

## Prisión preventiva y control de convencionalidad: Breve análisis de dos causales de prisión preventiva desde la perspectiva del derecho comparado Costa Rica-Brasil

*Pretrial detention and conventionality control: Brief analysis of two causes of pretrial detention from the perspective of Comparative Law between Costa Rica – Brazil.*

Álvaro Pérez Roda y Mariana Fernandes de Oliveira Silvestrini

### **Resumen**

Este trabajo consiste en un análisis de dos causales de prisión preventiva desde la óptica del control de convencionalidad y desarrollado a través de una metodología de derecho comparado. Una de ellas corresponde al ordenamiento jurídico costarricense y otra más a su homólogo brasileño. La introducción de causales de prisión preventiva cada vez más laxas desnaturaliza su finalidad, siguen una filosofía que combina al derecho penal del enemigo, el utilitarismo procesal y el adelantamiento de la pena misma. Estas se desbordan de la justificación constitucional aceptada para las medidas cautelares, lo que incluye a la prisión preventiva, además, rozan con la garantía de la presunción de inocencia.

### **Palabras clave:**

Prisión preventiva, garantías procesales, peligro de reiteración, la preservación del orden público, control de convencionalidad, adelantamiento de pena, derecho penal de autor, medidas cautelares, derecho comparado, Costa Rica, Brasil.

### **Abstract:**

The article is a concise analysis of two legal stipulations concerning pre-trial detention, the chosen approach to the subject at hand was comparative law. One legal provision authorizing prison pending trial is from Costa Rican legislation and the other is a Brazilian equivalent. New provisions legislated to relax procedural requisites to impose pre-trial detention for defendants stem from the tenets of criminal law for the enemy, utilitarianism and imposing said cautionary procedural measures to advance sentence. These relaxed stipulations openly trample constitutional boundaries and particularly, the right of the defendants to be considered innocent until proven guilty.

### **Keywords:**

Detention pending trial, procedural guarantees, danger of criminal repetition, preservation of public order, conventionality control, criminal law for the enemy, comparative law, Costa Rica, Brazil, precautionary measures.

## **1. Introducción**

El objeto de este trabajo consiste en analizar dos causales de prisión preventiva desde la óptica del control de convencionalidad, específicamente el peligro de reiteración delictiva en la normativa procesal penal costarricense y la preservación del orden público en el caso brasileño. Nuestra hipótesis sostiene que las causales que se seleccionaron presentan importantes vicios de inconventionalidad, a pesar de aceptarse por la Sala Constitucional de Costa Rica y el Supremo Tribunal Federal de Brasil. El adelantamiento de la pena y la desnaturalización de la prisión preventiva como mecanismo excepcional para asegurar los fines del proceso, que suponen estas causales, pueden estimarse como abiertamente contrarios a los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, el análisis propuesto es actual y pertinente, ya que las causales observadas en ambos casos parecieran encontrar su justificación en el derecho penal del enemigo, van dirigidas abiertamente a positivizar la imposición de penas por adelantado, exceden al carácter instrumental de aseguramiento procesal que tienen todas las medidas cautelares y, por consiguiente, la justificación aseguradora de la prisión preventiva dentro de un estado constitucional de derecho. Esta última solo subsiste cuando se utiliza equilibrada con la garantía de la presunción de inocencia.

En ese espíritu, cabe reiterar que el derecho procesal penal es una de las ramas del derecho con mayor injerencia sobre los derechos y garantías consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos. Por eso, es imperativo reconocer que para el resguardo de la gran conquista que representa el debido proceso, este debe respetarse no solo desde el punto de vista legal, sino principalmente desde la perspectiva convencional y constitucional.

Como juristas, cargamos con la ardua misión de releer constantemente las disposiciones legales existentes en los países, en este caso las que conciernen al proceso penal. La metodología de derecho comparado es el camino perfecto para valorar si las normas procesales se ajustan a los cánones progresivos de las constituciones y tratados en materia de derechos humanos. Es posible identificar las fragilidades y los aciertos de cada de las distintas realidades jurídicas, para plantear propuestas de mejora, unidos por la búsqueda de un proceso penal más humano.

Voltear la mirada hacia los tratados de derechos humanos que hemos ratificado junto con otros países de la región acerca y facilita el diálogo necesario para perfeccionar los mecanismos procesales que tutelan al debido proceso y resguardan la libertad, por lo que analizar y comparar las causales de prisión preventiva cuestionadas es un ejercicio sumamente valioso.

