, el cual es la necesaria existencia de un indicio de probabilidad de comisión del hecho delictivo.

Por su parte, la regulación expresa de esta medida cautelar se encuentra en la Ley de Justicia Penal Juvenil (en adelante L.J.P.J.) en los numerales 58 (tipos de peligros procesales), 59 (carácter excepcional) y 60 (carácter de celeridad en los procesos donde se encuentren personas menores de edad detenidas).

En el ámbito internacional, se regula la medida cautelar de detención provisional, de manera expresa, en dos cuerpos normativos importantes, como lo son la Convención sobre los Derechos del Niño, en el numeral 37, y por las reglas 10, inc. 1) y 2), y la 13 de la Reglas

Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como “Reglas de Beijing”.

La normativa señalada hace referencia a aspectos de suma relevancia respecto a la forma de imposición, naturaleza y principios que deben regir esta medida cautelar. Así, podemos notar cómo ambos cuerpos normativos abogan porque la situación jurídica de una persona menor de edad detenida sea resuelta lo más pronto posible (máxima prioridad). Hacen énfasis, especialmente, en que debe imponerse la medida de detención provisional conforme a la ley (principio de legalidad criminal) que debe aplicarse como última opción (principio de excepcionalidad y de “*ultima ratio*”) y en el menos tiempo posible (principio de proporcionalidad y necesidad), refiriendo, de igual manera, que debe darse su ejecución respetando la dignidad humana y separada de las personas condenadas y de las adultas.

Debe agregarse además que, también, existe otro conjunto de normas internacionales que regulan este tema, como son, por ejemplo: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5 y 7; las Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, en sus normas III, 17 y 18; en la regla 6 de las Reglas de Tokio y las normas 13 y 16 de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes⁸.

IV.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD VS. TRATAMIENTO DE LOS TRIBUNALES PATRIOS DE LOS PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA MEDIDA CAUTELAR DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN PENAL JUVENIL

Las concepciones que, en doctrina, tratan de definir una medida cautelar de detención provisional de menores de edad son diferentes (concepto adoptado en la Ley de Justicia Penal Juvenil vigente N.º 7576), o, lo que es igual, la prisión preventiva en materia de adultos, según la concepción adoptada por el Código Procesal Penal vigente N.º 7594 (en adelante C.P.P.).

Pero considero que una definición que se puede ajustar, de forma más adecuada a lo que se entiende por tal en la L.J.P.J., es la que proporciono de seguido: Aquella limitación, de carácter temporal, excepcional, necesaria y proporcional de la libertad personal del niño acusado o de la niña acusada en un proceso penal juvenil de cometer un acto delictivo (*cuya sanción directa implique internamiento directo*), previa solicitud del ente acusador y del debido ejercicio de derecho de defensa, ordenada, de forma motivada, por medio de una resolución judicial emitida por parte de un órgano jurisdiccional competente y

⁸ Se ampliará el contenido específico de estos cuerpos normativos en líneas posteriores, específicamente en el apartado IV.

especializado, antes de la existencia de una sentencia condenatoria firme (indiciado o indiciada), en el momento que existe una acusación debidamente formulada y siempre que concurra, necesaria e indispensablemente, tanto el requisito constitucional de presunción razonable de culpabilidad (indicio comprobado) como al menos, uno de los presupuestos materiales previamente establecidos por la ley, sea, peligro razonable que el o la menor de edad evada la acción justicia, el peligro de destrucción u obstaculización de la prueba o peligro para la víctima, denunciante o testigo y que tendrá, como única finalidad, asegurar el normal desarrollo y los resultados del proceso, nunca servir como de una pena anticipada.

También interesa rescatar, para los efectos de este trabajo, algunos de los principios o características esenciales que informan la medida cautelar en cuestión y que básicamente es reconocida, de manera casi pacífica, tanto por la doctrina, la ley y la jurisprudencia. Estos principios son los de excepcionalidad y proporcionalidad (*Castex, 2009, p. 139*).

El principio de excepcionalidad en la detención provisional, radica básicamente, en que se debe optar por esta medida cautelar como última opción ("*ultima ratio*")⁹. Por ello, en caso de que sea necesaria la imposición de una medida cautelar, debe agotarse la posibilidad de aplicarse medidas no privativas de libertad. Esto es así, porque una medida cautelar representa una injerencia en el derecho fundamental de la libertad personal.

Por su parte, el principio de proporcionalidad hace referencia, básicamente, a que, en caso de que sea sumamente necesario el uso de una medida cautelar de detención provisional, debe realizarse en el menor tiempo posible y solo en los casos donde el delito esté sancionado con una pena de prisión.

Por ello en caso de que la persona menor de edad se encuentre detenida provisionalmente, debe darse máxima prioridad al proceso penal seguido en su contra para resolver, lo antes posible, su situación jurídica y no alargar de manera innecesaria su estadía en prisión, pues debe tenerse en cuenta que la garantía de inocencia está de por medio.

El profesor Llobet Rodríguez desarrolla, ampliamente, el principio de proporcionalidad en relación con la medida cautelar de prisión preventiva y, al respecto, indica, entre otros asuntos, que opera como un correctivo de carácter material frente a la medida cautelar dicha que formalmente aparecería como precedente; pero, con respecto a la cual, no podría exigírsele a la persona imputada que se someta a ella. Agrega que este principio, en sentido amplio, se divide en tres subprincipios: necesidad (debe imponerse la

⁹ Ver TIFFER SOTOMAYOR (Carlos) y otros. Derecho penal juvenil. San José, Costa Rica, II edición, Editorial Jurídica Continental, 2014, pp. 283-289.

medida como última opción), idoneidad (que solo se aplique la detención en el caso de ser un medio idóneo para contrarrestar el peligro que se trata de evitar) y prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido estricto (implica la necesaria ponderación de intereses para determinar si el sacrificio del interés individual está justificado conforme al interés estatal que se trata de salvaguardar). Por último, en lo que aquí interesa, el autor señala que ningún imputado puede ser tratado peor que una persona condenada (Llobet, 2010, 246-265).

