

RETENES POLICIALES A LA LUZ DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

Jeffrey G. Gonzaga Flory¹

RESUMEN: El artículo explora la posibilidad de aplicar el control de convencionalidad, por cualquiera de las autoridades jurisdiccionales penales costarricenses, sin necesidad de acudir ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Desde esta óptica, analiza el registro de vehículos, los retenes policiales y los controles de carretera, concluyendo que en dichas diligencias, se debe ponderar la existencia de una noticia *criminis*, así como la proporcionalidad de la vinculación espacio-temporal de los hechos, con el sujeto sometido a la diligencia.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, control de convencionalidad, retenes policiales, requisa, registro de vehículos.

ABSTRACT: The article explores the possibility of applying the control of conventionality by any of the Costa Rican judicial authorities, without recourse to the Constitutional Chamber of the Supreme Court. From this perspective, it analyzes vehicle registration, police checkpoints and roadblocks, concluding that in these proceedings, it should ponder the existence of a “notitia criminis” and the proportionality of space-time linking of facts with the subject submissive to the diligence.

¹ El autor es licenciado en derecho y cursó la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Actualmente, se desempeña como letrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Correo jgonzagaflorey@gmail.com.*El artículo, salvo algunas correcciones realizadas con posterioridad, fue elaborado en el 2014 con ocasión del curso Derecho Penal Internacional, impartido en la Maestría Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, control of conventionality, police checkpoints, requisition, vehicle registration.

Fecha de recepción: 22 de Julio de 2015.

Fecha de aprobación: 5 de agosto de 2015.

“Cualquier sociedad que renuncie a un poco de libertad para ganar un poco de seguridad, no merecen ninguna de las dos cosas”

Benjamin Franklin, 1706-1790

I. PREÁMBULO

El recorrido histórico del reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado, llevó a Costa Rica a emitir en un periodo de tan solo 50 años, comprendido entre 1821 y 1871, un total de 10 Constituciones: Pacto de Concordia, Primer Estatuto Político, Segundo Estatuto Político, Constitución del Estado de Costa Rica, Ley de Bases y Garantías, Constitución Política de 1844, Constitución Política de 1844, Constitución Política de 1847, Constitución Política de 1848, Constitución Política 1859 y Constitución Política de 1869 (Hernández Valle, 1993 p. 40-41).

Superada esta etapa de constante cambio, producto de un golpe de Estado ejecutado por el General Tomás Guardia, el 7 de diciembre de 1871 se emitió la Constitución de 1871, que cedió ante la Constitución Política de 1949, la cual permanece vigente hasta el día de hoy.

Con posterioridad a la emisión de esta última Carta Magna, uno de los avances más significados obtenidos en el ámbito costarricense, fue la promulgación de la Ley N° 7128 del 18 de agosto de 1989, mediante la cual se

reformaron los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, creando de esta forma la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Aunque el modelo concentrado de control de constitucionalidad se remonta al Código de Procedimientos Civiles de 1933, ejercido en dicho contexto por la Corte Plena, no es sino hasta la conformación de la Sala Constitucional mediante la Ley N° 7128 del 1 de septiembre de 1989, cuando se establece un órgano especializado con competencia para el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, a través de la declaratoria de la inconstitucionalidad de normas (de cualquier naturaleza) y de los actos sujetos al derecho público.

Asimismo, el reconocimiento del derecho al recurso de habeas corpus y al recurso de amparo (en el artículo 48 de la Constitución Política, a los cuales ya se hacía referencia desde la Ley N° 35, del 24 de noviembre de 1932 y Ley N° 1161, del 2 de junio de 1950 respectivamente) y la emisión de la Ley N° 7135, del 11 de octubre de 1989, denominada Ley de Jurisdicción Constitucional (LJC) en donde se establece que *“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”*, permitió que las garantías constitucionales, otrora derecho de papel (*law in the book*), fueran cada vez más derecho vivido (*law in action*) (Chan Mora, 2013, p. 87).