Tanto el peligro de reiteración delictiva como la causal *preservación* denominada *del orden público*, apelan ampliamente la función preventiva general de la pena y derecho penal, como justificación para continuar vigentes en sus ordenamientos, lo que facilita su crítica y análisis, con un importante punto de convergencia para las dos perspectivas. Después de examinar cada una, se hace notar con relativa sencillez que lo más recomendable es su derogación, considerando especialmente los mandatos convencionales.

## **2. Sección I: Sobre el peligro de reiteración delictiva (Costa Rica)**

Al peligro de reiteración delictiva es posible definirlo como el pronóstico concreto y afirmativo sobre la reincidencia delictiva en la que incurriría el imputado en caso de ser puesto en libertad durante la sustanciación de un proceso penal seguido en su contra. Este existe como una causal de prisión preventiva prevista en la normativa procesal penal de diversos países dentro y fuera de Iberoamérica.

En la actualidad, se encuentra regulado en los artículos 239 inciso b) y 239 bis incisos b) y c) del Código Procesal Penal costarricense (CPP). Anteriormente, se le encontraba en el artículo 291 inciso 2) y 298 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales (Ley n.º 5377), ahora derogado, con un texto muy similar al de las normas hoy vigentes.

A este peligro procesal es posible considerarlo como una de las causales de prisión preventiva más polémicas y debatidas. No obstante, la Sala Constitucional de Costa Rica admitió la constitucionalidad de esta causal y avaló su existencia dentro de la finada Ley n.º 5377 desde el año 1992, el *quid* de los argumentos expuestos por el tribunal constitucional invoca la justificación misma del derecho penal y su modelo axiológico, como se observa de seguido:

Uno de los fines del derecho es posibilitar la normal convivencia en sociedad, pretendiendo que quienes habitan en una determinada circunscripción territorial, adecuen su conducta a las reglas legales que la norman, cuando el ciudadano no se comporta conforme lo pretende el ordenamiento jurídico, su conducta puede resultar reprimida, ello, cuando su acción se encuentre regulada

por el derecho penal. El derecho penal tiende a asegurar la inquebrantabilidad de un importante círculo de influencia del ordenamiento jurídico. Visto así el problema, un fin del derecho penal será evitar la reiteración en hechos delictivos (Voto n.º 1438-1992 de las quince horas del dos de junio del mil novecientos noventa y dos).

Tenemos entonces que desde hace 30 años el Tribunal Constitucional rechazó la existencia de un vicio de inconstitucionalidad con respecto a esta causal de prisión preventiva, a partir de argumentos que apuntan de algún modo hacia la prevención general negativa como finalidad misma a las penas, un señalamiento que necesariamente debe matizarse. La función preventivo-general de la pena tampoco deja de ser discutida en cuanto a su dimensión legitimadora de las penas, como lo advertía Ziffer (2013):

Se afirma que la pena necesita para su justificación, además de su utilidad preventiva, de un principio autónomo de legitimación, para lo cual solo podría entrar en consideración la culpabilidad. Una y otra vez se hace referencia a que el reemplazo del concepto de culpabilidad por un concepto preventivista tendría funestas consecuencias para la vigencia del estado de derecho (p. 75).

Si la pena pasa a ser un simple mecanismo funcional para prevenir la comisión de nuevos hechos delictivos (neutralizando a los infractores), se estaría renunciando a su finalidad expiatoria y resocializadora, tales castigos perderían su legitimidad en un sistema constitucional y democrático liberal. De aceptar estos cuestionamientos doctrinarios como válidos en cuanto a la pena misma, estos se intensifican y se multiplican cuando los hacemos extensivos a las medidas cautelares privativas de libertad y a los peligros procesales que la justifican.

No resulta conveniente, en lo absoluto, confundir la justificación dogmática y axiológica del castigo mismo, con la que puede legitimar o autorizar la detención cautelar de aquellos sujetos sobre quienes apenas ha recaído la sospecha de haber cometido un crimen y no se determinó todavía su culpabilidad. Aclarado esto último, corresponde regresar al tema central de este trabajo, al peligro de continuidad o reiteración delictiva, cuyo rol como figura procesal pareciera enmascarar una pena dirigida a la *defensa social* a expensas de cualquier utilidad resocializadora.