A nivel normativo, debe indicarse que los principios de proporcionalidad y excepcionalidad se encuentran regulados en diferentes normas tanto de carácter nacional como internacional.

Los citados principios encuentran regulación internacional en los siguientes cuerpos normativos: la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37, inc. b), el cual señala:

Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...].

En las Reglas de Beijing, número 5, se señala:

El sistema de justicia de menores [sic] hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

Por su parte, la regla 13.1 indica que

Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible” y la 13.2 que reza “Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere en el numeral 7.3:

Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios” y el 7.5 que dice “[...] Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin

perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio [...]”.

Las Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad predicán, en su regla 17, que

[...] En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias.

Asimismo, las Reglas de Tokio disponen en el punto 6 que

[...] La prisión preventiva como último recurso [...]”. Por último la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes en la norma 16.2 *“[...] los Estados Parte garantizan que los Jóvenes no serán arrestados, detenidos, presos o desterrados arbitrariamente [...]”.* (El resaltado no pertenece al texto original).

Cabe destacar que, en relación con el principio de excepcionalidad, tanto la Corte como la Comisión se han referido a ellos en vastos pronunciamientos, tema que será retomado posteriormente¹⁰.

A nivel interno, el principio de excepcionalidad se encuentra regulado en el numeral 59 de la L.J.P.J, cuando refiere que *“[...] la detención provisional tendrá carácter excepcional [...]”* y el 87 señala la posibilidad de aplicar otras medidas menos gravosas. De igual forma, el artículo 10 del Código Procesal Penal dispone que *“[...] Tendrán carácter excepcional y su aplicación con respecto al imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse”.* Por su parte, el numeral 24 indica la posibilidad de aplicar otras medidas menos gravosas. (El resaltado no pertenece al texto original).

Cabe anotar, en este sentido, que la L.J.P.J. hace referencia a una excepcionalidad especial o de mayor intensidad cuando estamos ante menores de edad que se ubican en un primer grupo etario en materia penal juvenil, entre 12 y 15 años, tal y como el primer párrafo del numeral 59 de ese cuerpo normativo lo dispone.

En el ámbito legal interno, se regula el principio de proporcionalidad en la medida cautelar en los artículos 1, 33, 39 y 40 de la Constitución Política; en el numeral 60 de la L.J.P.J., e informa que, a fin de que la detención sea lo más breve posible, debe darse máxima prioridad a los casos donde hay personas detenidas cautelarmente.

¹⁰ Se ampliará este tema en el apartado IV, punto C, del presente trabajo.

Asimismo, el numeral 10 del C.P.P. dispone que *“su aplicación con respecto al imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse”*. El artículo 239, inc. c) indica que solo procede la prisión preventiva cuando el delito que se atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad. El numeral 244 otorga la posibilidad de aplicar otras medidas menos gravosas. (El resaltado no pertenece al texto original).

En el ámbito de la jurisprudencia constitucional, ambos principios han sido abordados también en reiteradas ocasiones. Por ejemplo, en los votos 2005-7227, 2006-470, 15211-2009, 017558-2010 y 4037-2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; aunque debe indicarse que la línea jurisprudencial en este sentido, por así decirlo, no es la oficial, sino que son votos aislados y además contradictorios¹¹, pues, por un lado se *“predican”* estos principios, pero por otro, la posición realista del constitucional es la de legitimar su violación, tal y como se podrá observar *infra*¹².

Como se puede ver, la regulación de estos principios a nivel legal es vasta, pero lamentablemente, en la práctica, no con poca frecuencia estos son transgredidos en materia penal juvenil, donde se supone que debe darse un tratamiento aún más riguroso por parte de los tribunales, en razón de la especialidad del sujeto a quien va dirigida la justicia penal juvenil, sea un sujeto en etapa de desarrollo, donde la doctrina dominante¹³ entiende, en términos generales, que el delito por dicha razón es episódico.

Considero que, en Costa Rica, la mayoría de los jueces y las juezas penales juveniles y, principalmente, la Sala Constitucional han venido tratando dichos principios de manera inconventional; dicho de otra forma, en contra del bloque de convencionalidad.

Debe indicarse que este tratamiento inconventional, por irónico que parezca, ha sido motivado, en gran parte, por el órgano llamado a proteger y velar para que se efective el derecho de la Constitución; es decir, la Sala Constitucional, en tanto que los tribunales ordinarios, con algunas excepciones,¹⁴ sin mayores cuestionamientos, se han abocado a seguir su línea jurisprudencial.

11 Por ejemplo, el voto número 14950-2011 de la Sala Constitucional indicó:
“[...] Objeto del recurso. El recurrente acusa que el amparado ha permanecido más de 6 meses detenido, tiempo que supera el plazo máximo de internamiento que al efecto dispone el artículo 59 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, sin que las autoridades recurridas resuelvan su situación jurídica, actuación que va en detrimento de su libertad personal [...].
[...] En cuanto al reparo del recurrente de que el recurrido señaló el 31 de octubre de 2011 para la realización del juicio y no la audiencia para plantear la solución alterna, ello no lesiona de forma directa la libertad personal del infractor, como en el mismo informe se indica la audiencia se dará según corresponda la

agenda del despacho judicial y previo a la realización del juicio. Bajo este panorama, no encuentra este Tribunal razón para estimar el recurso [...]”.