Posteriormente, con el reconocimiento de los tratados internacionales como normas de rango *supra* constitucional cuando éstos otorguen mayor protección a los derechos fundamentales (modificando la concepción tradicional de jerarquía de las fuentes establecida en la pirámide de Kelsen), se amplió la base normativa de la Sala Constitucional que sirve de espectro para fundamentar la vigencia de las garantías del ciudadano, frente a las arbitrariedades del Estado.

En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto 2313-2000, del 9 de mayo de 1995 indicó que: *“los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93)”*.

Incluso, la misma sentencia pone de manifiesto la trascendencia del reconocimiento *supra* constitucional en materia de derechos fundamentales, indicando que *“Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años”*.

Adicionalmente, es necesario considerar que el carácter *supra* constitucional de los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales, no se encuentra limitado a los supuestos de cumplimiento del procedimiento de aprobación de la Asamblea Legislativa, definido en el artículo 7 de la Constitución Política. Lo anterior, según se la resolución 9685-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, donde estableció que:

«En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los **"instrumentos internacionales"**, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no hay sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país».

Sin embargo, en el inacabado camino hacia un Estado Democrático de Derecho con vigencia material, existe una posibilidad poco explorada pero cada vez mas necesaria en el contexto histórico costarricense, donde solo quedan vestigios de las interpretaciones progresivas sobre los derechos fundamentales afectados en los procesos penales que realizaba la Sala Constitucional en sus primeros años de creación, lo cual incluso incidió en la formulación del Código Procesal Penal de 1996, pues era necesario poner a la Justicia Penal *“a tono con la jurisprudencia de la Sala Constitucional y la normativa internacional sobre Derechos Humanos”* (Sáenz Carbonell, 2007, pag. 239).

Este nuevo camino, es precisamente el control de convencionalidad, amparado en la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como *“Pacto de San José de Costa Rica”*(CADH).

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por la Asamblea Legislativa el 23 de febrero de 1970, mediante Ley N° 4534, la CADH estableció un nuevo marco normativo integrado al bloque de constitucionalidad, el cual amplió el espectro de garantías del ciudadano, frente al Estado.

Asimismo, este cuerpo normativo determinó en su artículo 33 la creación de dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). A pesar de ello, según lo dispuesto en los artículos 45 y 62, la competencia de dichos órganos debía de ser reconocida en el momento de depósito del instrumento de ratificación.

Desde esta óptica, a pesar que la suscripción del CADH se dio desde 1969 y el cumplimiento del procedimiento interno por parte de la Asamblea Legislativa se dio en 1970, es hasta el 2 de julio de 1980, cuando Costa Rica deposita el instrumento ante la Secretaría General de la OEA, que se reconoce la competencia tanto de la CIDH, como de la Comisión (Organización de Estados Americanos, 2014).

En este orden de ideas, es necesario precisar que en virtud de la resolución de la Asamblea General de la OEA número 372 (VII-0/78), aprobada en la séptima sesión plenaria celebrada el 10 de julio de 1978, así como la Ley N° 6889, del 9 de noviembre de 1983, denominada Convenio para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la ubicación espacial de la CIDH se estableció en Costa Rica.

Este marco de referencia sobre la CIDH, permite realizar un paralelismo entre la Constitución Política y la Sala Constitucional, con la CADH y el CIDH. Precisamente de este análisis comparativo, es posible notar con meridiana claridad que los órganos creados para implementación de los cuerpos normativos, en ambos casos, son precisamente los que permiten desarrollar los derechos y garantías de los instrumentos legales en los que se fundamenta su jurisdicción, de forma tal que, al igual como Sala Constitucional ha podido desarrollar los preceptos constitucionales interpretando el bloque de constitucionalidad, la CIDH ha desarrollado los preceptos establecidos en la

CADH y el bloque de convencionalidad, mediante la fuerza vinculante de los fallos que de ellos emanan, dando origen al llamado *effet utile* o efecto útil.

El carácter vinculante de las resoluciones de la CIDH, tiene asidero normativo en el artículo 2 de la CADH, mismo que obliga a los Estados a *“adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*.

