

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRISIÓN PREVENTIVA EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

**THE STATE'S RESPONSIBILITY FOR PREVENTIVE DETENTION IN THE  
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW**

**Gabriel Rojas Barrientos**  
**Defensor Público. Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica.**

Fecha de recepción: 28 de agosto, 2018  
Fecha de aceptación: 11 de octubre, 2018

**Resumen**

El presente trabajo desarrolla los criterios que se observan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con la responsabilidad del Estado cuando una persona es sometida a prisión preventiva, y luego en el proceso penal se determina un sobreseimiento o absolutoria en su favor. Así pues, de acuerdo a un adecuado entendimiento del principio de presunción de inocencia, se ha determinado que el preso preventivo, que luego es absuelto, es merecedor de una indemnización por el tiempo en que estuvo privado de libertad. Dicho criterio imperante en los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos contradice la actual regulación normativa de Costa Rica, la cual quebranta el principio de presunción de inocencia al distinguir entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar el derecho a recibir una indemnización. Por ello, mediante un adecuado ejercicio del control de convencionalidad, Costa Rica debe ajustar su derecho interno a las regulaciones internacionales sobre esta materia.

**Palabras clave:** responsabilidad del Estado, prisión preventiva, presunción de inocencia, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, control de convencionalidad.

**Abstract**

This paper develops the criteria that are observed in the International Law of Human Rights in relation to the responsibility of the State when a person is subjected to preventive detention, and then the prosecution process determines a dismissal or acquittal in their favor. Thus, according to an adequate understanding of the principle of presumption of innocence, it has been determined that the preventive prisoner, who is later acquitted, is entitled to compensation for the time he was deprived of his liberty. This prevailing criterion in the International Human Rights Systems contradicts the current normative regulation of Costa Rica, which violates the

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



principle of presumption of innocence by distinguishing between an innocence for certainty and for doubt when determining the right to receive compensation. Therefore, through an adequate exercise of conventionality control, Costa Rica must adjust its domestic law to international regulations on this matter.

**Keywords:** State responsibility, preventive detention, presumption of innocence, International Human Rights Law, conventionality control.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo estudia el tema de la responsabilidad del Estado por función jurisdiccional en materia penal; específicamente el supuesto del dictado de una prisión preventiva durante un proceso que luego culmina con un resultado absolutorio en favor del imputado.

Un desarrollo más amplio de este tema se ha realizado en la tesis titulada *“Responsabilidad del Estado-Juez por prisión preventiva: la incompatibilidad entre el principio de presunción de inocencia y la diferenciación entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar el derecho a recibir una indemnización.”*<sup>1</sup> No obstante, en este artículo se desea desarrollar únicamente el tratamiento de este tema en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no sin antes, de forma sintética, tan solo hacer una referencia a la regulación en Costa Rica, para determinar su compatibilidad con el Derecho Internacional, así como para explicar, qué vías pueden intentarse para ajustar el Derecho interno a las normas internacionales.

Este tema se puede iniciar con una idea del autor Agustín Gordillo, que indica que existe en el derecho interno una especie de regla sobre la irresponsabilidad del Estado por un acto judicial regular o lícito, supuesto dentro del cual, se circunscribe el caso que es objeto de nuestro estudio<sup>2</sup>.

Efectivamente, la responsabilidad Estatal, específicamente del Poder Judicial por el ejercicio de su función jurisdiccional, encuentra en el derecho interno una serie de limitaciones y resistencias, que al final de cuentas se convierten en inmunidades del poder, frente a la reparación de daños que se producen como consecuencia de su funcionamiento.

---

<sup>1</sup> Rojas Barrientos, Gabriel. *La Responsabilidad del Estado-Juez por prisión preventiva: La incompatibilidad entre el principio de presunción de inocencia y la diferenciación entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar el derecho a recibir una indemnización*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, 2016.

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



En tal sentido, como bien expone Piza Rocafort, la solución clásica del derecho interno es: *“la irresponsabilidad estatal por actos jurisdiccionales, basada en la independencia del poder judicial, y, sobre todo, en la presunción de verdad legal derivada de la cosa juzgada”*.<sup>3</sup> Efectivamente, el desarrollo de la responsabilidad del Estado-juzgador no ha tenido una evolución expansiva, sino que más presenta una serie de limitaciones, que se traducen en realidad en argumentos para defender la irresponsabilidad del Estado.<sup>4</sup> En tal sentido, como bien afirma Ernesto Jinesta, con excepciones, en esta materia ha existido una suerte de fosilización de las instituciones, que impide que se llegue a un verdadero sistema de responsabilidad objetiva y directa.<sup>5</sup>

Si bien es cierto en el ordenamiento jurídico costarricense se observan algunas regulaciones sobre la responsabilidad del Estado por sus actos

---

---

---

---

---

<sup>2</sup>

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2: La Defensa del usuario y del administrado*. Novena edición. Buenos Aires: Investigaciones Jurídicas, 2009, p. XVI-5, XX-32. <sup>3</sup>

Piza Rocafort, Rodolfo E. *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos: El aporte del Derecho Administrativo, del Derecho Internacional y del Derecho de los Derechos Humanos*. San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1989, 163. <sup>4</sup>

De acuerdo a Jinesta, se han formulado los siguientes argumentos para defender la irresponsabilidad del Estado-Juez y la irresponsabilidad personal de los jueces: la intangibilidad o santidad de la cosa juzgada, la independencia judicial, las peculiaridades de la función jurisdiccional, la posición constitucional del juez, la falta de colaboración de los justiciables, el riesgo de colusión entre éstos, el riesgo de sobrecargar el gasto público, etc. Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. San José: Editorial Jurídica DIKÉ, 2011, 425.

<sup>5</sup> Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. San José: Editorial Jurídica DIKÉ, 2011, 425.

jurisdiccionales, aún existen restricciones o inmunidades ilegítimas que le dan vida a esa regla de *“irresponsabilidad estatal por acto judicial”* que enuncia Gordillo.

En ese sentido, concretamente en el caso de la responsabilidad del EstadoJuez por prisión preventiva, se observan estas restricciones ilegítimas, que de manera arbitraria limitan el acceso a la reparación de los daños antijurídicos sufridos producto de la privación de libertad cuando luego el proceso penal culmina con una absolutoria a favor del imputado.

Concretamente, esta restricción se observa en el artículo 271 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), que establece la responsabilidad del Estado y el

consecuente deber de indemnización, cuando una persona haya sido sometida a prisión preventiva y luego es sobreseída o absuelta con “*plena demostración de inocencia*.” Precisamente, la restricción surge debido a que la norma únicamente concede la indemnización cuando exista una certeza de inocencia. Así pues, la interpretación literal ha llevado a que la jurisprudencia sostenga que no es procedente afirmar la responsabilidad del Estado si la inocencia tiene como base la duda que beneficia al imputado. En consecuencia, este criterio implica diferenciar entre tipos de inocencia, otorgándole mayor valor a uno sobre otro, para de esta forma determinar el derecho a recibir una indemnización por el periodo de privación de libertad producto de la prisión preventiva.