12 Ver apartado IV, punto A, B y C, del presente trabajo.

13 Ver TIFFER SOTOMAYOR (Carlos) y otros. Op. cit.

14 Ver del Tribunal de Casación de San José, votos número 0216-2011 de las 11 horas, 30 minutos del 17 de febrero de 2011, y el 20101497 del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José de las once horas con cuarenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre de 2000. Interesa recalcar el magistral voto salvado de la profesora Rosaura Chinchilla, en el que denegó la prórroga de la detención más allá del plazo con base en las siguientes consideraciones:

- 1.- En este sentido, el voto salvado nos ilustra que si bien jurisprudencialmente ha sido aceptado la prórroga y que ello deviene en vinculante, lo cierto del caso es que también existen pronunciamientos del Tribunal constitucional que están relacionados con el principio de excepcionalidad y proporcionalidad, principalmente, que son contrarios a los primeros.
- 2.- Se indica, acertadamente, que existen votos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los presupuestos de la prisión preventiva y normativa internacional como lo son las Reglas de Beijing, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores de edad privados de libertad y se le agrega la Convención sobre Derechos del niño entre otros, que son vinculantes para Costa Rica y que, conforme lo ha dicho la misma Sala Constitucional, en tanto confieren más derechos humanos que el ordenamiento interno, prevalecen por sobre la misma Constitución Política, que contradicen la jurisprudencia constitucional en cuestión.
- 3.- Se recalca, además, que no cabe la aplicación supletoria del artículo 258 del C.P.P., pues hay norma expresa al respecto en la L.J.P.J., además los plazos ahí contenidos son inconciliables no solo con la doctrina que informa la ley especial sino con la ley misma.
- 4.- Refiere, también, que de acuerdo al principio de división de funciones, si los plazos se consideran cortos, eso escapa de la función jurisdiccional y no es subsanable consecuentemente por esta vía.
- 5.- Por último, agrega un argumento de mucho peso, el cual es que las prórrogas pretendidas pareciera sin limitación, coartan el derecho de doble instancia, pues no pueden ser reguladas ni revisadas por un órgano jurisdiccional superior.

Quisiera pensar que esta falta de cuestionamientos de la línea jurisprudencial en mención se debe a la naturaleza vinculante *erga omnes* de su jurisprudencia y a la falta de argumentos devenidos del desconocimiento de instrumentos internacionales y del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, pues pensar que ello se debe a la posición ideológica de los jueces y las juezas ordinarios sería una magna desilusión, pues entendería que la invitación central que se hace en este escrito no sería de buen recibo.

Acuso este tratamiento inconventional del principio de excepcionalidad y proporcionalidad desde el Poder Judicial aunque podría, en buena medida, achacarse, también al Poder Legislativo por la promulgación y las reformas legislativas abiertamente contrarias al derecho de la Convención¹¹. Pero ello ampliaría, en demasía, el presente texto y sobrepasaría los objetivos iniciales propuestos, por lo que me aboco, únicamente, a tratar

¹¹ Ver Ley “Reformas Ley N.º 7594, Código Procesal Pena; Ley N.º 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil: Ley N.º 8460, Ley de Ejecución de Sentencias Penales Juveniles; Ley N.º 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial y adición al Código Procesal Penal”. Ley N.º 9021 del 03 de enero de 2012 donde se reforma el numeral 59 de la L.J.P.J., el cual amplió el plazo de detención de 4 a 9 meses.

algunos aspectos del tratamiento inconvencional de los mencionados principios únicamente desde la Administración de la justicia.

Aun cuando, en mi criterio, la transgresión de los principios en mención se da desde diferentes ángulos, los cuales por la naturaleza ensayística del presente escrito se me hace imposible abarcar en su totalidad, quisiera desarrollar las dos violaciones que, con más frecuencia, considero que se incurre en el tratamiento inconvencional, las cuales tienen que ver con: 1). El uso ilimitado de la detención provisional (violación al principio de excepcionalidad), y 2). La duración de la detención provisional (transgresión al principio de proporcionalidad) en la materia penal juvenil.

Con la finalidad de demostrar este tratamiento inconvencional en los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la medida cautelar de detención provisional por parte de los tribunales patrios, haré referencia a dos posiciones jurisprudenciales paradigmáticas del tribunal constitucional costarricense, que desde 1997 y 1999 tomaron, y que se han mantenido incólumes a la fecha.

Estas posiciones son las siguientes:

A.- Admitir prórroga de la detención provisional más allá del plazo previsto legalmente

Desde 1997, la Sala Constitucional de Costa Rica legitimó la posibilidad de que se pudiera prorrogar la detención provisional contra una persona menor de edad, más allá del plazo legalmente establecido en la L.J.P.J.

Esta línea jurisprudencial, a mi juicio, debe ser considerada paradigmática de cara al tratamiento que el tribunal constitucional ha venido dando a los principios de excepcionalidad y proporcionalidad en la medida cautelar de detención provisional, pues ha sido el punto de partida que ha marcado, sin lugar a dudas, una posición contragarantista e inconvencional en relación con los citados principios. Este tratamiento jurisprudencial, a lo largo de los años, ha tenido un creciente desarrollo negativo en relación con los principios referidos.

Considero, en virtud de lo dicho, que los pronunciamientos a los que se dará énfasis a continuación, principalmente sobre el tema de la prorrogabilidad de la detención provisional, han constituido y constituyen, a la fecha, uno de los mayores y más evidentes yerros en que la Sala Constitucional ha incurrido en esta materia y en contra del derecho fundamental de libertad personal, pues su posición contradice, de manera flagrante y grosera, postulados no solo constitucionales, sino también convencionales.

Así debemos ubicarnos, históricamente, en 1997, cuando la Sala Constitucional, por primera vez, en el voto 0171-1997¹², se pronunció sobre la posibilidad de detener, de manera provisional, a una persona menor de edad por un plazo mayor a los cuatro meses que, para ese momento la L.J.P.J. regulaba. En el numeral 59, refirió, básicamente, que era necesario para la sujeción del proceso de la persona condenada y señaló que “[...] *en casos concretos y excepcionales, dada la naturaleza cautelar de la medida, que debe responder a una necesidad real, se pueda fundamentar válidamente la restricción de la libertad por un plazo mayor al establecido [...]*”.

