

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. UNA TAREA PENDIENTE PARA EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE. EL CASO DE LA PELIGROSIDAD Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Por Roberto J. Díaz Sánchez

Poder Judicial de Costa Rica. Defensa Pública.

Defensor Público.

RESUMEN: El control de convencionalidad, de acuerdo con BUSTILLO MARÍN, “es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades de un Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos”. Cuando los países ratifican convenios internacionales se requiere un gran compromiso por parte de los aplicadores del Derecho, ya que estos deben ejercer un adecuado control de convencionalidad. Sin embargo, en Costa Rica no siempre ha sido así y no se han desarrollado los cambios requeridos en la legislación. El presente ensayo, expone además sobre las medidas de seguridad y la peligrosidad, y su relación con el control de convencionalidad.

Palabras clave: control de convencionalidad, aplicadores del derecho, Convención Americana de Derechos Humanos, medidas de seguridad, peligrosidad.

ABSTRACT: Conventionality control, according to BUSTILLO MARIN, "is the mechanism used to verify that a law, regulation or an act of the authorities of a State, conforms to the norms, principles and obligations of the American Convention on Humans Rights". When countries ratify international agreements a strong commitment is required by the appliers of the Law, because they have to exercise proper control of conventionality. However, in Costa Rica it has not always been like that and the legislation has not developed major changes regarding this control. This essay also expounded about security measures and danger, and their relation to the conventionality control.

Keywords: conventionality control, appliers of the Law, American Convention on Humans Rights, security measures, danger.

Fecha de recepción: 20 de enero de 2016.

Fecha de aprobación: 15 de marzo de 2016.

I. INTRODUCCIÓN

Suscribir y ratificar convenios internacionales, durante muchos años, resultó muy sencillo por parte de nuestro país, simplemente se daba una imagen a nivel internacional de respeto a los Derechos Humanos. Sin embargo, la legislación costarricense, en términos generales, no variaba en mucho, incluso, cuando elementos tan básicos como la posibilidad de recurrir la sentencia penal, no cumplían con los requisitos mínimos, según la normativa de Derechos Humanos de la región.

Con la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos¹, el ordenamiento jurídico nacional se amplió y ello hacía necesario que nuestros aplicadores del derecho comenzaran, no solo a valorar las leyes y reglamentos con base a la Constitución Política, sino que se exigía realizar el mismo análisis desde la óptica del Pacto de San José. Pero realmente no hubo un verdadero control de convencionalidad en nuestro país, los Jueces y las Juezas se han limitado a aplicar la ley literalmente, en algunos casos plantean consultas de constitucionalidad, sin embargo, no ha existido un desarrollo real y productivo en relación con el control de convencionalidad.

Muchos son los temas que el proceso penal costarricense puede cuestionar por la vía de la convencionalidad, mas pocos son los que realmente han logrado ser cambiados; uno de esos temas, avalados por la Sala Constitucional y con menor número de cuestionamientos de convencionalidad, lo ocupa el procedimiento para la imposición de medidas de seguridad y principalmente, su base de peligrosidad para la

¹La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, fue firmada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969 y ratificado en Costa Rica el 2 de Marzo de 1970.

sociedad. El tema de la peligrosidad ha tenido, también, un tratamiento ínfimo dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero, al menos, ha sido tratado. Por su parte, la Sala Constitucional con su control de constitucionalidad, tampoco ha sabido dar una respuesta acertada en relación con la convención.

El presente trabajo pretende hacer una breve exposición en relación con el control de convencionalidad desde la óptica de la peligrosidad y las medidas de seguridad. Para ello estará dividido en tres puntos esenciales: una primera parte versará sobre las generalidades del control de convencionalidad, para pasar al análisis del tratamiento de la peligrosidad y por último, cerrar con las medidas de seguridad propiamente, claro está, desde la óptica del control de convencionalidad.

II. GENERALIDADES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A. Conceptualización

Si bien se cuenta con una de las convenciones sobre derechos humanos con mayor trayectoria a nivel mundial², lo cierto del caso es que el control de convencionalidad es poco utilizado entre los aplicadores del derecho a nivel nacional, considerando que tal situación se da, principalmente, por ignorancia del contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos y no tanto por falta de voluntad, aunque la primera podría provocar la segunda de forma transversal, al no existir voluntad por parte de los aplicadores del derecho por informarse sobre el tema.

Partiendo de esta situación y procurando un acercamiento que vaya de lo general a lo específico, resulta esencial determinar los conceptos que dan pie a esta forma de control del ordenamiento jurídico nacional. Se debe dar inicio con una forma más genérica de los conceptos, así el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define en su primera acepción, el concepto de control como "*comprobación,*

²Esto en el entendido que la Convención Americana de Derechos Humanos cuenta con un antecedente más antiguo que la misma Declaración Universal de derechos Humanos, propiamente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, firmada en 1948 en Bogotá, Colombia.

inspección, fiscalización e intervención", si bien, no hay una definición como tal, sino que se otorgan varios sinónimos para ello, lo cierto del caso es que, al hablar de control se debe entender como aquella acción destinada a inspeccionar o fiscalizar alguna cosa u objeto determinado. Por su parte, al hacer referencia al concepto de convencionalidad el mismo no se encuentra registrado, pero al ser un vocablo derivado del concepto básico de convención es necesario definir éste y se hace de la siguiente manera: *"perteneciente o relativo al convenio o pacto"*.

Partiendo de la generalidad y con base en estas definiciones, se podría decir que el control de convencionalidad es aquella comprobación o fiscalización que se hace sobre determinado objeto en relación con un convenio o un pacto; aun haciendo este boceto de definición el concepto de control de convencionalidad requiere una breve definición para ser entendido en todos sus extremos donde se determine ¿cuál es el objeto a controlar? y ¿bajo qué convenios o pactos es que se hará ese control?

El control de convencionalidad cuenta con más elementos que la definición básica anteriormente expuesta y para ello BUSTILLO MARÍN lo ha definido como,

El mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades de un Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) es una herramienta para el (sic) respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo es de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un *ius commune* en la región (2011).

Nótese que esta definición logra responder las preguntas que se plantearon anteriormente, al indicar que el objeto a someterse a control pueden ser leyes, reglamentos o actos de las autoridades de un Estado. Sin embargo, desde la óptica nacional, ese control no está limitado a esos instrumentos, sino que puede ampliarse, inclusive, a criterio personal, a la Constitución Política misma.