Aunque la doctrina y jurisprudencia costarricenses hacen referencia al peligro de reiteración, el CPP lo regula como la existencia de una presunción razonable de que el imputado *continuará la actividad delictiva*, según el artículo 239 inciso b), última línea y expandido a otros supuestos específicos en el artículo 239 bis incisos b) y c). Lo que encierran estas previsiones se trata claramente del mismo concepto basal, aunque el código no abunda en mayores detalles sobre qué debe entenderse por la continuación de la actividad delictiva, no explica si debe entenderse como su continuidad quehacer delictivo, una reincidencia homogénea, o si por el contrario se refiere a la valoración de la personalidad del acusado y su inclinación por delinquir.

Cualquiera de las dos posibles interpretaciones es problemática. En primer lugar, se critica la importante apertura hacia la arbitrariedad que trae aparejada su regulación en tales términos, no existen requisitos estipulados expresamente por el legislador para determinar objetivamente las circunstancias que determinarían su concurrencia, como puede serlo, quizás, la existencia de antecedentes penales vigentes.

En segundo lugar, incluso limitando teóricamente su aplicación a casos donde la persona acusada tenga antecedentes penales, esta causal constituiría una transgresión importante a la garantía de la presunción de inocencia que cubre a todas las personas investigadas en procesos penales. No existen criterios definidos e intersubjetivamente controlables que limiten su aplicación, entre los márgenes de la legalidad, lo que deja una gran apertura hacia las *certezas psicológicas* y la íntima convicción del juez para justificar su imposición.

Aun aceptando que los peligros procesales son presunciones jurídicas, basta confrontar el peligro de reiteración con el peligro de fuga para darse cuenta de que este último tiene previstos una serie de criterios cuya corroboración es sencilla. Por ejemplo, la existencia de arraigos domiciliario, familiar y laboral, la pena que puede llegarse a imponer y la falsedad de la información acerca del domicilio habitual (Art. 240 CPP), entre otros.

Algunos de estos criterios permiten acceder a amplias posibilidades para ofrecer pruebas que permitan refutar los eventuales cuestionamientos que surjan durante la investigación. Sin embargo, frente al pronóstico concreto y afirmativo que hagan jueces y fiscales sobre hechos futuros en donde el imputado, en caso de ser puesto en libertad, continúe con su actividad delictiva, no cabría la proposición de prácticamente ninguna prueba.

Por último, aunque subsiste la inviabilidad jurídica de justificar la imposición de una medida cautelar privativa de libertad a partir de argumentos propios de un adelantamiento de la pena, léase la protección de la sociedad con relación al sospechoso, el aseguramiento, no procesal, sino de la colectividad frente al sujeto investigado, en contra de quién se presume la posible continuidad de sus actividades delictivas. Un fundamento que, como ya se indicó, se construye teóricamente sobre una prevención general negativa, adelantándose al juicio confirmado sobre la culpabilidad de las personas imputadas. El peligro de reiteración se consagra como una herramienta jurídica que permite al juez hacer valer su juicio de peligrosidad subjetiva con relación al investigado, sin prácticamente ninguna atadura o restricción.

No es posible obviar que la expansión del peligro de reiteración delictiva introducido con la adición del artículo 239 bis al CPP en 2009, a pesar de incluir presupuestos objetivos más claros para determinar su concurrencia, no abona ninguna clase de seguridad jurídica adicional. El inciso b) del numeral apuntado, introdujo como nueva causal de prisión preventiva la existencia de al menos dos acusaciones anteriores contra la persona investigada por delitos en donde haya mediado violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, aunque no hayan sido resueltas en sentencia todavía, mientras que el inciso c), por otra parte, autoriza la imposición de la prisión preventiva a personas reincidentes por delitos en los que haya mediado violencia contra las personas o fuerzas sobre las cosas léase, personas con antecedentes penales por delitos de esa naturaleza, como robos, agresiones y todas las formas tipificadas de violencia doméstica. Sin embargo, la apertura y discrecionalidad que supone la presunción razonable de que continuará con la actividad delictiva no fue alterada por la estipulación de las causales adicionales.

Explicado lo anterior, resulta pertinente destacar lo que indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) acerca de la convencionalidad de la medida cautelar de prisión preventiva en términos generales:

67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [...] La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.
69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente

necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva (Sentencia de fondo, reparaciones y costas de la Corte IDH para el caso López Álvarez vs. Honduras, 2006).