Este criterio no solo se ha mantenido a lo largo de los años, sino también de manera gradual, se ha venido disminuyendo, limitando y vaciando de contenido garantista de los principios referidos, pues posteriormente a la emisión del voto indicado, el tribunal constitucional siguió desarrollando este tema de tal manera que ha buscado la forma tanto de justificar su posición como de darle contenido con fundamentos jurídicos inexistentes.

Posterior a la emisión del anterior voto, se siguió con esta línea jurisprudencial¹³, con la diferencia de que, posteriormente, se dijo que la prórroga más allá del plazo que disponía en la L.J.P.J. tenía como fundamento el artículo 258 del C.P.P., el cual podía aplicarse supletoriamente, de conformidad con el numeral 9 de la L.J.P.J., es decir, bajo una interpretación adultocentrista inadecuada por ilegal, en virtud de que es una interpretación y aplicación erróneas de las disposiciones del artículo 9 en mención, debido a que este numeral autoriza, únicamente, hacer uso supletorio del C.P.P. cuando no esté algún tópico regulado, de forma expresa, en la L.J.P.J., lo cual no sucede en este extremo en virtud de que el tema de la medida cautelar de detención provisional está expresamente regulado

¹² Voto de las nueve horas con tres minutos del diez de enero de mil novecientos noventa y siete.

¹³ Ver, también, en este sentido las resoluciones de la Sala Constitucional números: 8210-1997, 4266-2002 y 4836-1999. Este último indica en lo conducente, “El supuesto planteado en este recurso es que la restricción a la libertad del amparado finalizó sin que la autoridad recurrida prorrogara esa medida cautelar. Si bien es cierto en materia de justicia penal juvenil las disposiciones referentes a la continuidad de la prisión preventiva no se suponen aplicables al caso en que el Tribunal haya dictado sentencia condenatoria contra el menor acusado, aunque ésta no se encuentre firme, ya sea porque no ha transcurrido el plazo en el que adquiere firmeza o por la interposición del recurso de casación, el juzgador tiene la posibilidad de restringir la libertad ambulatoria en la medida necesaria para cumplir con aquel fallo. Esta Sala ha señalado que el supuesto en que recae sentencia condenatoria en perjuicio del imputado como una circunstancia que –si bien no modifica el estado de inocencia cuando aun no se ha dado la firmeza del fallo– cambia la situación del imputado respecto de los fines del proceso y añade un elemento que –en caso de haberse mantenido una sospecha de fuga durante todo el proceso– acentúa un riesgo razonable de evasión de la acción de la justicia (véase en ese sentido la sentencia número 017197 de las 9:03 horas del 10 de enero de 1997). En el presente caso, la continuidad de la prisión preventiva se ordenó porque el amparado fue sentenciado a cuatro años de prisión y la medida se justificó en razones objetivas y aún antes de que finalizara el plazo de cuatro meses que establece la Ley de Justicia Penal Juvenil, y hasta tanto quede firme la sentencia [...]”.

allí. Por ejemplo, este criterio fue sostenido por el tribunal constitucional en los votos números 2004-06563 y 2006-470.

El voto número 19962-2010 del tribunal constitucional terminó de “*poner la cereza en el pastel*” al dar a entender, en el tema de la proporcionalidad y excepcionalidad de la detención provisional, que esta puede extenderse más allá de los plazos ordinarios y extraordinarios al permitir y legitimar que, su imposición, en caso de que sea necesario, puede darse en un plazo aún mayor que lo dispuesto en materia de adultos (en el numeral 258 del C.P.P.), requiriendo, como único requisito, la necesidad procesal en los vaivenes del proceso.

Al respecto, se indicó en dicho voto

[...] El cumplimiento del límite máximo de la prisión preventiva, no impide admitir la imposición de una medida cautelar privativa de la libertad, cuando se pretenda la realización de un acto concreto, especialmente el debate, que es el acto determinante en el se dilucida la pretensión punitiva del Estado. Las vicisitudes del proceso, su complejidad, el agotamiento de las fases recursivas, el comportamiento del encausado durante el desarrollo del proceso, son elementos que deben considerarse al evaluar la pertinencia y legitimidad de una medida cautelar privativa de la libertad [...].

De los votos señalados, se desprende que uno de los principales argumentos que el tribunal constitucional expone para consentir la prórroga de la medida cautelar en los términos dichos fue la existencia de una inadecuada regulación y de un vacío legal en la L.J.P.J. de este instituto, no solo porque los plazos ahí dispuestos eran sumamente cortos, sino también porque no se regulaba la posibilidad de ordenar prórrogas en los casos donde se dictaba sentencia condenatoria o se ordenaba un juicio de reenvío, lo cual implicaba, a criterio del tribunal, un problema en la práctica jurisdiccional, en virtud de que ello no se ajustaba a la realidad procesal.

Con este criterio, la Sala Constitucional violentó algunos de los principios y postulados básicos de un Estado social democrático y de derecho, a saber: el principio de división de poderes y, consecuentemente, el principio de legalidad y el de reserva de ley, en virtud de que usurpó la función del legislador por vía jurisprudencial, al tratar de suplir las aparentes falencias existentes en la ley¹⁸.

Considero que la justificación del constitucional respecto al tema de la prórroga ha sido muy débil desde su nacimiento y, a consecuencia de ello, ha recibido duras críticas por parte de la doctrina nacional¹⁹, quien con fuertes y aceptables argumentos han controvertido estos pronunciamientos judiciales.

La ilegitimidad y debilidad de los argumentos contenidos en la posición jurisprudencial en análisis quedó en evidencia en el 2012, cuando se da la reforma del numeral 58 de la L.J.P.J., la cual amplió legalmente el plazo de la detención de “**cuatro meses a nueve meses**”, regulando, de esta manera, lo que en votos anteriores el tribunal constitucional echaba de menos; es decir, la ampliación del plazo.