Precisamente, el marco legal y orgánico descrito *supra*, es el que posibilita el ejercicio del control de convencionalidad, entendido como la aplicación de los preceptos establecidos en la CADH y la jurisprudencia de la CIDH por parte de los jueces.

Siguiendo la nomenclatura utilizada por el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la CIDH para el periodo 2013-2018, el ejercicio del control de convencionalidad se puede clasificar en concentrado y difuso, según el órgano jurisdiccional que la aplique. Así, el control concentrado es ejercido directamente por la CIDH en sede internacional; mientras el control de convencionalidad difuso, es realizado por los jueces nacionales en sede interna (Brewer-Carias, Santofimio Gamboa, 2013, p. 45).

De la correlación de los artículos 48 de la Constitución Política, donde se indica que *“recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”* y los incisos a) y b) del artículo 2 de la LJC, según los cuales, le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional *“Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica”*, así como *“Ejercer ... la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.”*, es necesario precisar si, ¿el control de convencionalidad puede ser ejercido por los jueces ordinarios?, o por el contrario, ¿subsiste un sistema concentrado de control de convencionalidad de forma tal, que solo puede ser ejercido por Sala Constitucional?.

En este sentido, el juez Ferrer Mac-Gregor ha indicado que:

«... no existe duda que el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, 33 de un total de treinta y cinco que forman la OEA» (Brewer-Carias & Santofimio Gamboa, 2013, p. 58).

Desde esta perspectiva, Ferrer Mac-Gregor es del criterio que ante un ordenamiento de control concentrado de constitucionalidad como el costarricense, el control de convencionalidad debe ser ejercido exclusivamente por el órgano que ejerce dicha jurisdicción. Así, en el voto razonado de la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, refiriéndose a los países donde no se permite el control difuso de convencionalidad, se indicó que:

«no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos, es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el “control difuso de convencionalidad” con menor intensidad, sin que ello signifique que no pueden realizarlo “en el marco de sus respectivas competencias”. Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una “interpretación convencional de la misma”».

Esta apuesta de Ferrer Mac-Gregor por la seguridad jurídica en relación con el control de convencionalidad, tiene por inconveniente la necesidad de agotar un procedimiento previo a lo interno de las jurisdicciones con control concentrado de constitucionalidad, atrasando y condicionando de forma innecesaria, la puesta en vigencia material de un derecho fundamental reconocido en un instrumento internacional.

Contrario a la posición de Ferrer Mac-Gregor, el Dr Allan Brewer Carías ha indicado que:

“aún en los países que tiene un sistema concentrado de control de constitucionalidad, a pesar del mismo, todos los jueces y tribunales debe aplicar la Convención Americana y por ello están llamados a ejercer control difuso de convencionalidad; lo que implica que en caso de incompatibilidad o conflicto entre una norma interna que deba aplicar para resolver un caso concreto y normas de la Convención Americana, debe dar preferencia a estas y desaplicar las normas de derecho interno contrarias a la convención”(Brewer-Carias & Santofimio Gamboa, 2013, p. 63).

Este análisis llevaría a que en los países como en Costa Rica, donde a pesar que existe una imposibilidad legal de aplicar un control difuso convencionalidad mediante la desaplicación de una norma, los magistrados de la Sala Constitucional, pero también los jueces en la materia de su competencia, tienen el poder-deber de aplicar de forma directa, no solo la interpretación conforme de la CADH y la jurisprudencia de la CIDH, sino también el control de convencionalidad entendido como la posibilidad de desaplicar en el caso la norma del ordenamiento jurídico de carácter inconvencional.

A pesar del reclamo acerca de la inseguridad jurídica por aplicación directa de la CADH o la aplicación de la jurisprudencia de la CIDH, la interpretación de Brewer-Carías es la más adecuada. Lo anterior, por cuanto permite realizar el efecto útil de la CADH, soluciona el caso concreto con mayor celeridad, posibilitando el acceso a la justicia de manera pronta, cumplida y evita que la vigencia material de un derecho fundamental dependa del aval de otro órgano jurisdiccional.