## **LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO COSTARRICENSE.**

Como se mencionó anteriormente, el artículo 271 del Código Procesal Penal costarricense, es la norma que regula la responsabilidad estatal por la prisión preventiva, bajo el supuesto de hecho siguiente: “*El Estado debe indemnizar a la persona que haya sido sometida, indebidamente, a una medida cautelar por un funcionario público que actuó arbitrariamente o con culpa grave, en los términos del artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública. En tal caso, el funcionario será solidariamente responsable con el Estado. También procederá la indemnización, solo a cargo del Estado, cuando una persona haya sido sometida a prisión preventiva y luego es sobreseída o absuelta, con plena demostración de inocencia.*” (El resaltado no corresponde al original).

Esta norma debe relacionarse con el artículo 108 del Código Penal, que establece en una forma genérica los dos supuestos de responsabilidad del Estado-Juez por función jurisdiccional que se indicaron en materia penal, a saber: la responsabilidad por error judicial declarado a través de un procedimiento de revisión, que es desarrollado por el artículo 419 del CPP; y el supuesto de responsabilidad por prisión preventiva, que regula el citado numeral 271 del CPP, que fija condiciones particulares que no regula el artículo 108 del Código Penal.

Como se observa, el numeral 271 del CPP se divide en dos párrafos, que regulan supuestos distintos. El primer párrafo se refiere a un supuesto de responsabilidad solidaria, del Estado y del funcionario público. Por otro lado, el párrafo segundo, que es el interesa en este trabajo, se refiere a un supuesto propiamente de responsabilidad objetiva del Estado-Juez por el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Así pues, como se observa del sentido literal de la norma, la responsabilidad del Estado-Juez se condiciona al dictado de una prisión preventiva que luego culmina con el dictado de un sobreseimiento definitivo o de una sentencia absolutoria que acredite la certeza de inocencia del encartado.

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



Así las cosas, los tribunales contencioso administrativos y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia han resuelto diferentes casos donde se niega la indemnización a aquellas personas que reclaman el daño producido por la prisión preventiva, toda vez que su inocencia no fue demostrada de forma plena en el proceso penal.

Este tema también ha sido conocido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Así pues, mediante los votos 2992-2013 y 3804-2013, el alto tribunal ha sostenido la constitucionalidad del artículo 271 del CPP, y le ha dado aval a la diferenciación entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar la responsabilidad del Estado-Juez en su ejercicio jurisdiccional por el dictado de prisión preventiva. En ambas resoluciones se han presentado dos votos salvados de los magistrados Ernesto Jinesta y Ana Virginia Calzada. Es importante indicar, que en el conocimiento de estas acciones de inconstitucionalidad, la Procuraduría General de la República emitió un informe a favor de declarar la inconstitucionalidad de la norma.<sup>2</sup>

En ambas resoluciones, la Sala Constitucional argumentó que la norma del numeral 271 del Código Procesal Penal, al otorgar el derecho de indemnización únicamente al sobreseído o absuelto con plena demostración de inocencia, establece una excepción razonable a la responsabilidad del Estado. En ese sentido indicó que no es dable exigir la responsabilidad Estatal por la detención y puesta en prisión preventiva de una persona sobre la que recaen indicios comprobados de la comisión de un delito, resultando lógico que el único caso en que haya responsabilidad es cuando el sobreseimiento o absolutoria se fundamenta en la plena demostración de inocencia, no así cuando estas resoluciones se fundamentan en el principio in dubio pro reo. Según este alto tribunal, en el supuesto de la aplicación de este principio existen indicios comprobados de haber cometido un delito, solo que no son suficientes para demostrar la plena participación del imputado en los hechos que se le atribuyen. Argumenta que son estos indicios los que posibilitan aplicar la prisión preventiva, así que resulta razonable que en estos casos no se pueda exigir indemnización de parte del Estado Juez producto de esa actuación legítima, ejercida en tutela de los bienes jurídicos de toda la población, y

---

<sup>2</sup> Concluye en su informe la PGR: “...reiteramos nuestra opinión de que la restricción que se dispone en el artículo 271, párrafo segundo, in fine del Código Procesal Penal, resulta contraria a la Constitución Política. Consecuentemente, se propone que el pronunciamiento por el fondo que realice esa Sala Constitucional establezca que, en todo supuesto en se haya decretado la prisión preventiva como medida cautelar, y el resultado final del proceso haya sido liberatorio de la responsabilidad penal del imputado, sea dable discutir la eventual responsabilidad pecuniaria del Estado-Juez derivada de esa actuación.

Informe de la Procuraduría General de la República, respecto de la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente 10-006789-0007-CO.

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



existiendo indicios de la comisión de un delito. Insiste la Sala en que es lógico y razonable, el hecho que en ese tipo de casos no proceda la indemnización Estatal.<sup>3</sup>

También, la Sala Constitucional en las resoluciones indicadas (3804-2013 y 2992-2013), donde se discutía la inconstitucionalidad por violación el principio de presunción de inocencia de la diferenciación entre una inocencia por certeza y una por duda, argumentó que si se entendía que esta diferenciación fuese inconstitucional habría que presumir que la prisión preventiva, como medida cautelar, es consecuentemente inconstitucional, por contradecir frontalmente la presunción inocencia. La Sala indica que ha considerado constitucionalmente legítimo el encarcelamiento preventivo cuando existen indicios comprobados que se ha cometido un delito y existen circunstancias que hacen presumir el peligro de fuga o de obstaculización. Si se admite la constitucionalidad de la medida cautelar, resultaría contradictorio que se asumiera, que en todo caso que se dicte un fallo absolutorio, debe indemnizarse el plazo de prisión preventiva impuesto.<sup>4</sup>

En estos fallos, la Sala Constitucional ha seguido una concepción psicológica de la presunción de inocencia y no una normativa. Por un lado la concepción psicológica formula que la presunción de inocencia disminuye conforme aumenta el contenido incriminatorio; es decir, la presunción de inocencia destruye gradualmente al irse amentando la sospecha de la comisión del hecho delictivo, hasta llegar al pleno convencimiento de culpabilidad.<sup>9</sup> Este concepto ha sido sostenido por autores como Sax, en Alemania.<sup>5</sup> Sin embargo, esa concepción psicológica ha sido considerada como inaceptable por la doctrina mayoritaria.<sup>6</sup> Así pues, en contraposición a esta, se formula la concepción normativa de la presunción de inocencia, la que implica que la presunción de inocencia se mantiene invariable durante todo el proceso hasta tanto no exista una sentencia firme que acredite la culpabilidad; es decir, la inocencia no sufre ningún tipo de relativización, se mantiene incólume hasta tanto no exista una sentencia condenatoria en firme. De acuerdo con Llobet, esta última concepción es la que se sigue mayoritariamente en el Derecho Comparado, así como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; incluso, puede consultarse la sentencia del caso *Canese vs Paraguay* de la Corte IDH.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resoluciones 03804-2013 y 2292-2013.

<sup>4</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resoluciones 03804-2013 y 2292-2013. <sup>9</sup>

Sobre el concepto psicológico de la presunción de inocencia consultar: Londoño Jiménez, Hernando. "Principios de garantía jurídico procesal. En *Nuevo Foro Penal*", no. 11 (1981), 274-300. En igual sentido: Londoño Jiménez. *De la captura a la excarcelación*. Bogotá, s.e, 1983, 30-31.

<sup>5</sup> Sobre este desarrollo consultar: Llobet Rodríguez, Javier. *La Prisión Preventiva: Límites Constitucionales*. San José: Editorial Jurídica Continental, 159-161.