18 Ver voto 13102-2007 de la Sala Constitucional que indica en lo conducente : “[...] De lo expuesto, la Sala concluye que el dictado de la prórroga de prisión preventiva dictada por resolución de las nueve horas quince minutos del diecisiete de julio del dos mil siete el Juzgado Penal Juvenil del Primer Circuito Judicial de San José fue dictada a solicitud del Ministerio Público. Asimismo se descarta que el dictado de la medida sea ilegítimo dado que como lo analiza la sentencia de cita ante omisión de la Ley de Justicia Penal Juvenil de pronunciarse sobre el dictado de prisión preventiva cuando exista sentencia condenatoria que no haya adquirido firmeza se le aplica en forma supletoria los artículos 9 y 258 del Código Procesal Penal. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar el recurso [...]”.

19 Así por ejemplo: BURGOS MATA (Álvaro). Manual de derecho penal juvenil. San José, Costa Rica, I edición., Editorial Jurídica Continental, DNI, 2011, p.p. 191-194.

A pesar de esta reforma, la Sala Constitucional sigue, en la actualidad, con la misma línea jurisprudencial y acepta, incluso, en este momento, que esta medida cautelar pueda superar el actual plazo de detención dispuesto por ley.

Básicamente hoy se entiende que este únicamente tiene su límite en las necesidades, vaivenes y vicisitudes del proceso penal juvenil. En otras palabras, podemos hablar, aunque suene exagerado, macabro y perverso para las garantías constitucionales, que no hay límite legalmente establecido en el plazo para la detención preventiva en materia penal juvenil¹⁴.

B.- Admitir la detención provisional donde no tiene como sanción directa pena de cárcel

En efecto, esta es la otra línea jurisprudencial que, a mi juicio, deviene en inconveniente por vulnerar el principio de proporcionalidad y de excepcionalidad que debe, necesariamente, informar la medida cautelar de detención provisional en materia de menores de edad.

¹⁴ Ver por ejemplo el voto número 10500-2012 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas cinco minutos del siete de agosto de dos mil doce.

En efecto, en materia penal juvenil, el artículo 131 de la L.J.P.J. dispone concretamente que el

Internamiento en centro especializado. La sanción de internamiento es una privación de libertad de carácter excepcional. Puede ser aplicada sólo en los siguientes casos: a) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años. b) Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas [...].

A pesar de esta disposición legal concreta, el tribunal constitucional costarricense, desde 1999¹⁵, emitió el voto paradigmático número 3614-99¹⁶, donde se legitimó y autorizó, por primera vez, la aplicación de una medida cautelar de detención provisional aun en los casos en que la L.J.P.J no tiene prevista la imposición directa de una sanción privativa de libertad.

Este pronunciamiento jurisprudencial resulta importante porque, en la actualidad, es un tema controvertido a pesar de las graves implicaciones que trae en la imposición de la medida cautelar de detención provisional, pues prácticamente provocó el vaciamiento del contenido de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de esta medida cautelar.

Esta línea jurisprudencial ha traído consigo la aplicación desbocada, ilimitada y desproporcional en la práctica judicial de la medida cautelar de detención provisional en tipos penales de gravedad mínima, como por ejemplo: daños, amenazas e, incluso, contravenciones¹⁷.

¹⁵ El tribunal constitucional deriva esta interpretación de un análisis que se hace de un precedente constitucional del numeral 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil a causa de unas consultas judiciales facultativas llevadas a cabo por el Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela en el voto de la Sala Constitucional número 02743-1999.

¹⁶ En lo conducente este voto indica que: “[...] **El caso que nos ocupa es diferente, porque no se trata de la imposición de la sanción propiamente dicha, habida cuenta que el menor amparado no ha sido aún declarado culpable por el Tribunal competente, sino que se trata de la imposición de medidas cautelares; sin embargo, se estima que el mismo criterio sostenido en el precedente de cita es de aplicación en la especie, de manera que nada impide que el internamiento sea impuesto como medida cautelar a un menor sometido a proceso penal juvenil, cuando ha incumplido otras medidas menos gravosas impuestas, siempre y cuando en el respectivo auto así expresamente se indique, con el fin de que el menor sepa a qué atenerse [...]**”.

¹⁷ Lamentablemente no es posible verificar estadísticamente este dato, en virtud de que no existen registros en el Poder Judicial de las detenciones provisionales por delito, pero, en la *praxis* judicial con suma frecuencia se dan estos supuestos. Dicho aspecto –puedo dar fe– es

La línea de la jurisprudencia invariada hasta la fecha se torna, desde la óptica del derecho patrio, en absolutamente cuestionable por ser violatoria del principio de excepcionalidad, proporcionalidad de la detención provisional y los principios de igualdad y legalidad, pues, por un lado, se da expresamente la posibilidad de imponer medidas cautelares tan gravosas como lo es la detención provisional en casos en que la L.J.P.J no dispone directamente la aplicación de una sanción de cárcel de manera directa y, por otro, transgrede el principio de igualdad.

Por otro lado, en materia de adultos, la medida cautelar en cuestión tiene, como requisito *sine qua non*, que el delito atribuido esté reprimido con pena privativa de libertad. Además, la imposición de una medida de esta naturaleza vía jurisprudencial, aun cuando la ley no lo prevé expresamente, resulta violatorio del principio de legalidad.

C.- Control de convencionalidad vs. tratamiento de los principios de excepcionalidad y proporcionalidad en la detención provisional por parte de nuestros tribunales: Una franca inconventionalidad

Vamos a partir de que, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, la Corte observa la “libertad personal” como un derecho humano y ha definido “libertad en sentido amplio” como:

[...] la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana [...], (Convención derechos humanos, Castillo y otros, 2013, pp. 176-179).

Para la Corte, el artículo 7 de la Convención protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico.

Para el tribunal internacional, la seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Además señala

constatable desde mi óptica empírica-laboral, pues desde hace ocho años aproximadamente laboro como defensor público en materia penal juvenil en San José.

que se puede ejercer este derecho de diferentes formas y agrega que la Convención regula los límites o restricciones que el Estado puede hacer (Castillo, 2013, p. 176-179).