Sobre esta posibilidad de control difuso de convencionalidad, en países con modelos de control concentrado de constitucionalidad, Brewer-Carías indica que *“en los países en los cuales no existe un control difuso de constitucionalidad nada impide que los jueces y tribunales a los cuales se aplican directamente las previsiones de la Convención Americana puedan*

ejercer el control difuso de convencionalidad” (Brewer-Carias, Santofimio Gamboa, 2013, p. 62).

Asimismo, considerando que la CIDH ha desarrollado los preceptos establecidos en la CADH, conviene precisar que el poder-deber de aplicar los preceptos de la convencionalidad abarca no solo la normativa de la CADH, sino también toda la jurisprudencia de la CIDH.

El fundamento jurídico de esta afirmación, radica no solo en el reconocimiento de las competencias realizadas por el país suscriptor de la CADH, sino también en la interpretación que al respecto ha realizado la CIDH en el considerando 124 de la sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el caso conocido como Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, donde se estableció que:

«el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

Asimismo, en la resolución 9685-2000 del 1 del noviembre del 2000, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se reconoció como fuente informadora del ordenamiento jurídico costarricense, la jurisprudencia de la CIDH, señalando que *“Dentro de ese orden de ideas, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor”*.

Por tanto, a pesar de lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es posible concluir que los jueces ordinarios de Costa Rica, incluidos los jueces penales costarricenses, ya sean integrantes del Juzgado Penal, del Tribunal Penal, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, así como los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran no solo en la facultad, sino en la obligación de aplicar de manera directa tanto la CADH, como la jurisprudencia de la CIDH.

III.- REDADAS Y DETENCIONES POLICIALES EN COSTA RICA

Entre las acciones policiales realizadas por los cuerpos policiales, se encuentra los denominados los retenes policiales, acto de investigación que debe de diferenciarse de las redadas.

Si recurrimos a las definiciones de la Real Academia Española, es posible conceptualizar la redada, en su tercera acepción como: *“Operación policial consistente en apresar de una vez a un conjunto de personas”* (Real Academia Española, 2014). Mientras, el concepto de retén en su tercera, es definido como *“Puesto fijo o móvil que sirve para controlar o vigilar cualquier actividad”* (Real Academia Española, 2014).

Ambas diligencias, frecuentes en la actividad de policial administrativa costarricense, suelen presentarse de forma conjunta con actos de investigación propios de un proceso penal como son: la requisa y el registro de vehículos.

En este sentido, el artículo 189 del Código Procesal Penal establece que, la policía se encuentra facultada para realizar la requisa personal *“siempre que haya motivos suficientes para presumir que alguien oculta pertenencias entre sus ropas o que lleve adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito”*.

Sobre el procedimiento para la ejecución de la requisa, el mismo numeral del código de marras indica que *“se deberá advertir a la persona acerca de al sospecha y del objeto buscado, invitándola a exhibirlo... se realizará en presencia de un testigo, que no tendrá vinculación con la policía”*.

Por otra parte, el artículo 190 también del Código Procesal Penal regula la ejecución del registro de vehículos. Para dichos efectos se señala que dicha diligencia puede ser realizada por la policía, pero *“siempre que haya motivos suficientes para presumir que persona oculta en él objetos relacionados con el delito”*, remitiendo a su vez, al procedimiento y formalidades de la requisa transcritas *supra*.

No es casualidad que el legislador haya decidido regular ambas diligencias, pues a pesar de los cambios de nomenclatura a control de carreteras o filtros², eufemismos tendientes a ocultar la verdadera naturaleza

² Nomenclatura utilizada en el Manual de Procedimientos Policiales de la Dirección de Seguridad Turística del Ministerio de Seguridad Pública en donde se define a los filtros como “Proceso de revisión de personas o vehículos. Procedimiento policial preventivo utilizado en

de la diligencia, en todos los casos se incide de manera tangencial sobre la libertad de tránsito y la intimidad.

Precisamente, al conllevar la afectación de derechos fundamentales de los ciudadanos, es necesario resaltar que el ejercicio de esta potestad coercitiva (los retenes y las redadas) por parte del Estado, no puede ser ejercida de manera irrestricta, situación que ha sido reconocido por la CIDH en la sentencia del 21 de julio de 1989, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, donde se estableció que *“...no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos”*.