B. El surgimiento del control de convencionalidad

La doctrina mayoritaria a nivel nacional³, si es que el término puede ser utilizado correctamente y de forma no falaciosa, ha entendido que el origen de este control ha sido producto de la actividad misma de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en este sentido JINESTA LOBO ha indicado que el control de convencionalidad no tiene otro origen distinto a la creación jurisprudencial, estableciendo que *"ha sido creado pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos"* (2012, pág. 4). Si bien es acertada la postura en el entendido de que son varias resoluciones de esta Corte las que han acuñado el concepto y, a la vez, dieron un impulso significativo en ese sentido, lo cierto del caso es que al haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos la misma se convierte en parte esencial de nuestro ordenamiento jurídico y, consecuentemente, el control de convencionalidad, tal y como ha sido entendido líneas atrás, resultaba aplicable, en igual o mayor alcance, al control de constitucionalidad y, por lo tanto, no resultaba necesario, normativamente hablando, que existieran votos de la Corte donde expusiera la creación de ese control, toda vez que analizar e interpretar el derecho doméstico a la luz del Pacto de San José, era obligatorio desde el momento en que se convirtió en parte del ordenamiento jurídico nacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución del caso Almonacid Arellano y otros versus Chile, establece literalmente que,

Es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, 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

3Llobet Rodríguez, J.; Rivero Sánchez, J. M. y Jinesta Lobo, E.

Convención Americana (...) según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno (2006).

Ahora bien, no solo esta resolución de la Corte Interamericana ha sido la que insta a los Estados a llevar a cabo el control de convencionalidad, sino que, incluso cinco años después, se retoma la posición al establecerse que los Estados ratificantes del Pacto de San José de Costa Rica,

Están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que (sic) 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 (Caso Gelman vs. Uruguay, 2011).

Estas dos resoluciones reafirman el cuestionamiento hecho a la posición del doctor JINESTA LOBO relacionado con el surgimiento del control de convencionalidad, donde se indicó que éste forma parte de la misma ratificación y entrada en vigencia del convenio internacional, recogido así, por el principio que rige dentro del derecho internacional *pacta sunt servanda*, donde cada Estado se compromete poner en vigencia y cumplir los Convenios y Tratados debidamente ratificados por el país.

BREWER-CARIÁS y SANTOFIMIO GAMBOA, citando un voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reiteran que *"cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin"* (2013, pág. 57).

Ahora bien, este tipo de control no solo se lleva a cabo en relación con el contenido normativo del Pacto de San José, en nuestro caso, sino que el mismo va más allá y pretende que, también, se tenga conocimiento de la interpretación que se vaya a dar de esas normas de derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido HITTERS para el año 2012 indicó que *"en el ámbito regional el país debe tener en cuenta "la jurisprudencia" de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico"* (pág. 114).

Se puede concluir que este "innovador" control no solo se debe hacer tomando como parámetro el contenido de la Convención Americana, sino que también las resoluciones emitidas por la Corte en relación con la interpretación de las mismas o bien, con respecto al cuestionamiento de convencionalidad de las normas en otros países miembros.

C. Legitimación para el control de convencionalidad. ¿Control difuso o concentrado?

Uno de los puntos con mayor grado de controversia lo ha marcado el cuestionamiento en relación con la legitimación para hacer el control de convencionalidad, propiamente si es viable un control concentrado, al estilo del control de constitucionalidad costarricense o bien, si nos encontramos ante un control difuso.

Se ha establecido que la Sala Constitucional ha llevado a cabo una gran labor en la *"revitalización de la Constitución y los instrumentos internacionales"* (Chacón Eheverría, 2009, pág. 246). Desde su creación nos hemos regido por la vigencia de un control concentrado de constitucionalidad, lo que se traduce en que la Sala Constitucional es la única facultada para desaplicar una norma que vaya en contra de

la Constitución Política y consecuentemente, de los tratados internacionales de los derechos humanos⁴.

El artículo 154 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece que la labor del Poder Judicial estará, únicamente, sometida a la ley y a la Constitución Política. Ahora bien, partiendo de la misma interpretación que hace la Sala Constitucional⁵ donde equipara los tratados internacionales de Derechos Humanos con la constitución misma, éstos también serían un punto de partida con el cual se debe regir el grupo de jueces de la República que conforman el Poder Judicial. Ahora bien, el artículo 2 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que la Sala Constitucional será la encargada de llevar el control de la constitucionalidad de cualquier norma, obviamente que tenga un rango inferior a la constitución misma. Esta ley concentra el control de constitucionalidad en un solo órgano jurisdiccional, impidiendo que los jueces de la República lleven a cabo tal labor (control difuso de constitucionalidad), limitándolos, únicamente, a poder plantearle a la Sala el cuestionamiento. No se puede negar que el control concentrado de constitucionalidad tiene la ventaja de unificar criterios con respecto a la norma que se vaya a desaplicar, es decir, que al ser la Sala Constitucional la única facultada para llevar a cabo esta labor de interpretación y determinación de inconstitucionalidades y además, siendo sus resoluciones de aplicación obligatoria⁶, se asegura que todos los Tribunales apliquen la norma de igual forma o bien, en virtud de reñir con la Constitución Política, se declare su inconstitucionalidad y así se lleve a cabo en todo el territorio nacional.

4Tal limitación en relación con la interpretación de las normas constitucionales y la desaplicación de leyes que las contraríen, se ha llevado a cabo por la entrada en vigencia del artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, el cual establece en lo que interesa: *"Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público"*. Asimismo, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece lo siguiente: *"Le corresponde específicamente a la Jurisdicción Constitucional: (...) b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad"*.

5Ver votos 2313-1995 y 1319-1997.

Tratándose del control de convencionalidad, resultaría importante determinar si es mejor uno concentrado, que necesariamente debería ser llevado por la Corte Interamericana o bien, si el control difuso de convencionalidad es más adecuado para los intereses nacionales y de los usuarios del ordenamiento jurídico.

Tal y como se indicó, el control concentrado de convencionalidad exigiría que sea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica, que lleve a cabo esa labor, exigiéndose, para este caso, que cada Estado envíe a éste órgano jurisdiccional de derecho internacional la consulta sobre la posible inconventionalidad de alguna ley, reglamento o bien, de la misma Constitución Política; esta labor implicaría una lenta determinación de la convencionalidad de la norma en cuestión, además de que se podría hablar de una usurpación de las funciones básicas de la labor del Poder Judicial al tener que ceder más al derecho transnacional. Sin embargo, tendría como ventaja que esas resoluciones emitidas, mediante un control concentrado, harían que normas con similar o idéntico sentido en otra constitución de algún Estado sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, pueda ser interpretada de la misma forma, declarándose vinculante esa resolución para todos los Estados, es decir, nos encontraríamos ante una unificación de criterios jurídicos en relación con el Pacto de San José.

Pero no es este el caso a nivel latinoamericano, toda vez que la misma Corte ha determinado, en virtud del principio de complementariedad, que la labor del control de convencionalidad es difusa y se debe llevar a cabo por todos los jueces del país. En

⁶El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que la jurisprudencia y los precedentes emitidos por la Sala Constitucional, serán vinculantes para todos menos para ella misma. En este sentido se hace necesario hacer referencia al voto 2000-2688 de las 9:41 del 24 de Marzo del 2000, el cual indicó que *"ante nuevas situaciones de hecho que resulten similares, la Sala -previo estudio- podrá decidir en forma distinta sin que ello implique lesión alguna al derecho que le asiste al recurrente de acudir a otras vías en auxilio de sus derechos. Dicha situación se puede dar tanto en relación con precedentes que estiman un recurso, como también respecto de sentencias desestimatorias de un proceso planteado con anterioridad. Bajo esa tesitura, si la Sala considera que resulta procedente un cambio de criterio en relación con un asunto determinado, por considerar, por ejemplo, que no le corresponde conocer del asunto planteado, ello resulta del ejercicio de la facultad conferida en el artículo 13 de la Ley que rige la jurisdicción constitucional"*. En el mismo sentido el voto 2000-5677 de las 10:52 del 7 de julio del 2000.

este sentido, el caso Cabrera García y Montiel Flores versus México establece que el control de convencional debe darse bajo los parámetros de un control difuso,

Debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”. (...) Una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete última de la Convención Americana” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010).