También, haciendo un análisis del artículo 7.2 de la Convención, la C.I.D.H ha referido que el derecho a la libertad física está condicionado a la reserva de ley, pues debe ser únicamente a través de una ley como puede afectarse el derecho a la libertad personal, y este tribunal internacional ha entendido por ley *“una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”*. Agrega, además, que dicho principio va de la mano, indubitadamente, con el principio de tipicidad, el cual obliga a los Estados partes a establecer previamente las causas y condiciones de la privación de libertad. Así, en caso de que se incumpla con ello, se generaría la ilegalidad de la detención por ser contraria a la Convención Americana (Castillo, 2013, pp. 176-179).

Lo anterior toma especial importancia en el *test* de convencionalidad que se someterá a las líneas jurisprudenciales constitucionales costarricenses, en virtud de que las dos vertientes consideradas como inconventionales líneas arriba construyen sus bases, a mi juicio, transgrediendo este principio de reserva de ley, pues según lo dicho por la Corte, pareciera ser que la jurisprudencia de la Sala Constitucional no constituiría fuente normativa idónea para autorizar, por ejemplo, la detención provisional más allá del plazo establecido por ley y, peor aún, autorizar la detención en casos que se prohíbe por la ley.

También, la Corte dispone que no es suficiente que toda causa de privación o restricción del derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos de convencionalidad para que la medida cautelar no sea arbitraria. Entre esos requisitos que interesan para efectos de este trabajo están:

i) que sean compatibles con la Convención, ii) que sean necesarias y absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y, que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, es decir, que sea excepcional, y ii) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida (Castillo, 2013, p. 215).

En Costa Rica, por lo que se dijo y lo que se dirá, estos aspectos no se cumplen en algunos casos.

Partiendo de los parámetros, bajo los cuales la Corte entiende “libertad personal” y, haciendo un ejercicio de control de convencionalidad a las posiciones jurisprudenciales referidas en materia de excepcionalidad y proporcionalidad de la medida cautelar de detención provisional, en materia de menores de edad, en mi opinión, Costa Rica no pasa el filtro de convencionalidad, y estaríamos ante un evidente incumplimiento del bloque de convencionalidad y, consecuentemente, ante una eventual condena al Estado costarricense por parte de la C.I.D.H.

Esto es así porque al hacer el ejercicio de confrontación entre el tratamiento del principio de excepcionalidad y proporcionalidad que se ha dado por parte de los tribunales costarricenses con el bloque de convencionalidad (instrumentos internacionales de derechos humanos y los pronunciamientos tanto de la Corte como de la C.I.D.H) se tornan inconciliables.

En otras palabras, afirmo que la crítica referida líneas *supra* respecto a las líneas jurisprudenciales constitucionales sobre dichos principios, en relación con la normativa interna, trasciende, evidentemente, nuestras fronteras, en virtud de que existe, también, una evidente colisión con el bloque de convencionalidad, ya que ellos suponen la sujeción íntima de cualquier medida cautelar al principio de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad, con una especialísima y estrictísima regulación y aplicación “reforzada” cuando se trata de materia de menores de edad, donde la especialidad de la ley y su contenido ideológico deben ser más benévolos, mucho más garantistas y menos severos que en materia de adultos¹⁸.

Desde aquí, se observa un problema en la posición jurisprudencial constitucional en análisis con el bloque de convencionalidad, debido a que, en Costa Rica, no solo se vaciaron de contenido especial los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, sino que se agravó la situación de los y las menores de edad, al poner, en el mismo plano su detención provisional respecto a la materia de adultos, al permitir un plazo de la detención igual o mayor en el derecho penal juvenil.

¹⁸ En la “Relatoría sobre los derechos de la niñez” que la C.I.D.H presentó en el 2011, dijo al respecto: ***“En relación con los niños, el derecho internacional ha establecido claramente que debe existir un sistema excepcional y especializado de justicia juvenil, el cual debe respetar y garantizar a los niños todos los derechos reconocidos a las demás personas, y además debe brindarles la protección especial que merecen en razón de su edad y etapa de desarrollo. Así lo establece el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]”***.

En este sentido, vemos cómo hay una inconciliabilidad de la jurisprudencia patria con la posición de la Corte, pues esta ha recalcado que resulta evidente que las condiciones en las que los niños participan en un proceso penal no son las mismas donde un adulto lo hace, y agrega que:

Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, párr. 4).

Por otro lado, la posición de la Corte ha dispuesto que si puede condicionarse la libertad pues, el numeral 7.5 de la Convención así lo prevé, pero, en todos los casos, y en especial, cuando se trata de personas menores de edad, la privación de libertad, como medida preventiva, debe ser utilizada únicamente como último recurso. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, párr. 76).

Contrario a lo sostenido por el tribunal internacional, vemos básicamente cómo, en Costa Rica, la detención provisional se convierte en la regla pues, incluso, se acepta en materia de menores de edad en casos donde no tenga pena directa de cárcel¹⁹.

Permitir la medida cautelar en materia de menores de edad aun en el caso donde no sea posible la imposición directa de una sanción de cárcel, en mi opinión implica una de las más claras violaciones al bloque de convencionalidad, pues, en sentido estricto, el tribunal internacional ya lo ha prohibido de manera tajante.

En el caso *López Álvarez vs. Honduras* del año 2006, la Corte dispuso que, en la imposición de una medida cautelar de prisión preventiva, debe tenerse en cuenta, entre otros principios, el de proporcionalidad de la pena, de forma tal que no se podrá aplicar esta medida cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad.

En sentido semejante, en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, también la Corte dispuso que

¹⁹ Así por ejemplo es común en la práctica de los procesos penales juveniles en Costa Rica que, se impongan medidas cautelares de detención provisional por delitos como amenazas agravadas, daños, desobediencias a la autoridad, agresión con armas, entre otros. Son tipos penales y, según el numeral 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, no se podría imponer de manera directa una sanción privativa de libertad.