<sup>6</sup> Al respecto consultar: Llobet, *La Prisión Preventiva: Límites Constitucionales*, 162.

<sup>7</sup> Al respecto consultar. Llobet, *La Prisión Preventiva: Límites Constitucionales*, 161-163. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ricardo Canese vs Paraguay*, sentencia del 31 de [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



Entonces, la presunción de inocencia se mantiene durante todo el proceso, incluso durante el dictado de la prisión preventiva.

Ahora bien, como se vio anteriormente, para el dictado de la prisión preventiva se requiere que exista un grado de sospecha o de probabilidad de responsabilidad penal. En ese sentido, algunos autores han explicado la posibilidad de dictar medidas como la prisión preventiva, que requiere la existencia de una sospecha de culpabilidad, en relación con la existencia del principio de presunción de inocencia. Para ello han utilizado un concepto psicológico de la presunción de inocencia, argumentando que este principio se relativiza o se debilita conforme aumenta el contenido incriminatorio en el proceso, siendo una manifestación de esto, la sospecha de culpabilidad que requiere el dictado de la prisión preventiva.<sup>13</sup>

Entonces, bajo esta óptica, puede discutirse acerca de una aparente incongruencia entre la presunción de inocencia y la exigencia de una sospecha de culpabilidad.<sup>8</sup> Por ello, como afirma Llobet, no puede explicarse la exigencia de la probabilidad de responsabilidad penal del imputado desde la perspectiva de la presunción de inocencia, ya que al hacer esto se caería en una concepción psicológica de la misma. Sin embargo, si se parte del concepto normativo de presunción de inocencia, no existiría un conflicto con la exigencia de una probabilidad de responsabilidad penal para dictar la prisión preventiva, ya que ese grado de sospecha no supone una relativización a la presunción de inocencia; este principio se mantiene invariable a lo largo de todo el proceso, y no sufre ningún tipo de relativización.<sup>9</sup>

Así pues, la exigencia de un grado de sospecha de culpabilidad es consecuencia del principio de proporcionalidad, y no del de presunción de inocencia. En tal tesitura, de acuerdo con la proporcionalidad, no se admitiría una privación de libertad de la magnitud de la prisión preventiva contra aquel respecto al cual no existen suficientes elementos incriminatorios como para catalogarlo como probablemente responsable.<sup>10</sup>

---

agosto de 2004. <sup>13</sup> Londoño Jiménez. *De la captura a la excarcelación*. Bogotá, s.e, 1983, 30-31. Llobet, *La Prisión Preventiva: Límites Constitucionales*, 159.

<sup>8</sup> Al respecto consultar: Llobet, *La Prisión Preventiva: Límites Constitucionales*, 158-163.

<sup>9</sup> Llobet, *La Prisión Preventiva: Límites Constitucionales*, 162-163.

<sup>10</sup> Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado*, 5ta Edición. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012, 405.



Este criterio según el cual la sospecha de culpabilidad deriva no de la presunción de inocencia sino del principio de proporcionalidad ha sido sostenido por el Tribunal Federal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*).<sup>11</sup>

También, Llobet señala que ese parece ser el criterio seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que en los casos *Tibi vs Ecuador* y *Chaparro Álvarez vs Ecuador*, el tribunal interamericano consideró que el hecho de que se dispusiera la prisión preventiva sin la existencia de un grado de sospecha de culpabilidad convertía a la medida coercitiva en arbitraria, no fundamentando la Corte que eso implicara un quebranto a la presunción de inocencia del artículo 8.2 de la Convención Americana.<sup>12</sup>

Bajo esta óptica, la concepción normativa de la presunción de inocencia es la que debe imperar. Entonces, si durante el proceso penal se dicta prisión preventiva, es porque existe un grado de sospecha de culpabilidad con base en determinados elementos incriminatorios que así lo acreditan. Sin embargo, aún y cuando exista este grado de probabilidad, la presunción de inocencia se mantiene invariable. El grado de probabilidad solo puede adquirir la convicción de certeza si una sentencia condenatoria en firme así lo dispone, y sería solo esto último lo que desvirtuaría la presunción de inocencia. Esto quiere decir, que aún y cuando se dicte la prisión preventiva de acuerdo con una sospecha de culpabilidad, la presunción de inocencia que protege al imputado no se altera. Ahora bien, de acuerdo a esta lógica, si el resultado del proceso es de una absolutoria, el principio de presunción de inocencia nunca fue desvirtuado, por lo que la situación jurídica de inocencia no varió en absolutamente nada. Así pues, nótese que la distinción entre una inocencia por certeza y por duda en nada influye en este razonamiento, ya que el estado de inocencia del procesado, así como del absuelto por certeza o por duda es el mismo.

---

<sup>11</sup> Al respecto a señalado el Tribunal Federal Constitucional Alemán: *“Una solución apropiada a ese conflicto entre estos dos principios igualmente importantes para el Estado de derecho, puede lograrse solo si –desde el punto de vista de la persecución penal–, las limitaciones a la libertad del inculcado que aún no ha sido sentenciado, y que aparecen como necesarias y adecuadas, son presentadas como correctivas. Esto significa que la orden y ejecución de la detención preventiva con fines investigativos debe estar **dominada por el principio de proporcionalidad; la intervención en la libertad es aceptada siempre y cuando existan de una parte sospechas fundadas sobre la culpabilidad del sospechoso**, debido a los concretos puntos en los que se apoyan las sospechas y, de otra parte, debido a la imposibilidad de poder asegurar sin detener provisionalmente al sospechoso, el derecho legítimo de la comunidad a aclarar plenamente los hechos y a la rápida penalización del autor del delito. La posibilidad de perseguir otros objetivos con la detención preventiva se encuentra excluida en todo caso; principalmente, no se puede anticipar la protección de un bien jurídico utilizándola como si fuera una pena, que debe ser la función del derecho material.”* Tribunal Federal Constitucional Alemán. BVerfGE 19, 42. En igual sentido: BVerfGE 17, 108; BVerfGE 27, 211. Jürgen Schwabe, comp. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. S.I.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

<sup>12</sup> Llobet, La Prisión Preventiva: Límites Constitucionales, 171-173.



La única forma de alterar ese estado de inocencia es mediante la sentencia condenatoria en firme.

Por último, indica el criterio de mayoría de la Sala Constitucional que en el Derecho Comparado se observan regulaciones iguales a las de Costa Rica, y se cita la regulación de España, donde se hace la misma distinción entre una inocencia por certeza y por duda, otorgándose la indemnización únicamente al primero. Argumenta la Sala que la misma regulación razonable contempla el artículo 271 del CPP costarricense.

Como bien lo indicó la Sala Constitucional, efectivamente en España la regulación es muy similar a la de Costa Rica. El fundamento de la responsabilidad del Poder Judicial en su ejercicio jurisdiccional deriva directamente de la Constitución Española, que en su artículo 121 indica: *“Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.”*

De la lectura literal del texto se desprende que se está regulando únicamente dos supuestos. El primero de ellos sería la responsabilidad por error judicial; es decir, cuando se declara a través de un procedimiento de revisión que una persona sufre una condena que no debió sufrir o una pena mayor a la que debía descontar. El segundo sería la responsabilidad por el funcionamiento anormal o por conducta ilícita de la Administración de Justicia, esto es, un sistema de responsabilidad por falta. Estas consideraciones llevan a concluir que el numeral 121 de la Constitución Española no prevé la posibilidad de la responsabilidad del Poder Judicial en su ejercicio jurisdiccional por un funcionamiento normal o por conducta lícita; es decir, por un sistema de responsabilidad por sacrificio especial, bajo el cual podría entenderse el caso del preso preventivo.