En virtud de lo anterior, la Corte Interamericana exige que la labor relacionada con el control de convencionalidad, no solo sea llevada a cabo por los Tribunales Constitucionales de los países sometidos a su jurisdicción, sino que esa labor debe ser difusa, no solo en el entendido de que esos Tribunales Constitucionales diferentes para cada país lleven a cabo la labor, sino que también, ese control lo ejerza cada juez en cada etapa procesal, posición reiterada por la Corte en la resolución del caso

denominado La Cantuta versus Perú del 29 de noviembre de 2006. En este sentido BREWER-CARIÁS y SANTOFIMIO GAMBOA establecieron que,

La Convención señala que el medio judicial de protección o amparo puede interponer ante los tribunales competentes, de manera que no se trata de un solo y único tribunal competente, sino de una función que esencialmente corresponde al Poder Judicial o a los órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, aun ubicados fuera del Poder Judicial (2013, pág. 76).

Pareciera claro que todo órgano jurisdiccional debe realizar ese control de convencionalidad, sin embargo, JINESTA LOBO va más allá de aceptar este postulado, indicando que esa labor se deberá llevar a cabo no solo por parte de los órganos de carácter jurisdiccional, sino que *"implica que todos los poderes públicos deben hacerlo, en tanto operadores del Derecho"* (2012, pág. 8). Sin embargo, de la lectura integral de la obra citada, se determina que el doctor JINESTA LOBO le da una verdadera aplicación del control de convencionalidad a los Tribunales o Salas Constitucionales, toda vez que son estas las que emiten la sentencias con carácter de vinculante *erga omnes*, estableciendo que las sentencias emitidas por esos entes, en relación con el control de convencionalidad, tienen una mayor aplicación dentro del ordenamiento jurídico, lo que hace interpretar *a contrario sensu*, que todas aquellas resoluciones o actuaciones donde se lleve a cabo el control de convencionalidad por parte de otro ente jurisdiccional o no, donde sus resoluciones no son vinculantes más allá del caso mismo, no tendrían mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico del Estado.

Bajo esta tesis, no es posible dejar de lado la posición emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica en el voto 1185-95 del 2 de marzo de 1995, donde se establece que,

Para el caso en que tengan duda fundada acerca de la constitucionalidad de esas normas, deben, necesariamente, formular la consulta ante la Sala Constitucional. Debe agregarse, en este sentido, que esta interpretación es la única conforme con la Constitución Política, ya que por una parte se preserva el diseño constitucional de una Sala especializada y con poder concentrado para declarar la inconstitucionalidad, pero, por otra, no deja al juez en la tesis de aplicar normas que estima inconstitucionales, lo cual,

como alguien ha dicho, sería un pecado de lesa Constitución, al permitirle en ese caso, formular una consulta fundamentada al órgano con competencia para decidir el punto (Voto 1185, 1995)⁷.

Esta posición también ha sido sostenida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al indicar que antes de desaplicar una norma, el juez dudoso de la convencionalidad de la misma, debe plantearle la duda, mediante la consulta de constitucionalidad, a la Sala Constitucional (Voto 1021, 2000).

LLOBET RODRÍGUEZ establece que existe una posición de la doctrina costarricense que faculta al juez ordinario a desaplicar la norma cuestionada por ser contraria al contenido de la convención, ya que se parte del punto de que si el juez no tiene duda al respecto, debe desaplicarla, pero si existe esa duda, es necesario acudir al ente constitucionalmente legitimado, es decir, la Sala Constitucional (2008, pág. 237). Esta es la posición por la cual me inclino, toda vez que resulta esencial para el respeto de nuestra Constitución y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos una actuación inmediata por parte del juez que llevará a cabo el control de convencionalidad y consecuentemente, cuando tenga plena claridad en relación con una norma que va en contra de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe de desaplicarla para el caso en concreto y evitar una violación a los derechos de las personas involucradas en el conflicto⁸.

⁷En esta resolución los Magistrados Rodolfo Piza Escalante y Luis Paulino Mora Mora, salvan el voto y consideran que el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, demostrando una compatibilidad armónica, hace referencia un control de constitucionalidad difuso, llevado a cabo por cada uno de los administradores de justicia, así establece lo siguiente: *"en ausencia de un texto expreso constitucional que disponga inequívocamente lo contrario, en el Estado Democrático de Derecho, el problema de la aplicación directa del Derecho de la Constitución es harto simple: si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, opera, no sólo como criterio de validez de todas las demás -de sí misma y de todas las demás-, sino también como norma jurídica superior, inmediatamente vinculante para todos los poderes y autoridades públicos, y desde luego para los particulares, por encima de cualquier otra consideración. Ergo, en el conflicto entre el Derecho de la Constitución y las leyes u otras normas o actos infraconstitucionales, debe siempre preferirse la primera, incluso desaplicándose los demás, así se trate de la propia ley formal, de la misma manera que, en el conflicto entre leyes y cualesquiera otras normas o acto de diverso rango, deben siempre aplicarse los que lo tengan superior, incluso desaplicando los del inferior"* (el subrayado no corresponde al original).

⁸El voto salvado de los Magistrados Piza Escalante y Mora Mora, de la resolución 1185-1995 emitido por la Sala Constitucional, deja ver que este tipo de tarea le es obligatoria al juzgador, toda vez que el ordenamiento jurídico tiene como base la Constitución Política y de ahí se desprenden las demás normas, por ende, cuando dos normas de ese ordenamiento jurídico se contrapongan, resulta esencial para el caso en concreto, tomar la decisión con base a la de mayor jerarquía, de esta manera los

D. La normativa objeto y los instrumentos internacionales aplicables para el control de convencionalidad

Tal y como se expuso al inicio de este trabajo, la normativa a la cual va dirigido el control de convencionalidad es, en primer término, toda aquella que se encuentre subordinada a la Constitución Política, es decir, leyes y reglamentos básicamente; sin embargo, partiendo de que la jerarquía de las normas en nuestro ordenamiento jurídico le da un rango igual a la Constitución a los tratados internacionales referentes a Derechos Humanos⁹, se podría determinar también que la misma Constitución Política podría ser objeto de un control de convencionalidad, cuando el tratado internacional otorgue mayores derechos a los contenidos en la carta fundamental o bien, ésta última los contradiga.