Para el alto tribunal, la prisión preventiva y su finalidad esencialmente instrumental constituyen un uso drástico del poder cautelar del juez para asegurar el cumplimiento de los fines del proceso, reservado para aquellas ocasiones en donde no sea posible de salvaguardarlos por ningún otro medio. Las garantías convencionales y constitucionales apuntadas constituyen los límites entre los que cabría su valoración, para cada caso en concreto, haciendo hincapié en el respeto por el principio de proporcionalidad.

Las autoras costarricenses Chinchilla Calderón y García Aguilar (2005), desarrollaron el citado principio de proporcionalidad en dos dimensiones, como se lee a continuación: “Doctrinalmente se identifica, en su acepción amplia, como principio de prohibición de exceso” (p. 285). Por otro lado, la proporcionalidad en sentido estricto: “Exige una ponderación entre el interés público se quiere proteger y el derecho fundamental que se pretende limita” (Ídem, p. 296).

Entonces, el juicio valorativo para la imposición de la prisión preventiva debe ponderar, entre otras cosas, la pena que puede llegar a imponerse conforme al derecho material y determinar que esta no llegue a igualarla ni a sobrepasarla. Asimismo, la razonabilidad entre los medios y los fines en todos aquellos casos en donde pueda mitigarse los peligros procesales, como el de fuga y obstaculización, con medidas menos gravosas que la prisión preventiva, debe recurrirse a las alternativas distintas de la detención.

La Sala Constitucional de Costa Rica sostuvo recientemente en su voto n.º 20485-2020, la improcedencia de emplear la prisión preventiva como un mecanismo ejecutor para cumplir con la pena en un contexto de mora judicial, incluso en nota con razones separadas, la entonces magistrada Hernández López señaló que la superación de la mitad de la pena impuesta en prisión preventiva desnaturalizaría la prisión preventiva para convertirla en una pena adelantada. Un avance importante, aún si no se ha variado el criterio con relación a la constitucionalidad del peligro de reiteración como causal para la imposición de la prisión preventiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por otra parte, ya había señalado precisamente a la expansión de las causales de prisión preventiva como uno de los principales desafíos para reducir su uso en las Américas, como se observa de seguido:

En particular, las tendencias o mecanismos legislativos que promueven mayor encarcelamiento a fin de enfrentar la inseguridad ciudadana, y que en general buscan potenciar la aplicación de la prisión preventiva, se traducen principalmente en la ampliación de las causales de procedencia de la prisión preventiva más allá de su sola lógica cautelar, a través de fórmulas legales que a) extienden el sentido de la causal de peligro de fuga a hipótesis que la alejan de su lógica cautelar, por ejemplo, al dar preeminencia a consideraciones como la gravedad del acto y de la expectativa de la pena en caso de una eventual condena, o b) establecen causales de procedencia de la prisión preventiva diversas a las tradicionales o cautelares, y que responden a criterios punitivos o peligrosistas, como el peligro de reincidencia (CIDH, Informe Sobre Medidas Dirigidas a Reducir el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas del 3 de julio del 2017).

Con una mención directa se observa que, conforme a los lineamientos emanados del sistema interamericano de derechos humanos, justificar la prisión preventiva a partir de los juicios de peligrosidad subjetiva sobre los sujetos investigados o ponderar simplemente en abstracto las penas que pueden llegarse a imponer para emplearla se entendería como vedado convencionalmente. El primer razonamiento es propio de los postulados del derecho penal del enemigo, divorciado por completo de un sistema de justicia penal democrático, mientras que el segundo constituye una lectura incompleta sobre los criterios valorativos que impone llevar a cabo el Pacto de San José y los principios constitucionales aplicables a las medidas cautelares.

## **2. Sección II. Prisión preventiva para garantizar el orden público**

Las líneas esbozadas aquí, lejos de cualquier pretensión de agotar el tema servirán para avanzar en el diálogo sobre la posible distorsión del uso de la prisión preventiva en Brasil, como consecuencia del constante aumento de los planteamientos punitivistas, que acreditan el desencuentro expresivo entre derechos humanos consagrados en tratados internacionales y afirmados en la Constitución brasileña de 1988 y la dura realidad que enfrenta Brasil.

Con razón, Norberto Bobbio (2004) ha afirmado que el gran problema del tiempo ya no es establecer los derechos humanos, sino protegerlos.