En el mismo sentido, María Elena Godoy indica que *“en la protección de los derechos humanos, esta necesariamente comprendida la restricción al ejercicio del poder estatal”* (Godoy, 2009, p. 188).

Por otra parte, la práctica de los retenes y redadas, había sido avalada por la jurisprudencia constitucional costarricense en distintas resoluciones. En este sentido, el voto 10309-2002 del 25 de octubre del 2002, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, analizando un reclamo por la aplicación indiscriminada de retenes policiales, se indicó que: *“...las autoridades recurridas lesionan sus derechos fundamentales al ordenar y ejecutar revisiones a todos los individuos que transitan a lo largo de la Carretera Interamericana, haciéndolos descender de sus vehículos, taxis y autobuses y revisando indiscriminadamente sus equipajes y enseres personales”*.

En la fundamentación de dicha resolución, la Sala Constitucional avaló las actuaciones judiciales considerando que: *“...las actividades desplegadas por las autoridades son compatibles con las competencias y atribuciones de prevención y vigilancia a su cargo”*.

Lo anterior, a pesar que la propia autoridad policial reconoce de manera tácita que la ejecución de retenes policiales, es una actividad esencialmente represiva, al orientarse a la búsqueda de responsables de un delito. Sin embargo, dicha diligencia se realiza mediante metodologías de abordaje de

dispositivos de tipo control de carreteras, ingreso a estadios o sitios de ingreso masivo. Revisión de un área específica, propiedad o un grupo de personas a través de etapas o fases, hasta lograr abarcar su totalidad, con el fin de detectar objetos que ponen en riesgo la integridad física o la vida de los presentes.”

carecer preventivo, por cuanto incide en una generalidad de individuos, sin establecer vínculo específico entre el objeto del acto y los sujetos sometidos éste.

En este sentido, según consta en la resolución citada, el fin de los retenes era *“controlar ingreso al país de mercaderías de contrabando, ilegales e indocumentados, documentos falsos, guías de ganado, madera y todas las actividades tendientes a evadir las autoridades aduaneras”*, lo cual esta relacionado con delitos como por ejemplo: infracción a la Ley General de Aduanas o al Código de Normas y Procedimientos Tributarios; tráfico ilícito de migrantes; movilización ilegal de ganado, productos y subproductos; transporte ilegal de madera; y uso de documento falso.

Posteriormente, aunque usando todavía como fundamento la resolución 10309-2002, en el voto 14821-2010 del 3 de septiembre de 2010, la Sala Constitucional, con ocasión de un recurso de amparo presentado por sujeto interceptado en un operativo policial de rutina ejecutado en San Antonio de Escazú, lugar donde fue sometido a la revisión de su vehículo, sin la existencia de justificación alguna, noticia *criminis* o indicio comprado de la comisión de un delito, el órgano constitucional realizó un análisis que incluyó el bloque de convencionalidad, concluyendo que la diligencia policial violentó derechos fundamentales del gestionante.

Para arribar a dicha conclusión, se tomó en consideración la sentencia de la CIDH del 21 de setiembre del 2006, en el Caso Servellón García y otros vs. Honduras, donde se señaló que:

“87. (...) con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la

integridad personal y, en algunos casos, la vida.... Por ello, una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria.”

Debe resaltarse que la conclusión de la CIDH tiene asidero normativo en el artículo 7.3 de la CADH, donde se prohíbe la privación arbitraria de la libertad ambulatoria o de tránsito de los ciudadanos por parte del Estado. Así, el numeral citado reconoce expresamente el derecho fundamental, indicando que *“Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”*.

Por otra parte, en esta ocasión (voto 14821-2010), la Sala Constitucional declaró con lugar el recurso y ordenó *“realizar retenes solo cuando exista indicio comprobado de un delito o noticia criminis, de acuerdo al artículo 37 de la Constitución Política”*, considerando que:

“La policía debe actuar conforme a protocolos específicos, donde se establezcan las condiciones, forma, presupuestos, etc. en que pueden realizarse controles como el que motivó este recurso. La vigilancia en carretera no constituye una actuación ilegítima o arbitraria en sí misma, pero debe estar necesariamente relacionada con la investigación de un hecho delictivo y realizarse con criterios de razonabilidad”.