señores Magistrados indican que: *"la más elemental de las funciones propias de toda administración de justicia es la de determinar el Derecho aplicable y desentrañar su sentido para aplicarlo a los hechos de cada caso concreto, con la fuerza de verdad legal implicada en la "coza juzgada"; función esta que comienza necesariamente por seleccionar, entre las normas invocadas por las partes o aparentemente aplicables a las circunstancias del caso, las que de veras lo sean, así como, entre varias que lo sean, cuáles lo sean más, mediante la utilización de criterios hermenéuticos de los cuales el más importante es, precisamente, el de la jerarquía de las normas, en cuya virtud, cuando dos de diverso rango, igualmente aplicables, aparezcan contradictorias o incompatibles entre sí, debe optarse por la que lo ostente mayor, desaplicando la que lo tenga menor; no hay ninguna razón para que aquí se claudique de la lógica del sistema jurídico, aplicando la ley o la norma infraconstitucional y desaplicando la Constitución"*

⁹La Ley General de la Administración Pública en el artículo 6 establece que la jerarquía de las normas tiene como base la Constitución Política y posteriormente los Tratados Internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana. En este sentido, el artículo 7 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, establece que los tratados internacionales tendrán un nivel jerárquico superior a las leyes y consecuentemente, debe extenderse a todas aquellas normas que se encuentren por debajo de las leyes; lo que se debe entender que cualquier otro Tratado Internacional o acuerdo bilateral entre Estados que no esté emparentado con el tema de los Derechos Humanos, deben tenerse como inferiores a la Constitución Política. En este sentido la Sala Constitucional en el voto 1319-1997 de las 14:51 del 4 de marzo de 1997 estableció que: *"En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 siguiente contiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que, ha reconocido también la jurisprudencia, 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"*.

Sin embargo, esta postura podría ser posible en ordenamientos donde la jerarquía establecida sea similar al caso costarricense, pero, en algunos otros Estados, los convenios internacionales tienen una posición inferior a la Constitución y eso hace que no sea posible ese control de convencionalidad con la norma básica del Estado, sino, únicamente, con las normas que tengan un valor jerárquico inferior a los tratados.

No se puede pasar por alto que la Sala Constitucional, en precedentes reiterados¹⁰, ha otorgado una vigencia material a aquellos instrumentos internacionales de los Derechos Humanos, cuando éstos resulten contar con mayores garantías para el ser humano, aunque éstos no hayan sido debidamente ratificados por el Estado costarricense. Lo cierto del caso es que, para hacer un control de convencionalidad, resulta esencial contar con un parámetro objetivo de comparación, es decir, con una convención debidamente ratificada y de aplicación obligatoria en el país, consecuentemente, solo aquellas convenciones que hayan agotado todo el trámite para formar parte del ordenamiento jurídico serían viables para hacer el control convencional por parte de los jueces ordinarios.

Esta última posición es sostenida por el doctor RIVERO SÁNCHEZ quien ha considerado que, la Sala solo tiene competencia en relación con aquellos tratados internacionales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, esto al indicar que,

La ley de la Jurisdicción Constitucional introduce la distinción entre derechos humanos vigentes en Costa Rica y aquellos que no están vigentes en el Ordenamiento Jurídico costarricense. Y aclara que la competencia de la Sala se abre solo con respecto a los derechos humanos que se encuentran incorporados a instrumentos internacionales que puedan considerarse vigentes en Costa Rica (2001, pág. 107).

¹⁰El voto 9685-2000 establece: *"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"* (el subrayado no corresponde al original). (Cf. Sala Constitucional 2313-1995, 1319-1997 y 6830-1998).

Sin embargo, se tiene plena claridad en que las resoluciones de la Sala Constitucional son vinculantes *erga omnes*¹¹ y lo que se podría traducir en que la posición asumida por el doctor Rivero Sánchez, misma que es replicada y asumida como propia por mi persona, resulta ser una posición minoritaria y que el control de convencionalidad, por la jurisprudencia constitucional, debería hacerse en relación con todos aquellos instrumentos internacionales de los Derechos Humanos que otorguen más garantías a las personas que la misma Constitución Política, incluidos acá los que no hay sido debidamente ratificados por la Asamblea Legislativa.

III. SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA PELIGROSIDAD EN LA CONVENCION AMERICANA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La peligrosidad, dentro de un sistema penal, va más dirigida a lograr un procesamiento contra la persona por particularidades personales que a un juzgamiento por la acción cometida. En otras palabras, la peligrosidad se retrotrae a un derecho penal de autor y no uno de acto. En este sentido MONTERO MONTERO, aunque de una forma escueta, indica que,

La aplicación del Derecho Penal de Autor se encuentra prohibida ya que esta implica la sanción hacia la personalidad del sujeto, es decir, recibe la sanción penal por quién es: su forma de vida, por sus opiniones o creencias, sus costumbres, sus puntos de vista religiosos inclusive, independientemente que con ellas se lesione o no bienes jurídicos. Bajo la perspectiva del Derecho Penal de Autor se encuentra el concepto de "peligrosidad" (2013, págs. 136-137).

Aunque no se hace una definición propia de la peligrosidad en la cita, la autora sí vincula el concepto con el derecho penal de autor, estableciendo que este elemento es la base de esa modalidad de derecho penal. ZIFFER, en relación con la palabra de peligrosidad, ha indicado que *"pocas expresiones gozan de tan mala fama entre los*

¹¹Ley de la Jurisdicción Constitucional, Artículo 13: La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.

penalistas latinoamericanos "liberales" como el concepto de "peligrosidad", que es considerado como la antítesis de un derecho penal republicano" (2009, pág. 481).

La peligrosidad, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define como aquello que tiene *"cualidad de peligroso"* y cuando se consulta peligroso, en relación con el ser humano, se hace referencia a la posibilidad de provocar daños o cometer hechos delictivos. En todo caso, el análisis de peligrosidad exige una valoración subjetiva en relación con una cualidad, no verificable, del sujeto sometido al proceso.

En igual sentido, doctrinariamente se ha establecido que la peligrosidad se relaciona con la previsión o pronóstico de que el *"reo pueda volver a cometer nuevos delitos"* (Fernández Arévalo, 2012). Una visión clásica del concepto lo relaciona con dos puntos básicos, por un lado la capacidad criminal y por el otro, la adaptabilidad social (Chargoy R., 1999), entendiéndose, el primero, como la potencialidad con que cuenta el agente para volver a delinquir y, el segundo, como aquella condición especial del individuo para poder evitar los actos delictivos y pasar desapercibido por el resto de la sociedad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece en el acápite 89 de la resolución del caso Fermín Ramírez versus Guatemala un posicionamiento similar, al menos en el primer concepto, al establecer que,

El artículo 132 del Código Penal de Guatemala contiene un elemento subjetivo relativo a la posibilidad de que una persona pueda cometer hechos delictivos en el futuro. Esto requiere una valoración científica, a través de medios probatorios adecuados. La peligrosidad criminal, como cualquier otra agravante o atenuante, genérica o específica, no puede ser presumida, sino debe probarse en el juicio; cuando no se menciona en la acusación, se quebranta el principio de contradicción (Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 2005).