Así pues, el sistema constitucional español está fundado en el criterio de “error judicial”, que es un supuesto distinto al de indemnización por prisión preventiva. No obstante, mediante una ley, se introdujo la posibilidad de indemnizar ciertos casos de prisión preventiva.

Así pues, el supuesto de indemnización y responsabilidad del Estado por el dictado de una prisión preventiva se encuentra regulado en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Indica el párrafo primero de dicho numeral: *“1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean*

*absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.*"<sup>13</sup>

Entonces, nótese que se exige que la absolutoria o el sobreseimiento sean por inexistencia del hecho imputado. Como lo indica Barona Vilar; esta regulación deja al margen situaciones hechos no es constitutivos de un delito, situaciones donde el preso preventivo resulta exento de responsabilidad penal, o en supuestos donde hay ausencia de pruebas para sustentar una condena.<sup>14</sup> Esta autora indica que si bien alguna jurisprudencia venía equiparando supuestos como los anteriores dentro de la inexistencia objetiva del hecho, lo cierto es que la norma expresamente indica que no cabe la indemnización de manera genérica en todo caso, sino únicamente en ese supuesto específico.<sup>15</sup>

Véase entonces, que la regulación es similar a la costarricense, que incluso parece un poco más abierta, al también contemplar dentro del supuesto de indemnización, cuando el sobreseimiento o absolutoria indique el hecho no está adecuado a una figura penal<sup>16</sup>. Lo cierto es que ni el sistema español ni el costarricense, aceptan la indemnización cuando el sobreseimiento o absolutoria responden a un supuesto de duda que beneficia al imputado.

Como se indicó anteriormente, la misma Sala Constitucional de Costa Rica ha reconocido esta semejanza entre el sistema costarricense y el sistema español. Ha indicado expresamente este alto tribunal: *"En el derecho comparado, el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, establece que solo cabe la indemnización por la prisión preventiva, cuando se pruebe la inexistencia del hecho, denominada inexistencia objetiva, y en los casos que resulte comprobada la falta de participación del inculpado, que se refiere a la inexistencia subjetiva; fuera de estos supuestos, no se admite que la prisión preventiva sufrida por el acusado absuelto deba ser indemnizada. La estructura de la norma es muy similar a la del artículo 271 del código procesal penal. Si la absolución se debió a la falta de pruebas de cargo practicadas, y no a la inexistencia objetiva ni subjetiva de los hechos imputados, no es admisible la indemnización."*<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial. Jefatura de Estado. Ley 6/1985. Aprobada el 1 de Julio de 1985. Publicada en el BOE el de Julio de 1985. España.

<sup>14</sup> Barona Vilar, Silvia. "El Proceso Cautelar" En: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo & Silvia Barona Vilar. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p.484.

<sup>15</sup> Barona Vilar, *El Proceso Cautelar*, 484.

<sup>16</sup> Artículo 311 inciso b) del Código Procesal Penal de Costa Rica.

<sup>17</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resoluciones 03804-2013 y 02992-2013.



No obstante lo anterior, España fue demandada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, precisamente por esta regulación, al estimarse como violatoria del principio de presunción de inocencia. Se trata del caso Tendam vs España (demanda n° 25720/05), donde el 13 de julio de 2010, el Tribunal Europeo condenó a España por considerar que la regulación española sobre la responsabilidad estatal por prisión preventiva derivada del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contravenía el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al quebrantar el principio de presunción de inocencia.

## **LA INDEMNIZACIÓN DEL PRESO PREVENTIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL QUEBRANTO AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA AL DIFERENCIAR ENTRE UNA INOCENCIA POR CERTEZA Y POR DUDA.**

### **I. Aspectos preliminares: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su valor jurídico dentro de la jerarquía de las fuentes normativas.**

Agustín Gordillo indica que existe en el derecho interno una especie de regla sobre la irresponsabilidad del Estado por un acto judicial regular o lícito, supuesto dentro del cual, se circunscribe el caso de la prisión preventiva con posterior sobreseimiento o absolutoria<sup>18</sup>. Sin embargo, indica el autor que a pesar de esta situación, existe la oportunidad de perseguir la tutela del derecho ante las jurisdicciones internacionales. Como afirma Gordillo, se busca la justicia en los tribunales internacionales debido *“al fracaso de los nacionales en satisfacer el acceso a una tutela judicial efectiva.”*<sup>25</sup>

Ahora bien, para hacer efectivo esto, debe fundamentarse la responsabilidad del Estado en su ejercicio jurisdiccional en el caso de prisión preventiva y el derecho a recibir indemnización por los daños sufridos producto de esa conducta pública, dentro del DIDH.

---

<sup>18</sup> Agustín Gordillo explica que la jurisprudencia predominante en Argentina no ha aceptado que exista un derecho a la indemnización en los casos de un acto judicial regular. Al respecto por ejemplo puede consultarse la sentencia n° 36533 de la Segunda Cámara Civil de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, del 10 de octubre de 2013; igualmente la sentencia definitiva de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires del 8 de julio de 2014 (caso Garrote, Rodrigo c/ Provincia de Buenos Aires. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley). En ambas resoluciones se niega la indemnización por la prisión preventiva, pese a la declaratoria de

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)







<sup>27</sup> Chirino Sánchez, Alfredo. El Impacto de las Decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia de Costa Rica. En *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional-Tomo III*, ed. Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Christian Steiner, 197-227. SI: Konrad Adenauer Stiftung, 2013, 201.

<sup>28</sup> Chirino Sánchez, Alfredo. *El Impacto de las Decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia de Costa Rica*, 201. <sup>29</sup>

Chirino Sánchez, *El Impacto de las Decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia de Costa Rica*, 202.

incompatible con el Derecho Internacional exigible a ese Estado a través de algún instrumento vigente.

Ahora bien, en relación con Costa Rica, existe expresamente la aceptación del derecho internacional como derecho interno. Así pues, la Constitución Política en su artículo 7 afirma que los convenios internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, una autoridad superior a las leyes. Así que por mandato constitucional, las normas de los tratados internacionales, convenios y declaraciones, integran el derecho interno y son autoejecutables<sup>19</sup>, así como las leyes ordinarias, incluso con una jerarquía superior de acuerdo al propio texto constitucional.

Con base en dicho artículo, pareciera que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tendrían un rango superior a la ley, pero inferior a la Constitución.<sup>31</sup> Sin embargo, la Sala Constitucional se encargó de otorgarle una dimensión constitucional al DIDH, y posteriormente una dimensión supraconstitucional.<sup>32</sup> Así pues, inicialmente la Sala hizo mención del carácter constitucional de los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Al respecto puede consultarse el voto 1147-90, donde la Sala indicó lo siguiente en relación con los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales vigentes: “...*tienen, no solo rango superior a la ley ordinaria que les confiere el*

---

<sup>19</sup> Respecto a la auto ejecutoriedad se han dado algunas discusiones. Especialmente Estados Unidos ha defendido la tesis del carácter programático de la CADH, no siendo ejecutable por sí misma. Sin embargo, la doctrina en general admite el carácter auto ejecutivo de la CADH. La misma Corte IDH se ha pronunciado sobre el carácter auto ejecutivo de la CADH en su Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Respecto a la auto ejecutoriedad de la CADH véase: Llobet Rodríguez, Javier. *Derechos Humanos y Justicia Penal*. San José: Poder Judicial, 2007. P. 127-136.