En este trabajo dirigimos la mirada hacia la historia reciente de la eficacia de las fuentes internacionales de derechos humanos en el sistema legal interno de Brasil (o a la falta de ella), especialmente con relación al actual Código Procesal Penal brasileño.

Antes de cualquier análisis dogmático, es necesario recordar que la finalidad del derecho procesal penal es también la protección de las personas frente al poder punitivo, para legitimar y justificar el ejercicio de su potestad sancionadora, sometiéndolo a sus reglas (Lopes, 2019).

No es posible olvidar que el proceso penal como instrumento que pretende hacer justicia, aunque el concepto de justicia sea complejo, valorativo y atemporal, requiere la máxima atención a la libertad, ya que como muy bien señala Hannah Arendt, la libertad funciona como un carácter mismo de la existencia humana *ser humano y ser libre son uno y lo mismo* (Delmanto, 2019).

Ahí es donde se fundamenta la principal crítica de este estudio, la que sirvió como ruta para el análisis de la prisión preventiva. Aunque Brasil ha avanzado en la protección de los derechos humanos, ya sea afirmando la Constitución o ratificando los tratados internacionales, algunas de estas garantías parecen inalcanzables desde un punto de vista práctico cuando se observan algunos preceptos normativos que autorizan la imposición casi rutinaria de la prisión preventiva.

Llobet (2018) advierte que América Latina arrastra altos índices de prisión preventiva, considerándola un verdadero *talón de Aquiles* de los procesos penales latinoamericanos, desde hace mucho tiempo y hasta estos días. Como se ve más adelante, el problema especialmente brasileño se refiere a la existencia de un código procesal penal de 1941, cuyas modificaciones posteriores, especialmente después de la promulgación de la Constitución brasileña de 1988, no fueron suficientes para eliminar su carácter inquisitivo.

Es prudente recordar que la prisión preventiva es una excepción, como ya se indicó en el análisis costarricense, debido a que es una restricción a la libertad de una persona presuntamente inocente. Esto se traduce en la indispensabilidad de valorarla como último recurso, es decir, la prisión preventiva, aunque se encuentra relacionada con la instrumentalidad del proceso es la *ultima ratio*, solo es aplicable cuando todas las demás medidas cautelares que no restrinjan la libertad personal no puedan garantizar la buena marcha del proceso.

En contraposición con esto, se tiene que entre las causales para decretar la prisión preventiva en el Código Procesal Penal brasileño, en el punto referente al *periculum libertatis*, está prevista su aplicación para *garantizar el orden público y el orden económico* o para asegurar la instrucción penal y la aplicación de la ley penal. Metodológicamente, se optó por no discutir los demás requisitos referidos al *periculum libertatis*, sino únicamente a la prisión preventiva por razón de orden público, debido a su apertura lingüística para justificar la restricción de la libertad, lo que puede producir un uso indiscriminado de esta causal.

El análisis de la figura se confronta desde la perspectiva del Estado democrático de derecho y la observancia de los derechos fundamentales, buscando aportar algunos elementos empíricos, donde evidenciaremos una realidad que todavía apunta al encarcelamiento como solución rápida, sin embargo, ineficaz, contra el aumento de la delincuencia que azota el territorio brasileño. En ese contexto, el fundamento de la prisión que se basa en el *orden público* ha sido objeto de debate desde su introducción en el ordenamiento jurídico brasileño en 1941 (Regis y Santos, 2018). Desde entonces, el derecho procesal ha sufrido varios cambios legislativos, insuficientes para borrar el autoritarismo que marcó la época en que se legisló. Consideramos fundamental llevar una contextualización histórica al lector, aunque sea de forma breve y sucinta, ya que la contextualización es metodológicamente fundamental para la comprensión del instituto objeto de estudio.

La experiencia muestra muchas veces la preocupante tendencia al simple olvido del pasado histórico y como muy bien afirma Edmundo Burke: *Un pueblo que no conoce su historia está condenado a repetirla*. Brasil en el siglo XX estuvo marcado por periodos autoritarios y dictatoriales, se debe inicialmente demostrarle al lector que este extenso territorio de América del Sur tuvo más de 300 años de esclavitud. Como destaca Patto (2017), este dato por sí solo explica muchos de las prácticas constitutivas de las relaciones ciudadano/autoridad que impregnan el tejido social brasileño e inducen numerosas consecuencias de diversos órdenes, entre ellas, el irrespeto a las garantías fundamentales.