El cuestionamiento que se le hace al principio o concepto de peligrosidad, está más referido a una violación al principio de legalidad más que al concepto mismo y su

aplicación en el proceso legal, es decir, que si existiera dentro de la legislación una forma "objetiva" de analizar la peligrosidad de una persona, quizás la discusión habría sido muy variada. Nuevamente ZIFFER, en el análisis del caso indicado antes, establece que,

La peligrosidad de Ramírez iba más allá de un problema procesal, y que se traducía en una lesión al propio principio de legalidad. De este modo, admitió expresamente el argumento central de los representantes del demandantes, quienes habían alegado que la introducción de valoraciones subjetivas en un tipo penal, como la peligrosidad del delincuente o las características personales del autor, constituye una violación de dicho principio (2009, pág. 483).

El principio de legalidad exige, dentro de la cuestión penal, que cada tipo penal o sus agravantes sea totalmente abarcado por la literalidad de la norma. Si bien, dentro de los elementos objetivos del tipo, en muchos casos, se encuentran elementos normativos, es decir, que requieren un análisis e interpretación por parte del aplicador del derecho, lo cierto del caso es que el término peligrosidad no es un elemento de ésta índole, sino que exige una valoración más bien subjetiva en relación el mismo y la Corte así lo ha establecido al asegurar que la valoración de la peligrosidad *"implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro"* (Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 2005), pero esta valoración en relación con la prognosis de cometer nuevos delitos por parte del agente no puede limitarse a una valoración subjetiva, sino que,

Parece posible afirmar que no siempre se trata de lo que podríamos llamar peligrosidad en sentido "estricto" (...) sino que, en ciertas situaciones, entraría en juego el pronosticar efectos, positivos o negativos, de determinada pena. Pero en todos los casos, inevitablemente habrán de ser tomadas en cuentas las características personales y sociales del sujeto y, a partir de ellas, ponderadas también posibles conductas o situaciones futuras de riesgo de reincidencia (Ziffer, 2009, pág. 489).

La potencial comisión de hechos delictivos futuros no debe ser tomada en cuenta como punto de partida para un derecho penal democrático y definido por las acciones concretas de la persona. Esta es una posibilidad que solo encontraría

respaldo dentro del derecho penal de autor como se ha indicado líneas atrás. Establece la doctrina que *"una veda absoluta de la "peligrosidad" sólo es posible en el marco de un derecho penal dominado por una concepción absoluta de la pena, en la que la idea de prevención (¡de delitos futuros!) no juegue ningún papel"* (Ziffer, 2009, pág. 487); sin embargo, ha indicado el antiguo Tribunal de Casación Penal de San José que,

Nuestro legislador al establecer las consecuencias jurídicas del delito optó por un Derecho penal dualista, es decir, un Derecho que junto a la pena también aplica medidas de seguridad. Así mientras la primera tiene por base la culpabilidad o responsabilidad del individuo, las otras, atienden a su peligrosidad, es decir, a la "probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona" (Voto 213, 2010).

Esta probabilidad de que se produzca una nueva acción delictiva, no es más que una mera especulación, sin que se pueda tener, por tratarse con seres humanos, una certeza para ello.

IV. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EL AUSENTE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COSTA RICA

Indica HARBOTTLE QUIRÓS que el sistema penal costarricense se clasifica dentro de los sistemas de doble vía o binarios¹², toda vez que el régimen de sanciones se encuentra dividido en penas y medidas de seguridad (2014); mas considero que las medidas de seguridad no pueden ser clasificadas dentro de las sanciones en sentido estricto. Si bien, hay un sometimiento inevitable del agente con inimputabilidad o imputabilidad disminuida al *ius puniendi* estatal, lo cierto del caso es que la sanción, como tal, implica una reprochabilidad al agente, situación que, por razones obvias, no se le puede llevar a cabo al imputado o imputada con esas condiciones y es que la doctrina ha establecido que *"la posibilidad de imputarle a un sujeto culpabilidad*

¹²En la actualidad, producto de los movimientos que hay creado la justicia restaurativa, se considera que existe una tercera vía en el sistema de procesamiento penal, propiamente al poder hablarse de la reparación del daño como una forma de sanción al infractor.

prohibida, conforme a este planteo dogmático (...) depende de que a causa de esa conducta transgresora, pueda formularse un reproche del autor" (Frank, 2011, pág. 19), situación que no es viable cuando ese sujeto que transgrede el contenido de la norma penal, no lo hace con conocimiento pleno de la ilicitud. Bajo este supuesto, el antiguo Tribunal de Casación Penal de San Ramón ha indicado que,

No sería viable realizarle el juicio de reproche, en este caso es en el que entra a regir el régimen de medidas de seguridad. El fundamento del sistema de medidas de seguridad no es la culpabilidad, sino la peligrosidad. Con estas lo que se pretende es evitar el peligro para la colectividad y su finalidad se cifra en la prevención especial. Por ello, se ha dicho que con la culpabilidad y el sistema de sanciones se mira hacia el pasado, tomando en cuenta el evento delictivo como base para medir la pena; en tanto que con el sistema de medidas de seguridad se mira hacia el futuro, tratando de evitar la reiteración del evento (Voto 80, 2008).

Dejando de lado la imprecisión doctrinaria referente a quienes homologan la medida de seguridad con una pena, es necesario determinar cuál es el tratamiento de la medida de seguridad a nivel nacional y para ello, un breve repaso de la normativa será esencial.

El artículo 97 del Código Penal costarricense establece que la medida de seguridad será aplicable en aquellos casos donde se pueda determinar, sin hacer referencia a un medio objetivo, la posibilidad de que vuelvan a delinquir, luego de que el Instituto de Criminología, adscrito al Ministerio de Justicia y Paz, lo determine en un informe; consecuentemente, la aplicación de las medidas de seguridad dependen de un criterio de peligrosidad, el cual nuevamente se encuentra definido bajo criterios no técnicos o científicos, sino dependientes de la subjetividad de quien rinda el informe o bien, del juzgador mismo.

Más adelante, el numeral 100 del mismo cuerpo legal establece que no existe una delimitación temporal en la ejecución de las medidas de seguridad, estableciendo como mínimo pronunciamientos por parte del Tribunal cada dos años o bien, en relación con cada informe emitido por el Instituto de Criminología.

Por otro lado, el Código Procesal Penal de Costa Rica regula el procesamiento para imponer las medidas de seguridad entre sus artículos 388 y 389, siendo el primero el único de interés para éste trabajo. Así el numeral 388 adiciona un elemento más en relación con las medidas de seguridad y lo es la inimputabilidad del procesado.

Del análisis literal de los tres artículos citados anteriormente, se puede desprender tres elementos básicos en relación con la aplicación de las medidas de seguridad:

- 1) El destinatario no debe tener íntegra su capacidad de imputabilidad, es decir, debe ser inimputable.
- 2) Esta inimputabilidad debe estar vinculada con la posibilidad de volver a delinquir, es decir, a un criterio de peligrosidad criminal para la sociedad. Y,
- 3) No hay límites temporales previamente establecidos para imponer las mismas.