<sup>31</sup> Comenta Javier Llobet que esta fue una posición inicial sostenida en Costa Rica por parte de la Corte Plena, al respecto cita la sesión 28-86 de este Tribunal. Al respecto consultar: Llobet Rodríguez, Javier. *Derechos Humanos y Justicia Penal*. San José: Poder Judicial, 2007, 167. <sup>32</sup>

Algunas Constituciones establecen expresamente el rango supraconstitucional del DIDH; por ejemplo, las constituciones de Colombia, Bolivia, Guatemala y Venezuela. Dice el artículo 93 de la Constitución de Colombia de 1993: “...*los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estado de excepción, prevalecen en el derecho interno.*” En el mismo sentido indica el artículo 46 de la Constitución de Guatemala: “*Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.*”



*artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma.*<sup>20</sup>

Posteriormente, la Sala mejoró esta tesis y mediante una interpretación progresista, llegó a afirmar el valor supraconstitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica, cuando estos otorguen mayores derechos que la propia Constitución Política; esto de acuerdo al principio pro homine, que es una premisa humanitaria fundamental de todo el ordenamiento jurídico internacional.<sup>21</sup>

También la Sala le ha otorgado ese rango a la jurisprudencia de la Corte IDH, entendiendo que al interpretar una norma de la CADH, adquiere el valor de la norma interpretada. Véase lo dicho por la Sala en el voto 9685-2000: “...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en un caso contencioso o en un mera opinión consultiva, tendrán en principio el mismo valor de la norma interpretada”.<sup>35</sup> Este último criterio implica que no solo la jurisprudencia de la Corte IDH producto de un caso contencioso tiene el valor de la norma que interpreta, sino también una opinión consultiva de este alto tribunal.<sup>22</sup> En realidad, debe entenderse que existe lo que la doctrina denomina un “corpus iuris interamericano”<sup>37</sup>, que se compone por una serie de instrumentos internacionales que conforman el Sistema

---

<sup>20</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 1147-90, del 21 de septiembre de 1990.

<sup>21</sup> Llobet, *Derechos Humanos y Justicia Penal*, 168. En el voto 5759-93, la Sala Constitucional indicó lo siguiente: “...tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto que, como lo reconocido la jurisprudencia de esta Sala, 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 sobre la Constitución.” Sobre el criterio del valor supraconstitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos pueden consultarse también los siguientes votos de la Sala Constitucional: 3435-92, 1319-97, 6830-98, 9685-2000. <sup>35</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 9685-2000.

<sup>22</sup> Chirino Sánchez, *El Impacto de las Decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia de Costa Rica*, 204. <sup>37</sup>

Al respecto consultar: Miranda Bonilla, Haideer. *Derechos Humanos en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2015.

Interamericano, así como también de los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte IDH.<sup>23</sup>

Ahora bien, es claro que afirmar esa supremacía del DIDH y particularmente de la CADH en el sistema de fuentes normativas tiene efectos importantes. Si el DIDH es aceptado con ese rango, el mismo debe ser aplicado por parte de las distintas jurisdicciones, y no podría aplicarse una norma de derecho interno incompatible con ese sistema de derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado incurriría en una conducta ilícita internacional. Al respecto expone Verdross: *“Tendremos un acto ilícito internacional realizado por tribunales sobre todo, cuando estos infrinjan el D.I., infringiendo al propio tiempo el derecho interno: si por ejemplo, no aplican, o aplican mal, un tratado internacional debidamente promulgado, o infringen una costumbre internacional reconocida también en el orden interno. Pero un tribunal puede obrar también contra el D.I. infringiendo una norma jurídico-internacional, sin infringir su ordenamiento jurídico. El Estado responde de igual manera en uno y otro caso.”*<sup>24</sup>

Véase pues que puede tratarse de un quebranto directo al Derecho Internacional y al Derecho Interno al mismo tiempo, o bien, un quebranto al Derecho Internacional y no al Derecho Interno. Así las cosas, puede tratarse de una conducta o de un criterio jurídico lícito dentro del ordenamiento interno, que sin embargo no es adecuado al Derecho Internacional, y como este último tiene un rango superior, el no aplicarlo o aplicarlo mal puede generar una conducta ilícita internacional por parte del Estado.

Así pues, para el tema que constituye el objeto de nuestro estudio, resulta entonces fundamental determinar si es válido o no, a la luz del DIDH, realizar una distinción entre distintos tipos de inocencia a la hora de establecer el derecho a recibir una indemnización por la prisión preventiva dictada en un proceso penal que finalmente culmina con un resultado absolutorio.

---

<sup>23</sup> La misma Corte IDH ha reconocido estos otros instrumentos que conforman el sistema; dentro de estos pueden mencionarse: la Convención Americana de Derechos Humanos y los diferentes protocolos adicionales a esta, como el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo para la Abolición de la Pena de Muerte; también la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belén do Pará) y la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contras personas con discapacidad. Sobre el carácter vinculante de estos instrumentos para los Estados parte consultar: Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

<sup>24</sup> Verdross, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar Editores, 1978, 362-363.



## **II. El Sistema Europeo de Derechos Humanos: El quebranto al principio de presunción de inocencia mediante una distinción entre inocencia por certeza y por duda.**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a la responsabilidad de un Estado cuando en un proceso penal se dicta una prisión preventiva contra una persona y luego dicho proceso culmina con un sobreseimiento o una absolutoria que acredita la inocencia de ese individuo. Así pues, el TEDH ha indicado cuál es la interpretación que debe seguirse de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y por tanto, brinda un importantísimo acercamiento acerca de cómo ha de entenderse este supuesto dentro del DIDH.

En consecuencia, se analizará en este apartado ese criterio del TEDH, que se encuentra básicamente en dos casos que llegan a las mismas conclusiones; se trata de los casos “Tendam vs España” y Puig Panella vs España”. En ambos se condena al Estado español por su regulación con respecto a la responsabilidad del Estado en el caso de prisión preventiva, que solo permitía la indemnización en caso de certeza de inocencia.

Al respecto, no debe olvidarse que la Sala Constitucional de Costa Rica, al afirmar la constitucionalidad de solo indemnizar al preso preventivo sobreseído o absuelto por certeza de inocencia, se remitió al sistema español como modelo o ejemplo a seguir, ignorando claramente, que España había sido condenada por el TEDH debido a esa misma regulación.<sup>25</sup>

El caso específico es “Tendam vs España”, donde el TEDH expresó su criterio en la sentencia del 13 de Julio de 2010.