Existen varios problemas sociales en Brasil, con una fuerte contribución de la dura época de la esclavitud, que incluso después de su abolición todavía se acentuaron, tratando a la población negra como inferior y prefiriendo la inmigración blanca para el trabajo, en lugar de garantizar la inclusión de los negros. Eran tiempos de un notorio recrudescimiento de la actuación policial en el Estado brasileño, observándose los problemas de seguridad pública solo como un caso policial (Patto, 2017).

El Código Procesal Penal brasileño fue redactado en 1941, es decir, solo 53 años después de la abolición de la esclavitud, bajo la custodia de la Constitución de 1937, que se promulgó con el objetivo de dar continuidad al poder autoritario de Getúlio Vargas, como se observa desde el preámbulo de

esa Constitución. Fue una época marcada por el autoritarismo y el encarcelamiento arbitrario y así Patto puntúa:

Flagrantemente antidemocrático, el Estado nuevo se constituyó sobre la base del autoritarismo y el terror policial, reforzando las prácticas e ideologías de control social instauradas por el régimen esclavista, pero ahora con rasgos republicanos y constitucionales, rasgos que son meramente decorativos ya que de lo que se trataba era de verdadera autocracia de excepción (p. 116).

El Código Procesal Penal brasileño, vigente hasta hoy, lleva en su esencia normas previstas e idealizadas en un periodo autoritario, marcado por una visión de que el procedimiento penal tiene la responsabilidad del mantenimiento del orden público y la contención de lo que llamaron en expansión de la criminalidad, según la exposición de la legislación publicada en ese momento. Todo el problema se vuelve más complejo por esa razón, sobre todo la prisión preventiva para mantener el orden público, porque es propia de una época en que el proceso penal no era visto como protección de garantías fundamentales, la libertad y límites al poder del Estado.

No es solo en Brasil que acarreamos este problema histórico relacionado con el hecho de que el procedimiento penal se utilizó con severidad por el Estado durante mucho tiempo, considerando la prisión antes de la sentencia un presupuesto para la búsqueda de prueba, es decir, la confesión (Prado, 2018). Lo que todavía hoy se observa es que se mantiene la idea de que el proceso penal sirve como un instrumento de defensa social y cuidado de la seguridad pública, en lugar de considerarlo una garantía de la persona imputada, lo que remite a los regímenes autoritarios arraigados.

En la actualidad, constatamos que cuanto mayor es el atractivo mediático de un determinado delito, mayores son las posibilidades de prisión preventiva a través de este razonamiento, como una forma de responder al clamor social existente. No es raro que la doctrina brasileña critique la apertura semántica que existe en la disposición de una prisión preventiva basada única y exclusivamente en el mantenimiento del orden público, que impone al juez un análisis evaluativo y una interpretación abierta para el uso del instrumento, con lo que puede desconocer los derechos fundamentales —un logro de la humanidad— para de responder al sentimiento social de venganza.

El uso de la prisión preventiva como respuesta al aumento de la delincuencia ya fue criticado por Sergio García Ramírez en una importante votación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bayarri v. Argentina*:

8. No obstante los argumentos que campean para la reducción racional de la privación cautelar de la libertad, en diversos lugares se ha observado el empleo creciente, hasta ser desmesurado, de este medio supuestamente precautorio. Esta expansión resulta de lo que he llamado la desesperación y exasperación de la sociedad —la opinión pública o las corrientes que la informan y administran— frente al auge de la delincuencia. El temor que ésta impone a la sociedad, ante la impotencia de los instrumentos formales e informales del control social —ineficacia, insuficiencia, indiferencia, colusión—, sugiere al legislador una vía sencilla y expedita, aunque cuestionable y regularmente ineficaz: imponer la prisión preventiva en un creciente número de hipótesis, casi siempre en condiciones que igualan o empeoran las que rigen —constantemente denunciadas en las resoluciones de la Corte Interamericana— en un elevado número de reclusorios, que no hacen honor a su designio como planteles de readaptación, rehabilitación, reeducación, reinserción, etcétera.