Con relación al punto uno no hay mayor conflicto en el discurso toda vez que hasta la misma Sala Constitucional, en votos de vieja data, ha determinado que la imposición de una pena a alguien inimputable resulta violatorio del debido proceso y que lo procedente, en razón a la peligrosidad del sujeto, es imponer una medida de seguridad (Voto 2586, 1993). Sin embargo, en relación con los elementos numerados dos y tres, la posición es levemente más conflictiva y su tratamiento jurisprudencial, al menos en lo primero, es el que ha dado un tanto de estabilidad, estamos haciendo referencia propiamente a la determinación de la peligrosidad y a la indeterminación temporal de la medida de seguridad.

Referente al criterio de peligrosidad, nuestra normativa ha utilizado como parámetro el informe que rinda el Instituto de Criminología en relación con ese tema. La Sala Constitucional en el voto 2586-1993 estableció que,

No a todos los inimputables se les impone este tipo de medidas, pues ello depende de su necesidad, de las condiciones personales del sujeto, con

miras a la mejoría de su estado psíquico anormal, de ahí la necesidad de informe del Instituto Nacional de Criminología en el que se establezca la posibilidad de que se vuelva a delinquir en razón del estado de inimputabilidad (1993).

Por su parte la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia costarricense, con relación a la necesidad del informe del Instituto establece que *"se requiere de un pronóstico sobre su comportamiento futuro, de conformidad con el artículo 97 del Código Penal"* (Voto 300, 2007) posición que ha sido reiterada en el voto 625-2007.

Ahora bien, la peligrosidad en nuestro caso, propiamente con las medidas de seguridad, pretende ser objetiva al llevarse a cabo su pronóstico en relación con el informe que rinde el Instituto de Criminología. Sin embargo, la existencia de este informe no elimina, de ninguna forma, ese elemento de subjetividad, lo único es que se distrae el mismo de la función del Juez y se le concede a un grupo "especializado" que basará su criterio en la observación de características propias de la persona, además de la valoración de la posible contención con que puede contar en el estado natural de libertad.

En cuanto a la indeterminación temporal de las medidas de seguridad, el tratamiento jurisprudencial no ha sido muy prolífero y al no ser la medida de seguridad una pena en sentido estricto, sino más bien una forma de "curar" al enfermo, se acepta en términos generales, la indeterminación. HARBOTTLE QUIRÓS, parafraseando a ZIFFER, establece que,

Quien es internado en un establecimiento psiquiátrico con frecuencia cuenta con menos derechos que un condenado penal, pues no pocas veces, a igualdad de delito, el tiempo de internación es mucho más prolongado que el tiempo correspondiente a una pena, pues al autor culpable le espera una pena temporalmente limitada con independencia de que los esfuerzos resocializadores durante la ejecución de la pena tengan éxito o no, situación que, en principio, no se plantea respecto de un enfermo psiquiátrico (2014).

En este sentido el artículo 100 del Código Penal costarricense establece textualmente, que las medidas de seguridad tienen una duración indeterminada,

asimismo, que cada dos años, al menos, debe hacer una revaloración de la persona sometida a la medida de seguridad, para efectos de terminar si la peligrosidad por la cual se limita su libertad de tránsito se mantiene o bien, permite una variación o cese de la misma. Ahora bien, han existido algunas interpretaciones por parte de algunos Tribunales de Juicio que, aplicando la limitación constitucional referente a la perpetuidad de una sanción penal, establecían una limitación a partir de los rangos de pena, así en la resolución 886-2009 emitida por el antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, se conoció la casación de la sentencia penal en la cual se había impuesto una medida de seguridad con un plazo que no podía superar los cinco años, partiendo de que los hechos habían sido calificados como robo agravado y la pena mínima se encontraba fijada en cinco años de prisión, es decir, que para ellos las medidas de seguridad no pueden ser indeterminadas en el tiempo, sino que encuentran como límite temporal para su vigencia, los rangos de pena establecidos para cada delito.

Por otro lado, la resolución 529-2008 emitida por el mismo Tribunal de Casación Penal de San José, establece que las medidas de seguridad tienen como limitación el tope máximo establecido en el numeral 51 del Código Penal, el cual limita las penas en un máximo de cincuenta años de prisión¹³.

Sin importar cuál sea la posición sostenida por los tribunales de juicio o bien, los antiguos Tribunales de Casación Penal, siendo la jurisprudencia constitucional de acatamiento obligatorio para todos, menos para la misma Sala Constitucional, debe aplicarse por mandato constitucional, la indeterminación de las medidas de seguridad, porque según los redactores del voto 2583-1993 de la Sala Constitucional, las medidas de seguridad no son propiamente una pena, situación en la que en sentido estricto

¹³En igual sentido el voto 2008-694 de las 9:25 del 29 de Julio de 2008, emitido por el Tribunal de Casación Penal de San José, estableció que: *"En lo que sí lleva razón la defensa es en cuanto a la indeterminación de las medidas de seguridad, pues según dispone el artículo 51 del Código Penal, el límite máximo por el que se puede imponer es de cincuenta años. De allí que lo procedente sea declarar parcialmente con lugar el recurso. Se revoca parcialmente la sentencia y se limita la fijación de las medidas de seguridad impuestas a un máximo de cincuenta años."*

tienen razón, y en virtud de ello no se pueden tener las limitaciones de los cincuenta años de prisión o bien, los parámetros de pena de cada tipo penal; sino que al ser medidas curativas y preventivas, su duración no podrá tener un límite máximo en el tiempo, sino quizás, la vida misma del sujeto¹⁴.

Aun considerando que la Sala Constitucional costarricense tiene razón al diferenciar las medidas de seguridad de las penas propiamente dichas, lo cierto del caso es que las medidas de seguridad son limitaciones, como mínimo, a la libertad de tránsito de la persona declarada inimputable y, consecuentemente, pueden ser consideradas una sanción penal en sentido amplio, razón por la cual, se debe tener una limitación temporal para no afectar gravemente la dignidad del ser humano. Haciendo una interpretación acorde con los principios del proceso penal democrático, el numeral 100 del Código Penal costarricense establece dos parámetros esenciales para la limitación temporal de las medidas de seguridad: primero, nos da un tope máximo de la vida misma de la persona sometida a esa medida, cuando el padecimiento por el cual fue declarado inimputable no haya variado y se mantenga la peligrosidad de la persona y, segundo, el parámetro mínimo es de dos años, toda vez que el párrafo segundo de ese numeral establece que el Tribunal deberá pronunciarse, como mínimo, en ese lapso para determinar si las medidas de seguridad se mantienen, varían o bien, cesan.