En este asunto, el accionante Hans Erwin Tendam, interpuso la demanda N°25720/05 ante el TEDH, por la negatoria del Estado Español de otorgarle una indemnización por el periodo que debió descontar como preso preventivo. Ante la solicitud de indemnización que hizo el accionante en aquel proceso, el Ministerio de Justicia e Interior de España constató que el demandante había sido absuelto en

---

<sup>25</sup> Al respecto debe recordarse lo dicho por la Sala Constitucional de Costa Rica, en las resoluciones 03804-2013 y 02992-2013: *“En el derecho comparado, el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, establece que sólo cabe la indemnización por la prisión preventiva, cuando se pruebe la inexistencia del hecho, denominada inexistencia objetiva, y en los casos que resulte comprobada la falta de participación del inculpado, que se refiere a la inexistencia subjetiva; fuera de estos supuestos, no se admite que la prisión preventiva sufrida por el acusado absuelto deba ser indemnizada. La estructura de la norma es muy similar a la del artículo 271 del código procesal penal. Si la absolución se debió a la falta de pruebas de cargo practicadas, y no a la inexistencia objetiva ni subjetiva de los hechos imputados, no es admisible la indemnización.”*

apelación, no por la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo, sino por la ausencia de pruebas suficientes que justificaran su condena, y que tras la sentencia de 9 de septiembre de 1993 de la Audiencia Provincial, “no se acreditó suficientemente la ausencia de participación del demandante en los hechos delictivos.” Por este motivo, no se cumplía la exigencia contenida en el artículo 294 Ley Orgánica del Poder Judicial y el demandante no tenía por lo tanto derecho a una indemnización basada en esta disposición.<sup>26</sup>

Debe recordarse que el ya citado artículo 294 indica lo siguiente: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.”

Así pues, la legislación española no permitía al afectado recibir una indemnización por el tiempo que estuvo privado de libertad producto de la medida coercitiva.

Ahora bien, el accionante recurrió esta decisión mediante un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, la cual, desestimó dicho recurso. Indica la sentencia del TEDH en su resumen de hechos que el tribunal español (refiriéndose a la Audiencia Nacional) “recordó la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo sobre el artículo 294 LOPJ, según la cual la indemnización por prisión provisional solo puede concederse en caso de inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo. Según dicha jurisprudencia para determinar la inexistencia subjetiva, no basta con que existan dudas sobre la participación del interesado sino que **es necesario que exista certeza en cuanto a su ausencia de participación**. En el presente asunto, no había dudas sobre la existencia objetiva de los hechos imputados. En cuanto a la participación del demandante, el Tribunal observó que se trataba de un caso típico de ausencia de pruebas y que por lo tanto el demandante no cumplía los requisitos del artículo 294 LOPJ tales como se interpretan por las jurisdicciones españolas.”<sup>27</sup> (El resaltado es nuestro). Nótese pues el requisito de certeza de inocencia que se exigía para que fuese procedente la indemnización.

Luego de esto, el demandante recurrió en casación alegando una errónea interpretación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya mencionada. El Tribunal Supremo español rechazó el recurso al considerar que la absolución del demandante no podía otorgar el derecho a una reparación, en la medida en que no

---

<sup>26</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección III. *Caso Tendam vs España*. Sentencia del 13 de Julio de 2010.

<sup>27</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección III. *Caso Tendam vs España*. Sentencia del 13 de Julio de 2010.

se basaba en una falta de participación probada del demandante en los hechos delictivos sino en la ausencia de pruebas.

En ese sentido, como se citó anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español venía realizando una interpretación literal del numeral 294, por lo que solo se admitía la indemnización por prisión preventiva en caso de inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo.

Como se observa, el motivo de la declaración de inocencia en este caso es la ausencia de pruebas incriminatorias que lleguen a afirmar la culpabilidad del imputado. Es decir, se trata de una absolución que si bien no afirma con certeza la ausencia de participación en los presuntos hechos, afirma la inocencia con base en la duda que beneficia al imputado, ya que nunca se logró acreditar con el grado de certeza requerido su responsabilidad penal.

Ahora bien, una vez expuestos los hechos, debe indicarse que el TEDH declaró que este tipo de regulación sobre la responsabilidad del Estado en caso de prisión preventiva existente en España es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos; concretamente implica un quebranto al artículo 6.2.

El artículo 6.2 del CEDH se refiere al principio de presunción de inocencia. Dicho numeral indica lo siguiente: *“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”*

Así pues, aún y cuando no existe en el CEDH ninguna norma expresa respecto a la indemnización en caso de prisión preventiva con posterior declaratoria de inocencia, lo cierto que el TEDH puede llegar a sus conclusiones a partir del citado texto del artículo 6.2 y de un adecuado entendimiento del principio de presunción de inocencia.

Al respecto véase expresamente lo dicho por el Tribunal: “*Aun cuando ni el artículo 6 § 2 ni ninguna otra cláusula del Convenio otorgan derecho a una indemnización por una prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución (vid, mutatis mutandis, Dinares Peñalver c. España (dic.), no 44301/98, 23 de marzo de 2000), no puede admitirse la expresión de sospechas sobre la inocencia de un acusado tras una absolución firme (vid, en este sentido, Sekanina, antes citado, § 30). El Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que una vez que la absolución sea firme- incluso cuando se trate de una absolución basada en el principio de presunción de inocencia conforme al artículo 6 § 2 – la expresión de dudas sobre la culpabilidad, incluidas las derivadas de los motivos de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia (Rushiti, antes citado, § 31). En efecto, las resoluciones judiciales posteriores o las declaraciones emanadas de las autoridades públicas pueden plantear un problema bajo el ángulo del artículo 6 § 2, si equivalen a una constatación de culpabilidad que desconoce, deliberadamente, la previa absolución del acusado (vid Del Latte c. Países-Bajos, n 44760/98, § 30, 9 de noviembre de 2004).*”<sup>28</sup>

En efecto, debe indicarse que la declaratoria de inocencia debe ser entendida siempre igual, independientemente del motivo del sobreseimiento o de la absolutoria. Lo que interesa es que la persona sometida al proceso penal fue declarada inocente; es más, como se ha insistido, de acuerdo al principio de presunción de inocencia, esa persona fue inocente antes del proceso, durante el proceso y también al finalizar el mismo, por lo que su situación jurídica de inocencia nunca se desvirtuó.

Consecuentemente, señala el Tribunal que el principio “in dubio pro reo” es una expresión concreta del principio de presunción de inocencia, y que no debe existir ningún tipo de diferencia entre una inocencia por certeza y una por duda. Afirma el alto Tribunal de Derechos Humanos que las sentencias absolutorias no puede diferenciarse en función de los motivos tenidos en cuenta por el juez a la hora de fundamentarlas.<sup>29</sup> Expresamente indicó el TEDH: “... el Tribunal señala que en virtud del principio « in dubio pro reo », el cual constituye una expresión concreta del principio de presunción de inocencia, no debe existir ninguna diferencia entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución que derive de la constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos que hayan sido tenidos en cuenta en cada ocasión por el juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6 § 2 del Convenio, toda autoridad que se pronuncie directa o indirectamente o de forma incidental sobre la responsabilidad penal del interesado debe respetar la parte resolutive de una sentencia absolutoria, (Vassilios

---

<sup>28</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección III. Caso Tendam vs España. Sentencia del

<sup>29</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección III. Caso Tendam vs España. Sentencia del 13 de Julio de 2010. En igual sentido consultar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Capeau vs Bélgica, n° 42924/98.