Es importante tomar en consideración que la Sala Constitucional no se limitó a realizar un análisis comprensivo del bloque de convencionalidad, integrado por la CADH y las sentencias de la CIDH, sino que cita como referencia sentencias de órganos *supra* nacionales en materia de derechos humanos. Así, consideró la sentencia del 12 de enero de 2010, de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el caso de Gillan and Quintón vs. El Reino Unido. Dicha sentencia, realiza una distinción entre privación y restricción de libertad, indicando en su análisis de proporcionalidad que aún una detención por un periodo de 30 minutos, es constitutiva de una privación de libertad. Así, la CEDH indicó que:

«La diferencia entre la privación y la restricción de la libertad, es, simplemente una cuestión de grado o intensidad, y no una cuestión de naturaleza o sustancia (de fondo). Aunque el proceso de calificación entre ambas categorías, muchas veces resulta no ser una labor fácil, en la que los casos límite son un tema de pura opinión, la Corte no puede eludir haciendo la elección sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 5 (véase *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, §§92-93, Series A no. 39; *Ashingdane v. The United Kingdom*, [...]) 57. La Corte observa que aunque la extensión del tiempo durante el cual cada petente fue detenido y requisado, en ninguno de los casos excedió de 30 minutos, período en el que los demandantes fueron totalmente privados de cualquier libertad de movimiento. Ellos fueron obligados a permanecer donde estaban y fueron sometidos a la inspección, y si ellos se rehusaban serían arrestados, trasladados a la estación policial y se les imputarían cargos delictivos. **Este elemento de coerción es indicativo de una privación de libertad dentro del significado del artículo 5.1** (la negrilla no es del original) (véase. por ejemplo, *Foka v. Turquía*, [...]). En ese caso, no obstante, la Corte no está llamada a determinar la cuestión a la luz de las evidencias que se analizan abajo, en relación con el artículo 8 de la Convención».

Consecuente con lo ordenado por la Sala Constitucional, mediante directriz No. DGFP-2010³ del 6 de octubre del 2010, suscrita por el Comisario Juan Jose Andrade Morales en su condición de Director General de la Dirección General de Fuerza Pública, se emitió el denominado “*Protocolo Para Documentar Noticia Criminis que Justifiquen la Realización de Controles de Carretera*”.

³http://www.fuerzapublica.go.cr/wpcontent/uploads/2011/03/Directriz_para_documentar_noticia_criminis.pdf

Dicho protocolo establece la necesidad de documentar «*aquella “noticia criminis” que fundamente la necesidad operativa de realizar controles de carretera que permitan ubicar al autor (es) del hecho delictivo*».

Sin embargo, del análisis del protocolo mencionado y el “*acta de noticia criminis*” que se adjunta al citado documento, no se desprende la exigencia de relación alguna entre la noticia de una actividad delictiva y la metodología para la selección de los sujetos o vehículos que vayan a ser detenidos, lo cual no inocula de arbitrariedades la ejecución de retenes o redadas en la selección de los ciudadanos objeto de la diligencia, ni los lugares donde estos pueden ser ejecutados, pues ambas aún pueden ser aplicadas de forma indiscriminada.

Con posterioridad al voto 14821-2010, en contra de lo establecido en el bloque de convencionalidad, la Sala Constitucional legitimó la ejecución de retenes policiales y requisa de vehículos por la existencia de una noticia *criminis*, sin analizar los criterios de selección de los sujetos sometidos a dicha diligencia, a pesar de las exigencias del Código Procesal Penal sobre el indicio de actividad delictiva. En este sentido, en el voto 15061-2011 del 4 de noviembre de 2011, la Sala Constitucional declaró sin lugar un recurso de habeas corpus por la retención de un individuo, considerando que:

“no se han conculcado los derechos fundamentales del amparado, ya que -en primer lugar- el operativo realizado por los oficiales de la Fuerza Pública, del Organismo de Investigación Judicial y de la Policía de Tránsito en el sector de Dominical de Osa, se encuentra debidamente fundamentado en la noticia *criminis* en la que se daba alerta no sólo del robo de vehículos sino, además, del trasiego de sustancias psicotrópicas o de uso no permitido”.