Recapitulando, se puede decir que las medidas de seguridad tendrán un período de vigencia entre dos años y el cese de la vida del sujeto sometido a ellas, sin embargo, partiendo de que la limitación de cincuenta años para las penas pretende guardar en alguna medida la dignidad de la persona al no someterla a penas

¹⁴En un sentido similar se ha manifestado el Tribunal de Casación Penal de San José, en los votos 2005-700 de las 11:35 del 27 de Julio de 2005 y 2009-1129 de las 10:05 del 9 de Octubre de 2009, éste último propiamente al establecerse que: "*Las medidas de seguridad tienen como condición el ser de carácter curativo (artículo 100 del Código Penal) y, a su vez, de duración indeterminada*". Es decir, que el antiguo Tribunal de Casación Penal varió el criterio de la limitación de cincuenta años y se suma a la posición, con otros argumentos, asumida por la Sala Constitucional, referente a la indeterminación de las medidas de seguridad.

perpetuas, se debe considerar que no puede ser posible limitar la libertad de una persona más allá del promedio de vida para la población costarricense, la cual ronda en un poco más de los setenta años de edad y, en todo caso, al considerarse que las medidas de seguridad, no son solamente curativas y preventivas, sino también que son una pena en sentido amplio, nunca podría imponerse una medida de seguridad por un máximo de cincuenta años.

Ahora bien, dejando de lado el tema de la duración de la medida de seguridad, resulta esencial determinar si es posible, con base a las normas del Pacto de San José, llevar a cabo un control de convencionalidad y determinar si la aplicación de la peligrosidad y de las medidas de seguridad, se encuentran amparadas al mandato de la Convención.

Dando inicio con la determinación de la peligrosidad como parámetro para la imposición de una medida de seguridad, se debe recordar que el caso Fermín Ramírez versus Guatemala, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenó al Estado por mantener, dentro de su normativa, un parámetro tan abstracto y de análisis subjetivo para determinar una sanción más grave; tal situación se replica en nuestro país, obviamente no en relación con una agravación de la pena por la peligrosidad¹⁵, sino más bien por la fijación de una medida de seguridad que, en términos generales, podría tener al agente sometido, de forma vitalicia, a un centro médico especializado en caso de no lograr una mejoría en su estado mental que reduzca o elimine el peligro para la sociedad.

¹⁵Originalmente los artículos 40 y 41 del Código Penal de Costa Rica, los cuales establecen una nomenclatura para quienes cometen más de un delito o bien, hacen de él su modo de vida, establecían la habitualidad o profesionalidad del delincuente y producto de ese etiquetamiento, se imponía una medida de seguridad o se justificaba un incremento en la pena a imponer, respectivamente. Este etiquetamiento encuadra en el ideal de la peligrosidad del sujeto delincuente y producto de ello, se podía imponer una privación de libertad mayo o bien, someterlo a una medida de seguridad por el tiempo necesario para eliminar su peligrosidad. Sin embargo, mediante el voto 88-1992 de las 11:00 del 17 de enero de 1992 y su aclaración 796-1992 de las 14:30 del 24 de marzo de 1992, emitidos por la Sala Constitucional, se eliminó la consecuencia jurídica del etiquetamiento de delincuente habitual o profesional.

Aunque el informe que pueda rendir el Instituto de Criminología procure una visión objetivizada de la peligrosidad de delinquir de una persona, lo cierto del caso es que, a lo sumo, se alcanza un riesgo de comisión de delito, cuando se trata de prognosis en seres humanos y sustancialmente eso tiene una gran diferencia. Cuando se habla de riesgo, se hace referencia a una cuestión contingente, es decir, que se puede dar o no determinada situación; pero al hablar de peligro, ya no existiría la contingencia, sino que hay una forma más concreta de que se pueda alcanzar determinada circunstancia. Por esa razón, el informe del Instituto no puede ser nunca un parámetro objetivo para determinar cuando un ser humano, sano mentalmente o no, puede ser un peligro concreto para la sociedad en la que se desarrolla.

La postura relacionada con la determinación del factor de peligrosidad, violenta el principio de legalidad contenido en el numeral noveno del Pacto de San José, toda vez que este artículo expone literalmente que,

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Si bien, el artículo vincula el término "pena" con la comisión de un delito, lo cierto del caso es que la misma medida de seguridad podría ser considerada como una pena en sí misma como se expuso párrafos atrás, con peores consecuencias en razón a la indeterminación temporal; sin embargo, esta particularidad no es la razón por la cual se podría considerar la peligrosidad en relación con la imposición de medidas de seguridad en nuestro sistema penal como inconvencional, sino que nos apegamos a la postura rendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, propiamente en el caso Fermín Ramírez versus Guatemala, donde se trata la ilegalidad de la peligrosidad en virtud de no contar con parámetros objetivos previamente establecidos por la ley para definir la misma; en este sentido Ziffer deja ver su posición al respecto e indica que *"en el derecho penal , en el que se encuentran en juego los bienes jurídicos de*

mayor jerarquía, no puede haber ningún lugar (...) para consideraciones "peligrosistas" ni para pronosticar futuras reincidencias por parte del condenado" (2009, pág. 487), si bien, el sentido peligrosista al que hace referencia la autora y el voto de la Corte Interamericana está relacionado a la posibilidad de incrementar el quantum de la pena (por la legislación guatemalteca), lo cierto del caso es que el mismo sentido se le debe dar a la norma costarricense donde se procura hacer una prognosis de posibles nuevos delitos que vaya a cometer la persona, en nuestro caso, inimputable.

Este análisis de convencionalidad no se ha llevado a cabo nunca dentro de nuestro sistema penal, sino que la aplicación de las medidas de seguridad resulta, se podría decir, casi de acatamiento obligatorio para nuestros jueces de juicio cuando se enfrentan a una persona inimputable. Ahora bien, la exigencia del informe en relación con la peligrosidad rendido por el Instituto de Criminología, no elimina el factor violatorio de legalidad, toda vez que los profesionales que redactan los informes, basan la recomendación en su experiencia y observación del pasado, no en elementos objetivos legalmente establecidos para poder determinar si es viable, o no, pronosticar potenciales crímenes por parte de quien padece la enfermedad mental y se encuentra sometido al proceso penal.

Por otro lado, el artículo sétimo en sus incisos dos y tres (7.2 y 7.3) del Pacto de San José, regula la imposibilidad de ser sometido a privaciones de libertad de forma arbitraria y si esas condiciones no está previamente fijadas, sin embargo, del análisis de la forma en que se aplican las medidas de seguridad en el proceso penal costarricense, también se puede determinar como contrario al contenido de la Convención. El numeral 7.2 exige que la privación de libertad, sin que se especifique bajo qué modalidad, se lleve a cabo solo si es conforme a las disposiciones constitucionales y en particular, nuestra Constitución Política prohíbe las penas perpetuas; bajo esta tesitura, una medida de seguridad de internamiento en un centro especializado, donde la privación de libertad es indeterminada y dependiente en su totalidad de la eliminación de la peligrosidad del procesado, resulta violatoria no solo de

la carta magna, sino de la convención misma, al determinarse que no se cumple con el mandato del artículo 7.2.

A este punto se le debe adicionar que el numeral 7.3 restringe la aplicación de detenciones o encarcelamientos arbitrarios y se deben entender éstos como toda detención que vaya en contra del mandato de la ley o bien, que no se encuentre debidamente justificada y en particular, privar de su libertad a una persona que no cuenta con la capacidad de comprender la ilicitud de sus actos, conllevaría una arbitrariedad del Estado mismo, que si bien, no ha sido rechazada la posibilidad por parte de nuestra Sala Constitucional, lo cierto del caso es que imponer una medida de seguridad, en algún caso vitalicia, conlleva implícita una arbitrariedad sin parangón y por ende, contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita por nuestro país.