*Stavropoulos c. Grecia, no 35522/04, § 39 (27 de septiembre de 2007). Por otro lado, el hecho de exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento tendente a obtener una indemnización por prisión provisional no es razonable y denota una violación de la presunción de inocencia (Capeau c. Bélgica, no 42914/98, § 25, TEDH 2005-I).*<sup>30</sup>

Este criterio del TEDH, es coincidente un correcto entendimiento del principio de presunción de inocencia, bajo su concepción normativa. No es admisible, de acuerdo a este principio, que se hagan diferenciaciones entre tipos o grados de inocencia, ya que esta es única, y solo se desvirtúa por una sentencia penal firme que acredite con un grado de certeza la culpabilidad. Por ello, el mismo tratamiento debe recibir una persona absuelta o sobresaída por certeza de inocencia y aquella que lo es por duda; lo contrario implicaría un quebranto al principio de presunción de inocencia, como bien lo indica el TEDH al afirmar: *“El Tribunal considera que este razonamiento, que realiza una distinción entre una absolución por falta de pruebas y una absolución derivada de la inexistencia de hechos delictivos, no tiene en cuenta la previa absolución del acusado, debiendo respetarse por toda autoridad judicial la parte dispositiva, cualesquiera que sean los motivos aducidos por el juez penal (vid Vassilios Stavropoulos, antes citado, § 39).”*<sup>31</sup>

Debe indicarse que previo al caso Tendam, el TEDH tuvo la oportunidad de conocer un caso similar; el caso “Puig Panella vs España”, que como se observa es citado en el caso Tendam. Este caso se trata del número 1483/02 del TEDH, sentencia del 25 de abril del 2006. En este asunto el Tribunal analiza el régimen de responsabilidad español en materia de administración de justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia. Ambos casos difieren en cuanto a los hechos, ya que en “Puig Panella”, el imputado descontaba una pena privativa de libertad que fue posteriormente anulada. No obstante, el TEDH, realizó algunas consideraciones importantes en relación el supuesto de responsabilidad del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española.

Como lo afirma Díaz Pérez: *“La función de control del TEDH se limita a constatar en el caso concreto si ha habido o no violación de alguna de las disposiciones del Convenio o sus Protocolos. No obstante, en este asunto, el problema de fondo no es otro que la distinción, mantenida en el ordenamiento jurídico español, entre «inocencia positiva» —inocencia probada— e «inocencia negativa» —culpabilidad no probada—. Con independencia de las razones que pudieron llevar al Legislador a establecer esa distinción en 1985, la conclusión inevitable a la que hay que llegar tras el análisis de la sentencia Puig Panella es que una norma de alcance general consagra una discriminación no justificada a la luz del principio de la presunción de inocencia. Es verdad que en este asunto se ha producido una desgraciada confluencia de circunstancias, que deben entenderse*

---

<sup>30</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección III. Caso Tendam vs España. Sentencia del

<sup>31</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección III. Caso Tendam vs España. Sentencia del 13 de Julio de 2010.

*de carácter excepcional. Pero no por ello deja de ponerse de manifiesto una dudosa compatibilidad entre algunos aspectos de la legislación*

13 de Julio de 2010.

*española en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia y el Convenio europeo.*<sup>32</sup>

Con base en estas consideraciones el TEDH concluye que la regulación española de la responsabilidad del Estado-Juez en su ejercicio jurisdiccional por prisión preventiva es contraria al principio de presunción de inocencia, regulado en el artículo 6.2 del CEDH, al negar la indemnización en los casos en que la declaratoria de inocencia se da por causas distintas a la certeza, como por ejemplo, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Con base en lo anterior puede concluirse que existe un criterio en el DIDH respecto a que es violatorio del principio de presunción de inocencia el diferenciar entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar el derecho a recibir una indemnización en el supuesto de responsabilidad del Estado en su ejercicio jurisdiccional por prisión preventiva. Si bien el TEDH indica que no encuentra expresamente en el CEDH una regulación específica sobre el derecho a recibir indemnización en caso de sufrir prisión preventiva y luego ser sobreseído o

absuelto, sí concluye que la regulación de derecho interno que realice una diferenciación de inocencias con el propósito de fijar un criterio para indemnizar, siendo que en caso de un tipo de inocencia se indemniza y entro tipo no, implica un quebranto al principio de presunción de inocencia que sí es reconocido expresamente por el CEDH, y por lo tanto, dicho Estado incurre en una conducta ilícita internacional generadora de responsabilidad.

Así pues, como se observa, el fundamento de este criterio es el principio de presunción de inocencia, que se constituye como el eje central de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva. Dicho principio se convierte en uno de los principales justificantes para indemnizar a la persona que debe soportar la carga de la prisión preventiva en un proceso donde nunca se logra acreditar su culpabilidad. Así lo entiende el TEDH, y crea un precedente sumamente importante para el DIDH, lo cual puede tener implicaciones de gran relevancia.

### **III. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la situación de Costa Rica:**

#### **a) Sobre la situación específica de indemnización por prisión preventiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos:**

---

<sup>32</sup> Díaz Pérez de Madrid, Amelia. "Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 25.04.2006, Puig Panella C. España, 1483/02. A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de administración de justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia." *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, no. 25 (septiembre-diciembre 2006): 973-987.

Como se observó en la sección anterior, el TEDH advirtió que no existía una norma expresa en el Sistema Europeo de Derechos Humanos que regulara la responsabilidad del Estado en el supuesto de prisión preventiva con posterior sobreseimiento o absolutoria. Debe indicarse que lo mismo ocurre en el Sistema Interamericano, debido a que no es observable una norma expresa en ese sentido.

Así pues, por ejemplo en la CADH, se regula en el artículo 10 un derecho a recibir indemnización, pero por el supuesto de error judicial después de una condenatoria firme, que es un caso distinto al de prisión preventiva. Así indica el artículo 10: *“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”*

Se trata entonces del supuesto de responsabilidad del Estado-Juez por error judicial, declarado a través de un procedimiento especial de revisión contra una sentencia condenatoria firme, donde el afectado descontó una pena que nunca debió descontar o una mayor de la que en realidad debía.

Sin embargo, además de esta norma, no se encuentra en la CADH alguna otra referente a un supuesto de responsabilidad por prisión preventiva dictada de manera legítima, con posterior sobreseimiento o absolutoria. De igual forma no existe una regulación de este tipo en la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Ahora bien, en el Sistema Universal de Derechos Humanos, también es difícil encontrar una regulación expresa sobre este supuesto. Al respecto, puede observarse el artículo 9.5 del PIDCP, que indica lo siguiente: *“5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”*

Nótese que solo otorga el derecho a obtener reparación en caso de que la detención haya sido ilegal. Es decir, se trata de un supuesto de responsabilidad por conducta ilícita o anormal. Por ello, la situación de la responsabilidad del Estado-Juez por el dictado de prisión preventiva con posterior sobreseimiento o absolutoria no podría entenderse con base en el artículo 9.5 del PIDCP, ya que si la prisión preventiva fue dictada de forma legítima, no cabría el derecho a obtener reparación de acuerdo a este artículo.

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se contempla un supuesto similar al del PIDCP. El artículo 85 del Estatuto indica: *“El que haya sido ilegalmente detenido o recluido tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado”* De igual forma, se trata de un supuesto donde la responsabilidad se configura por la conducta ilícita o anormal.