Esta interpretación del órgano concentrado de control de constitucionalidad que legitima la actuación policial, violenta el bloque de constitucionalidad, ya que permite la ejecución de retenes policiales, registro de vehículos y requisas personales (todas de carácter represivo) a partir de datos sobre la incidencia criminal.

Debe llamarse la atención que la incidencia criminal, es un factor que puede ser utilizado por los órganos policiales para realizar cualesquiera

acciones preventivas. Así, en el desarrollo de su política criminal, se podrá distribuir el personal policial en las zonas con mayor incidencia delictiva, pero para poder limitar la libertad de tránsito y la intimidad de los ciudadanos, es necesario vincular de forma razonable el hecho investigado o noticia *criminis*, con el sujeto que es a su vez objeto de la diligencia.

Desde esta óptica, en el caso hipotético donde se reporte la comisión de un asalto en un vehículo, con determinadas características (negro, estilo SUV y marca X), sería inconveniente detener para su registro un vehículo con condiciones diametralmente opuestas (rojo, estilo sedán y de una marca Z), pues constituiría la ejecución de una diligencia de forma desproporcionalmente indiscriminada, contra los sujetos que no pueden ser vinculados siquiera de manera remota con la noticia *criminis* o el hecho investigado.

Igualmente, sería desproporcionado y arbitrario que el retén policial se realice en una localidad que no se encuentre vinculada con los hechos, con los presuntos autores o con las rutas de salida del lugar de los hechos. Afirmar lo contrario, permitiría realizar retenes policiales a cualquier persona, en cualquier momento y en cualquier lugar, sin importar las características individualizantes o los aspectos espacio-temporales.

La irrazonabilidad, arbitrariedad y desproporcionalidad del espacio temporal donde puede ser ejecutado el retén policial, fue analizada de manera parcial en la resolución de la Sala Constitucional 1222-2011, del 1 de febrero de 2011. En esa ocasión, se realizó un retén policial en La Carpio, con base en hechos delictivos ocurridos en Guadalupe y Jacó.

En este sentido, el órgano jurisdiccional con competencia para el control de constitucionalidad, no fundamenta en su resolución las razones por las cuales es posible realizar un retén policial en La Carpio, por un hecho delictivo cometido en la localidad de Jaco, pues la diferencia espacial entre ambas localidades no puede obviarse en el caso concreto.

Aún cuando se alega por las entidades recurridas que existía noticia *criminis* en las localidades de Desamparados, Rohomoser, Paso Ancho y Curridabat, tampoco se establece el vínculo de los hechos con la necesidad de realizar el retén en una localidad distinta, menos aún el ligamen del individuo objeto de la diligencia, con el hecho investigado o la noticia *criminis*. Ante la falta de fundamentación, la interpretación constitucional estaría posibilitando la

ejecución de diligencias que inciden sobre derechos fundamentales, con base en datos de incidencias criminales, anticipando el momento de intervención del Estado a estados anteriores al delito (pues se permite relacionar las diligencias con delitos distintos e incluso futuros) y considerando presunciones inductivas.

Nótese que en el caso en comentario, el conductor del automotor ve limitada su libertad de tránsito no solo mediante su detención para control, sino que también se le “*invita*” a abrir la cajuela del vehículo, lo que corresponde con una diligencia propia del registro de vehículo, diligencia realizada bajo protesta del afectado y sin siquiera conocer acerca de su derecho de negarse a colaborar con el registro del vehículo.