En este importante caso, Sergio García Ramírez también advierte sobre la importancia de buscar medidas sustitutivas de la privación de libertad, ya que como ya advertimos antes, se trata de la detención de una persona todavía inocente, considerada por fuerza constitucional. La apertura semántica que da lugar a una interpretación abierta y valorativa, siempre acompañada de otros conceptos a los efectos de justificar la medida, ya ha sido objeto de varias críticas, como ya hemos señalado, entre ellas la inconstitucionalidad de esta modalidad de prisión preventiva (Arcangelo, 2021).

Seguimos este entendimiento en la medida en que la disposición legal del decreto de prisión preventiva basada en un concepto abierto como orden público importa al confundir el proceso penal como instrumento para disuadir el delito y no para proteger las garantías individuales, lo que incluso tiene una protección especial en la constitución de 1988 y en cláusulas pétreas. Si nos atenemos aún a un análisis convencional, el diagnóstico cobra todavía más peso, cabe mencionar que el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, ya había destacado el carácter excepcional de

la prisión preventiva, el rigor de los criterios de necesidad y proporcionalidad y también encontró desde este informe del 2013 que Brasil tendría una de las poblaciones carcelarias más grandes del mundo, con un número significativo de presos en espera de juicio.

Con respecto a los problemas sociales y la exclusión histórica de una parte de la población brasileña, la realidad muestra que el sistema penitenciario brasileño, además de padecer la situación de hacinamiento y precariedad a la que están sometidos los individuos (en donde convergen varias violaciones a los derechos humanos), actúa de manera selectiva. Se prefiere siempre el encarcelamiento de personas de los estratos más pobres de la sociedad (Favarin, s. f.).

El hacinamiento en las cárceles es una realidad y un problema y la detención de presuntos inocentes solo contribuyó al hacinamiento y, en consecuencia, la violación de los derechos humanos de los que estaban allí nos dejó en una situación precaria. Además de vulnerar derechos fundamentales, el hecho llama la atención porque también vulnera principios convencionales y advierte sobre los riesgos para la propia democracia, ya que la graduación democrática de un determinado Estado está íntimamente ligada con el respeto de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Aunque la dignidad de la persona es un fundamento de la República Federativa de Brasil, el sistema penal brasileño y el uso indiscriminado de la prisión preventiva revelan que los valores democráticos todavía no están arraigados en la cultura brasileña. Esto se refleja no solo en la existencia de un código promulgado durante un periodo autoritario, sino en la constatación de que los cambios legislativos posteriores no fueron suficientes para cambiar la forma de ver el proceso penal.

Todavía se vive un obstáculo terrible para la humanización del proceso penal e incluso para su compatibilidad convencional y constitucional, en la medida en que el aumento de la delincuencia presupone una rápida respuesta de la sociedad al clamor de la prisión. Mientras se mantenga la prisión preventiva a partir de un concepto abierto e indeterminado como la preservación del orden público, mayores son las dificultades para alcanzar un proceso penal fundado en el control del poder estatal y el respeto por la libertad.

### **3. Conclusiones**

Como se dejó ver desde el inicio, este artículo buscaba analizar dos causales de prisión preventiva desde la óptica del derecho comparado. Sin embargo, partió de un prospecto de investigación mucho mayor, la evaluación constante y pormenorizada de la convencionalidad

y la constitucionalidad de los presupuestos para la imposición de la prisión preventiva en Costa Rica, Brasil y toda la región.

Desde un punto de vista teórico y con el enfoque elegido, trajimos a la mesa de discusión los problemas que se relacionan con la eficacia de los derechos humanos dentro de los procesos penales, al menos en lo que concierne al encarcelamiento preventivo de personas todavía no declaradas culpables. Esta medida solo puede justificarse convencionalmente como mecanismo excepcional de aseguramiento procesal y no como primera respuesta para atender al clamor de la seguridad ciudadana.

El peligro de reiteración delictiva y la preservación del orden público no pasan de ser simples respuestas autoritarias para adelantar la pena a las personas a quienes se imputan los delitos que causan mayor rechazo social, pero por la naturaleza amplia y subjetiva de su redacción, resultan aplicables a prácticamente cualquier otro supuesto. Ambas causales solo se encuentran restringidas por la ponderación subjetiva de riesgo que haga el juzgador sobre la persona imputada en el proceso penal y no admiten ni siquiera la proposición de pruebas para cuestionar su concurrencia, sometida casi totalmente a la íntima convicción del juez y no a parámetros objetivos. Más que auténticos peligros procesales, estas no van dirigidas resguardar los fines del proceso, sino a la colectividad frente a futuras e inciertas infracciones, por parte de los sujetos investigados.