V. CONCLUSIONES

Los jueces costarricenses, salvo mínimas excepciones, no han logrado asimilar su labor desde la óptica del control de convencionalidad, se ha confundido en algunos casos éste con las consultas de constitucionalidad que le son facultativas a los Jueces y Juezas de la República cuando tienen duda, sin embargo, no se realiza un control basado en el contenido del Pacto de San José.

Los últimos pasos de Costa Rica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos han demostrado que la Convención Americana de Derechos Humanos es una norma de acatamiento obligatorio, no es facultativa su aplicación, sino que se exige que cada juzgador lleve a cabo el control de las normas nacionales con base en los tratados internacionales de derechos humanos. Los pronunciamientos de la Corte Interamericana han evidenciado la necesidad existente de que cada Juez o Jueza de la República lleve a cabo un análisis de cada caso y sus normas aplicables, desde la óptica de los Derechos Humanos, es decir, se ha creado por parte de la jurisprudencia de Corte Interamericana un control difuso de convencionalidad, no solo porque se

realice en cada Estado por su Tribunal o Sala Constitucional, sino porque se faculta a todo órgano jurisdiccional o no jurisdiccional pero aplicador del derecho, a hacer el respectivo análisis.

Le peligrosidad, aunque sin esa nomenclatura a nivel nacional, violenta gravemente la Convención Americana y va en contra del principio de legalidad, al introducir elementos subjetivos para la toma de decisiones al respecto, ya sea para agravar una pena o bien, como el caso costarricense, para someter a una persona a una medida de seguridad. Estos dos temas no han tenido un cuestionamiento de convencionalidad a pesar de resultar clara la transgresión de los derechos fundamentales.

Asimismo, se debe abandonar el criterio de la Sala Constitucional que considera las medidas de seguridad como curativas y preventivas, para comenzar a darles el sentido que ellas tienen como una pena en sentido amplio y consecuentemente, el dictado de las medidas de seguridad no podrá tener como límite, en abstracto, el cese de la peligrosidad o de la vida misma, sino que deben existir rangos de tiempo para su vigencia y ellos nunca podrían sobrepasar el promedio de vida de las personas en Costa Rica y en ningún caso, de cincuenta años de limitación a la libertad de tránsito.

Se debe concluir diciendo que el control de convencionalidad debe ser la base para la toma de decisiones por parte de los juzgadores, principalmente cuando esa decisión puede significar un internamiento por muy largo tiempo, basado en un criterio subjetivo de lo que podría ser peligroso para el resto de los miembros de la sociedad donde se llevó a cabo el injusto penal.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

Almonacid Areyano y otros vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Setiembre de 2006).

Brenes Esquivel, A.L. & Hess Araya, C. (2008). Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal. San José: Editorial Juricentro S.A.

Brewer-Carías, A. R., & Santofimio Gamboa, J. O. (2013). Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bustillo Marín, R. (2011). El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Obtenido de

http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Noviembre de 2010).

Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de Junio de 2005).

Caso Gelman vs. Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2011).

Chacón Eheverría, A. H. (2009). Retos de la jurisdicción constitucional y sus reformas. En S. C. Rica, & U. E. Distancia, 20 años de Justicia Constitucional 1989-2009 (págs. 245-270). San José: Editorial UNED.

Chargoy R., J. E. (1999). Peligrosidad Social. Escala de respuesta individual criminológica: un instrumento psicocriminológico para determinar objetivamente la peligrosidad. Revista de Ciencias Sociales, 97-117.

Chinchilla Calderón, R. (2010). Principio de Legalidad. ¿Muro de contención o límite difuso para la interpretación de la Teoría del Delito en C.R.? San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

- Fallas Vega, E., Linkimer Bedoya, L. & Ramírez Altamirano, M. (2005). Constitución Política de la República de Costa Rica (anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional). San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Fernández Arévalo, L. (3 de Junio de 2012). Derechospenitenciario.com. Obtenido de Control de la peligrosidad criminal y libertad vigilada postpenitenciaria: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2566>
- Frank, R. (2011). Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Harbottle Quirós, F. (2014). Las medidas de seguridad en la jurisprudencia penal costarricense. A propósito de la entrada en vigencia de la ley de creación del recurso de apelación. Obtenido de http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/04-%20medidas%20seguridad%20jurisprudencia.pdf
- Hitters, J. C. (2012). Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación. Estudios Constitucionales, 109-128.
- Jinesta Lobo, E. (2012). Control de Convencionalidad Ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. El control difuso de convencionalidad, 2-28.
- Llobet Rodríguez, J. (2008). Derechos Humanos en la Justicia Penal. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Montero Montero, D., & Salazar Rodríguez, L. A. (2013). Derecho Penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: ISOLMA.

Voto 88, 92-000088-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 17 de Enero de 1992).

Voto 796, 92-000796-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 24 de Marzo de 1992).

Voto 2583, 93-002192-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 8 de Junio de 1993).

Voto 2586, 93-000671-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 8 de Junio de 1993).

Voto 1185, 94-000747-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 2 de Marzo de 1995).

Voto 2313, 90-000421-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 9 de Mayo de 1995).

Voto 1319, 95-004270-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 4 de Marzo de 1997).

Voto 6830, 98-006424-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 24 de Setiembre de 1998).

Voto 2688, 00-002184-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 24 de Marzo de 2000).

Voto 5677, 00-005368-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 7 de Julio de 2000).

Voto 1021, 95-000436-0459-PE (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1 de Setiembre de 2000).

Voto 9685, 00-008325-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1° de Noviembre de 2000).

Voto 700, 02-001698-0369-PE (Tribunal de Casación Penal de San José 27 de Julio de 2005).

Voto 300, 05-000108-0006-PE (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 28 de Marzo de 2007).

Voto 625, 04-200136-0396-PE (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 8 de Junio de 2007).

Voto 80, 04-201990-0306-PE (Tribunal de Casación Penal de San Ramón 29 de Febrero de 2008).

Voto 529, 06-002893-0275-PE (Tribunal de Casación Penal de San José 13 de Junio de 2008).

Voto 694, 04-000314-0609-PE (Tribunal de Casación Penal de San José 29 de Julio de 2008).

Voto 886, 06-001045-0283-PE (Tribunal de Casación Penal de San José 14 de Agosto de 2009).

Voto 1129, 04-000314-0609-PE (Tribunal de Casación Penal de San José 9 de Octubre de 2009).

Voto 213, 07-200861-0485-PE (Tribunal de Casación Penal de San José 25 de Febrero de 2010).

Ziffer, P. S. (2009). La idea de "peligrosidad" como factor de la prevención especial. El caso "Fermín Ramírez". En D. R. Pastor, & N. Guzmán, El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos (págs. 481-496). Buenos Aires: Ad-Hoc.