*la prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, **en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión**, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción. (Resaltado no corresponde al original).*

Vale la pena agregar a lo anterior que, en el fallo de la Corte correspondiente al caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la parte que figura como denunciante era una persona mayor de edad. Esto implica que el contenido de dicho pronunciamiento debe aplicarse con “*mayor intensidad y rigurosidad*” cuando se trata de materia penal juvenil, pues, según se ha indicado a lo largo de este ensayo, la medida debe cautelar en cuestión y debe tener una aplicación más restringida cuando se trata de menores de edad, en virtud de la ideología y la especialidad que el derecho penal juvenil reviste.

En este sentido, la Corte ha indicado que “*En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva (Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, 2004, párr. 130)*”.

El tema de la duración excesiva de la detención provisional, incluso más allá del plazo ordinario y extraordinario autorizado por la Sala Constitucional es otro de los tratamientos inconvencionales que claramente, en mi juicio, sucede en Costa Rica por parte de los tribunales internos, por transgredir abiertamente el principio de proporcionalidad, contrariando, directamente, las recomendaciones tanto de la Comisión hacia los Estados partes –garantizar que sus sistemas de justicia juvenil aseguren el límite tanto en la determinación de la prisión preventiva como en cuanto a su duración– (*Castex, 2009, p. 286*), como las de la Corte que, en semejante forma, insta a los Estados a disponer métodos cautelares alternativos a la privación de la libertad para asegurar la comparecencia de los niños imputados y a cumplir con su obligación de sustituir estos métodos, por otros menos

lesivos a medida que las circunstancias del caso lo ameriten (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, párr. 78).

En relación con el plazo razonable de detención, el autor Sebastián Martínez indica que

Tratándose de una persona jurídicamente inocente, resulta una paradoja intolerable que se someta a un proceso o incluso, a un encierro por un periodo semejante al de una pena de efectivo cumplimiento por obra de la imposibilidad estatal de llevar adelante sus persecuciones en términos breves (Martínez, 2009, 286).

Concretamente la Corte, en reiterados fallos, como por ejemplo, en los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador* de 1997 e *“Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”* de 2004, ha señalado, con absoluta claridad, que la aplicación de la prisión preventiva debe tener un carácter excepcional, debe estar limitada por la presunción de inocencia, así como por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, como límites insalvables y esenciales de su imposición (*Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, 2004, párr. 77*).

También sobre este tema en hartos pronunciamientos, la Corte ha agregado que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de desnaturalizar la presunción de inocencia, convirtiendo a la medida cautelar en una verdadera pena anticipada (*Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 2005, párr. 75*).

Concretamente, en materia de menores de edad, la Corte en el caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* del 2004, refirió que la detención provisional debe estar a lo dispuesto en el numeral 7.5 de la Convención, lo que implica que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que la justificó, lo cual implica que si no se cumple con estos requisitos, equivaldría a anticipar una pena sin sentencia (*También ver Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 2005, párr. 229*).

Además, el tribunal internacional recuerda en este fallo que, cuando sea procedente la medida cautelar en cuestión, debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, de conformidad con el numeral 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño (*Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, 2004, párr. 229*).

Sobre el tema de la duración y proporcionalidad de la detención, la Comisión se ha pronunciado en reiteradas ocasiones y entiende que la determinación legal de un plazo máximo es positiva cuando este es razonablemente breve. Ha agregado, también, que en el vencimiento de este plazo, no debería ser posible conceder prórrogas, y el niño debería

ser puesto en libertad en forma inmediata. Considera, de igual manera, que la legislación debe contemplar sanciones y consecuencias para los operadores que incumplan estos plazos (*Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, 2004, párr. 83*).

A pesar de ello, se puede observar hasta aquí que, en Costa Rica, no se cumple con ninguna de estas disposiciones y recomendaciones. Así por ejemplo, en caso del vencimiento del plazo de las detenciones provisionales, lejos de sancionar a los administradores de justicia, se traslada en negativo el cumplimiento de estos plazos a los derechos y garantías de los niños y las niñas que sufren la detención cautelar, aumentando, de manera indiscriminada, el plazo de la detención. Estos últimos aspectos son avalados y legitimados irónicamente por el guardián de la Constitución: la Sala Constitucional.

Así, con meridiana seguridad, se puede agregar que, según lo descrito hasta aquí, Costa Rica engrosa el conjunto de los países latinoamericanos que ha hecho surgir en la Comisión la preocupación mostrada en la *“Relatoría sobre los derechos de la niñez”* en el año 2011 por el uso no excepcional de la detención provisional, cuando se indicó que

[...] aunque la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes debería ser utilizada como último recurso y durar el menor tiempo posible, el informe de la Comisión permite concluir que la prisión es la respuesta más común en la mayoría de los sistemas de justicia juvenil de las Américas, tanto antes del juicio como con posterioridad a la sentencia [...] (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, párr.76).

En virtud de lo indicado hasta aquí, puedo afirmar que, a mi juicio, definitivamente la interpretación y el contenido que la Corte y la C.I.D.H. han llevado a cabo sobre los principios de proporcionalidad y excepcionalidad y, en general, sobre la medida cautelar de detención provisional en materia de menores de edad son mucho más conformes al bloque de convencionalidad (*corpus juris*), en relación con los criterios avalados por la Sala Constitucional de Costa Rica y los demás tribunales ordinarios sobre el mismo tema.

V. COLORARIO

Efectivamente la sombra de posiciones ideológicas contrarias al derecho penal liberal de la Ilustración ha ido ganado terreno en nuestro proceso penal. A lo largo de este ensayo, señalé cómo la jurisprudencia constitucional se ha convertido en un órgano legitimador de la doctrina de la extensión y expansión del derecho procesal penal en

relación con el tema de la medida cautelar de detención provisional en materia penal juvenil, en clara contraposición con el bloque de convencionalidad.