Figuras como estas evidencian que los procesos penales, necesariamente necesitan pasar por el filtro de la Constitución Política y del *corpus iuris* de los derechos humanos. Esto para asegurar que se encuentre regulado con el propósito de proteger a los ciudadanos y no perfilarse como herramienta jurídica pensada para neutralizar a *enemigos públicos*, salvaguardar la libertad y justificarse en la necesidad de regular la actuación estatal legítima y equilibrada para reprimir las conductas delictivas sin desmedro por garantías tan elementales como la presunción de inocencia.

El artículo 312 del Código Procesal Penal brasileño adopta un criterio vago para la promulgación de la prisión preventiva, es decir, la garantía del orden público, el centro de la crítica. Lo que se ve es que el texto normativo traído a debate es de 1941 y sus cambios legislativos no fueron suficientes para eliminar su carácter autoritario y causa problemas tan graves como el hacinamiento carcelario.

Por otro lado, el peligro de reiteración o continuidad delictiva en Costa Rica previsto en el artículo 239 del CPP y expandido en el 239 bis, pese a ser una norma de vieja data, polémica y con gran apertura hacia la arbitrariedad se expandió en la última modificación legislativa que lo abordó, en lugar de suprimir o restringir objetivamente su aplicación.

Siguiendo los lineamientos del sistema interamericano de derechos humanos y reconociendo los problemas que produce el empleo indiscriminado de la prisión preventiva sobre los estados de derecho, lo conveniente es la derogación de ambas causales en sus ordenamientos jurídicos. Deberían mantenerse únicamente las causales de prisión preventiva que tutelan directamente los fines de la justicia penal en términos más democráticos, léase aquellas que pretenden impedir la evasión de la justicia y la obstaculización de las investigaciones penales, con una finalidad inconfundible de aseguramiento estrictamente procesal.

## Bibliografía

- Arcangelo Fedato, M. y Kazmierczak, L. F. (2021). Análise crítica da expressão garantia da ordem pública na prisão preventiva. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, 35. <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/14>
- Asamblea legislativa de Costa Rica. (1973). Ley n.º 5377, Código de Procedimientos Penales y sus reformas. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=1061&nValor3=1138&strTipoM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=1061&nValor3=1138&strTipoM=TC)
- Asamblea legislativa de Costa Rica. (1996). Ley n.º 7594, Código Procesal Penal y sus reformas. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297)
- Bobbio, N. A. (2004). *Era dos Direitos*. Elsevier.
- Brasil, Constituição. (1937).
- Chinchilla Calderón, R. y García Aguilar, R. (2005). *En los Linderos del Ius Puniendi, Principios Constitucionales del Derecho Penal y Procesal Penal*. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). *Informe Sobre Medidas Dirigidas a Reducir el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas del 3 de julio del 2017*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>
- Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1969). [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Sentencia de fondo, reparaciones y costas del primero de febrero del 2006, para el caso López Álvarez Vs. Honduras. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s. f.). *Caso Bayarri vs. Argentina*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf)
- Delmanto Junior, R. (2019). *Liberdade y prisão no processo penal-as modalidades de prisão provisória y seu prazo de duração*. Editora Saraiva.
- Favari, A. P. O. (s. f.). *Controle de convencionalidade no processo penal como condição de possibilidade para um maior diálogo com os direitos humanos* (Dissertação de Mestrado). Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul-UNIJUÍ. <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/6264>
- Llobet Rodríguez, J. (2018). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*. 1º edición. Editora Jurídica Continental.
- Lopes, J. A. (2019). *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. Saraiva Educação.

- Patto, B. J. O. (2017). Código de processo penal brasileiro 75 anos depois: uma trajetória de autoritarismos, ineficiências, descasos e retrocessos. *Revista Pensamento Jurídico São Paulo*, 11(1). <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/91>
- Regis, P. L. y Santos, D. P. (2018). *Prisão Preventiva-A Contramão da Modernidade*. Grupo GEN.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1992). Voto n.º 14381992 de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-80399>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2020). *Voto n.º 20485-2020 de las nueve horas veinte minutos del veintitrés de octubre del dos mil veinte*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-999777>
- Ziffer, P. (2013). *Lineamientos de la Determinación de la Pena*. (2.ª ed.). Editorial Ad-Hoc.