Por esta razón, deviene en complaciente la interpretación del órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad, que tampoco fundamenta las razones por las cuales no cree en el dicho del gestionante, pues deviene en irrazonable e incluso contradictorio que haya presentado un habeas corpus, si voluntariamente abrió la cajuela del automóvil. De esta forma tal, la interpretación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia fomenta las políticas de seguridad ciudadana, sin importar la violación de derechos fundamentales que se realice en el proceso.

IV CONCLUSIONES

En momentos de expansión del derecho penal, el diseño de una política criminal para afrontar el fenómeno delictivo es necesaria. Sin embargo, en dicha formulación, no se deben conculcar derechos fundamentales de los ciudadanos con criterios utilitaristas o efectivistas.

Por esta razón, al realizar retenes policiales y redadas de personas, no basta con la existencia de una *notitia criminis*, sino que es necesario analizar los factores espacio-temporales, así como el vínculo del sujeto que es objeto de la diligencia, con los hechos investigados o la noticia *criminis*.

Es decir, no basta la existencia de una noticia *criminis* para realizar la privaciones de la libertad ambulatoria e invasiones al ámbito de la intimidad mediante retenes, registro de vehículos, redadas o requisas personales; pero tampoco se puede legitimar la actuación, mediante una circular administrativa del Ministerio de Seguridad Pública.

A pesar de la existencia de un modelo de control concentrado de constitucionalidad, aún cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia pretenda avalar los retenes y redadas sin cumplir con los parámetros indicados, los jueces de la jurisdicción penal deberán aplicar el control convencionalidad de forma directa y con fundamento en el artículo 7.3 de la CADH, así como las sentencias Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Servellón García y otros vs. Honduras y Velásquez Rodríguez vs. Honduras, todas integrantes del bloque de convencionalidad, constatando las violaciones de los derechos fundamentales, con los consecuentes efectos previstos en el artículo 178 del Código Procesal Penal.

A pesar que el ex-ministro de seguridad pública cuestionaba si *“¿Estarán los hampones dispuestos a autorizar que les registren su carro? El simple hecho de que alguien se niegue a que le revisen el carro es un indicio razonable de que algo esconde. ¿O no? La negativa vendría a justificar el registro del vehículo”* (Nacion, 2014), bajo el discurso del combate de la criminalidad, no se debe de justificar el ejercicio del poder de forma arbitraria por el Estado pues *“No existe forma alguna de legalizar una actuación en esencia ilegítima, destacando el acierto cabalístico y caprichoso del resultado”* (Mora Sánchez, 2014).

Por esta razón, entre la seguridad y la libertad, se debe tener al menos la posibilidad de elegir.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Brewer-Carias, A., Santofimio Gamboa, J. O. (2013). *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Chan Mora, G. (2013). *El error de prohibición culturalmente condicionado*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Godoy, M. E. (2009). Detención y derecho de defensa del imputado en la jurisprudencia de la CIDH. En D. Pastor, & D. Guzman, *El*

sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos.
Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.

Hernandez Valle, R. (1993). *El Derecho de la Constitución* (Vol. I). San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Sáenz Carbonell, J. F. (2007). Síntesis del Desarrollo Histórico del Derecho Procesal Penal en Costa Rica. En Asociación de Ciencias Penales, *Derecho Procesal Penal Costarricense*. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales.

SITIOS WEB

La Nación, D. L. (1 de 10 de 2014). *Periodico La Nación*. From <http://wfnod01.nacion.com/2010-09-11/EIPais/NotasSecundarias/EIPais2518181.aspx>

Mora Sánchez, J. M. (1 de 10 de 2014). *Pensamiento Penal*. From <http://www.pensamientopenal.com.ar>:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/retenes-policiales-breve-estudio-luz-reciente-resolucion-del-tribunal-constitucional>

Organización de los Estados Americanos (1 de de 2014). *Departamento de Derecho Internacional*. From Secretaría de Asuntos Jurídicos: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

Real Academia Española. (1 de 10 de 2014). *Diccionario de la Real Academia Española*. From <http://lema.rae.es/drae/?val=reten>

Real Academia Española de la Lengua. (1 de Octubre de 2014). *Diccionario de la Real Academia Española*. From <http://lema.rae.es/drae/?val=redada>