Se mencionó que la Sala Constitucional trazó una línea jurisprudencial que marcó, tristemente de forma negativa, el tratamiento inconventional de las medidas cautelares desde 1997, cuando aceptó, vía jurisprudencial, la ampliación del plazo de detención más allá del dispuesto por ley. Asimismo cuando en 1999 autorizó la detención sin condena en delitos en que la misma L.J.P.J no dispone, directamente, la imposición de una pena privativa de libertad, interpretaciones que, a lo largo de los años, ha venido en creciente desarrollo, limitando derechos y garantías constitucionales y convencionales de las personas menores de edad.

A mi juicio, tal y como sostuve a lo largo del presente trabajo, con su desarrollo jurisprudencial de contenido inconventional, antidemocrático y siguiendo la línea de un derecho penal antiliberal, la Sala Constitucional ha servido de terreno fértil para el desarrollo de las *“modernas corrientes”* de derecho penal que predicán, en su mayoría, el expansionismo penal y, consecuentemente, ha limitado directa e indirectamente, el bloque de convencionalidad sobre derechos humanos.

Sin embargo, ante el panorama tristemente oscuro que vivimos en la actualidad en el proceso penal costarricense, el control difuso de convencionalidad ciertamente, como advierte el título de este escrito, se convierte en una grata invitación, de corte garantista, que sin lugar a dudas puede servir como mecanismo eficiente para soslayar el tratamiento inconventional que, en la actualidad, se le da a la detención provisional en penal juvenil en nuestro país.

Dicha herramienta pondrá en evidencia a los administradores de justicia (que en no pocas ocasiones ponen como excusas la naturaleza vinculante *erga omnes* de los “lineamientos de la jurisprudencia constitucional” para justificar decisiones abiertamente arbitrarias), pues, hoy en día, en virtud del mecanismo de control convencional, tales subterfugios han desaparecido, pues está en sus manos resolver conforme al bloque de convencionalidad, y no están sujetos necesariamente a lo que la Sala Constitucional disponga en materia de derechos humanos.

Así, resolver conforme al derecho liberal se torna hoy en día una cuestión de voluntad, una cuestión de conocimiento, una cuestión de respeto de los derechos humanos, pues la invitación de ser un *“guardián de corte liberal clásico de la Convención”* está hecha y lista para llevar a cabo una buena administración de justicia, apegada al bloque de

convencionalidad, pues en palabras del juez Mac-Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* en el año 2010, el control de convencionalidad en el ámbito interno “Convierte al juez nacional en internacional en el primer y auténtico guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

B

Bibliografía Libros:

ZAFFARONI (Eugenio Raúl). *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires-Argentina, editorial D d F. 2005, 154 p.

FELLER SCHLEYER (Claudio). *El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Valparaíso-Chile, 2005, I semestre (XXXVI).

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *Instituciones de derecho público costarricense*. San José - Costa Rica, Editorial EUNED, 1993, Editorial EUNED., III edi, p. 225.

BREWER-CARÍAS A. (2012). *El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos*. El control de convencionalidad y su aplicación, (pp. 1-65). San José.

C.I.D.H, UNICEF. *Relatoría sobre los derechos de la niñez*. 2011.

CASTEX (Francisco). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. El plazo razonable de la duración de la prisión preventiva desde la óptica de la CIDH. El caso "Peiranos", Buenos Aires – Argentina, Editorial Ad-Hoc, I ed. 2009.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). *La prisión preventiva*. San José-Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, III edi., 2010, p. 390.

BURGOS MATA (Álvaro). *15 años de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica: Lecciones Aprendidas*. San José-Costa Rica, DNI, 2011.

BURGOS MATA (Álvaro). *Manual de derecho penal juvenil*. San José-Costa Rica, I edi., Editorial Jurídica Continental, DNI, 2011

CASTILLOS Y OTROS: *Convención derechos humanos. Con jurisprudencia*. 2013, p. 215.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos) y otros. *Derecho penal juvenil*. San José-Costa Rica, II edición, Editorial Jurídica Continental, 2014, p. 650.

Fuentes normativas nacionales e internacionales:

Nacionales:

Constitución Política de Costa Rica de la República de Costa Rica, del 7 noviembre de 1949.

Ley “Reformas Ley N.º 7594, Código Procesal Penal, Ley N.º 7576. Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley N.º 8460 Ley de Ejecución de Sentencias Penales Juveniles, Ley N.º 7333 Ley Orgánica del Poder Judicial y adición al Código Procesal Penal, N.º 9021 del 03 de enero de 2012.

Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal, N.º 8837 del 3 de mayo de 2010.

Ley de Justicia Penal Juvenil, N.º 7576 de 1996.

Ley de la Jurisdicción Constitucional N.º 7128 del 15 de junio de 1989. **Ley Orgánica del Poder Judicial** N.º 7333.

Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1948.

Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, Ley N.º 8212 del 1 de 11 de 2007.

La Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989.

Reglas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, del 14 de diciembre de 1990. **Reglas de Tokio**, adoptadas el 14 de diciembre de 1990 por resolución de la Asamblea General de la ONU, número 45/110.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores conocidas como “Reglas de Beijing,” de 1985.

Resoluc

iones judiciales De la C.I.D.H.

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala del 25/11/2003.

Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay del 02/09/2004.

Caso Tibi vs. Ecuador del 07/09/2004.

Caso Acosta Calderón vs. Ecuador del 24/06/2005.

Caso López Álvarez vs. Honduras del 01/02/2006.

Caso Almonacid Arellano vs. Chile del 26/09/2006.

Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú 24/11/2006.

Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador del 21/11/2007.

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela del 17/11/2009.

Cabrera García y Montiel Flores vs. México del 16/11/2010. Caso Gelman vs. Uruguay del 24/02/2011.

De la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 3035-96.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 2005-7227.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 2006-470.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 15211-2009.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 017558-2010.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 4037-2010.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 14950-2011.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 8210-1997.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 4266-2002.

Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n.º 4836-1999.