Así las cosas, no es observable de forma expresa dentro del Sistema Interamericano, especialmente en la CADH, una norma que reconozca la existencia de un derecho a recibir indemnización por la privación de libertad sufrida producto de una medida preventiva de prisión provisional, cuando el proceso luego culmina con la declaración de inocencia de la persona. Aunado a ello, a diferencia del TEDH,

la Corte IDH no se ha pronunciado específicamente sobre este caso particular. Por ello, el asunto pareciera no tratado todavía en el sistema regional interamericano.

Ahora bien, la Corte IDH en su jurisprudencia sí ha tratado algunas otras cuestiones importantes en relación con la prisión preventiva donde se ha determinado la responsabilidad Estatal. Así pues, tal vez la situación más similar que ha conocido la Corte IDH al supuesto de una responsabilidad por prisión preventiva dentro de un proceso que luego culmina con la inocencia del encartado, es el supuesto de responsabilidad del Estado por un plazo excesivo y

desproporcionado de prisión preventiva. En estos casos la Corte IDH ha declarado la responsabilidad Estatal por quebranto al principio de presunción de inocencia.

Al respecto, es importante citar el caso Tibi vs. Ecuador, en el cual la víctima fue sometida a prisión preventiva por un periodo superior a dos años, y luego fue sobreseído. La Corte IDH determinó que este plazo excesivo implica un quebranto al principio de presunción de inocencia, contenido en el numeral 8.2 de la CADH. Indico expresamente la Corte: *“Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.”*<sup>33</sup>

Este mismo criterio sobre el quebranto a la presunción de inocencia por plazos desproporcionados de prisión preventiva ha sido sostenido por la Corte IDH en otros casos, por ejemplo: Suarez Rosero, Instituto de Reeducción del Menor, Acosta Calderón, Palamara Iribarne, Bayarri, García Asto y Ramírez Rojas.<sup>49</sup>

Como se observa, la Corte IDH considera que si la prisión preventiva es desproporcionada se convierte en una medida punitiva, lo que implica un quebranto al principio de presunción de inocencia. Nótese entonces que la interpretación de este tribunal de derechos humanos, es con base en principio mencionado, del cual deriva la responsabilidad Estatal en este caso particular.

Precisamente, esto se entiende dentro del criterio que ha sentado la Corte IDH en relación con el carácter no punitivo de la prisión preventiva, es decir, que no constituye una pena anticipada y que sus efectos no deberían igualar a los de la

---

<sup>33</sup> Corte Interamericana de Derechos humanos. Caso Tibi vs Ecuador, n°114. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Parágrafo 180.

pena privativa de libertad.<sup>50</sup> En esta misma línea de pensamiento, en el caso Chaparro Álvarez, la Corte afirmó que la prisión preventiva no puede seguir fines de prevención especial ni de prevención general, sino únicamente de aseguramiento procesal.<sup>51</sup> Este mismo criterio se puede observar en otras resoluciones de este tribunal.<sup>52</sup>

---

---

---

---

---

<sup>49</sup> Al respecto consultar: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José: Corte IDH, 2010. <sup>50</sup>

Al respecto consultar: Llobet Rodríguez, Javier. “La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano.” *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n° 24 (Invierno 2009): 115-148. VLEX (consultado Marzo 16, 2015). <sup>51</sup>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, sentencia del 21 de noviembre de 2007. Parágrafo 103: “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.”

<sup>52</sup>

Consultar: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suarez Rosero vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997. Parágrafo 77.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón vs Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Parágrafo 75.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Parágrafo 69.

Ahora bien, aún y cuando no se encuentra un pronunciamiento expreso con respecto a la responsabilidad del Estado por prisión preventiva con posterior sobreseimiento o absolutoria; o más bien, respecto a un virtual derecho del preso preventivo a recibir indemnización por ser sometido a prisión preventiva y luego ser declarado inocente, lo cierto es que sí puede realizarse una interpretación, de acuerdo a la CADH, de cómo ha de entenderse esta situación. Dicha interpretación debe llevar a afirmar la incompatibilidad entre la CADH y una regulación que pretenda diferenciar entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar el derecho a recibir una indemnización por la prisión preventiva sufrida, debido a que el principio de presunción de inocencia no admitiría tal distinción. Así pues, sería una conclusión idéntica a la del TEDH en el caso Tendam vs España.

**b) El quebranto al principio de presunción de inocencia del artículo 8.2 de la CADH al diferenciarse entre una inocencia por certeza y por duda.**

Como se constató en el apartado anterior, en el DIDH es posible observar un criterio de un tribunal internacional de derechos humanos, como lo es el TEDH, que considera que no es admisible esa distinción entre tipos de inocencia, e incluso, condenó a un país del Sistema Europeo por contener en su derecho interno una regulación que partía de la distinción entre tipos de inocencia para determinar cuál de estos tipos merece recibir una indemnización por prisión preventiva y cuál no.

Ahora bien, a pesar que en el Sistema Interamericano no se encuentre mención expresa a una norma que regule concretamente esta situación, ni tampoco la Corte IDH ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, con base en lo que se ha indicado hasta este punto es posible realizar algunas interpretaciones en relación con el asunto.

Lo primero que debe advertirse es que en otro sistema regional de protección de derechos humanos existe un criterio expreso en relación con el supuesto específico de estudio. En ese sentido, recuérdese que el TEDH resolvió que la regulación de derecho interno del Estado Español era violatoria del Convenio Europeo de Derechos Humanos, específicamente del principio de presunción de inocencia contenido en dicho cuerpo normativo, debido a que a la hora de fijar el supuesto de responsabilidad del Estado-Juez en su ejercicio jurisdiccional por una prisión preventiva dentro de un proceso penal que luego culmina con un sobreseimiento o absolutoria, la regulación legal española condicionaba dicha indemnización a los supuestos de inocencia cierta, y negaba este derecho en los casos de una inocencia obtenida mediante la duda que beneficia al imputado. Si bien el TEDH indicó que no se observa expresamente en el Sistema Europeo de Derechos Humanos un derecho a recibir una indemnización en estos casos, lo cierto es que la regulación española violenta la presunción de inocencia, al realizar este tipo de diferenciaciones.

Ahora bien, el TEDH realizó su análisis con base en el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 6.2 del CEDH, que indica: *“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”*

En la CADH existe una norma análoga a esta del CEDH, se trata del artículo 8.2 que enuncia el principio de presunción de inocencia: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”*

Este principio no solo se encuentra en el Sistema Europeo e Interamericano, sino también en el Sistema Universal de Derechos Humanos. Así por ejemplo indica el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”* Igualmente indica el PIDCP en su artículo 14.2: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.”*

Así las cosas, sería posible en el ámbito interamericano llegar a la misma conclusión a la que llegó el TEDH con base en una interpretación del principio de presunción de inocencia contenido en dicho convenio. Si dicho principio es recogido de manera idéntica en la CADH, naturalmente si la Corte IDH conociera un caso similar al europeo, debería pronunciarse en favor del quebranto al principio de presunción de inocencia.

Así por ejemplo, como es afirmado por la propia Sala Constitucional, Costa Rica presenta una regulación igual a la española, donde solo se indemniza al preso preventivo que luego es sobreseído o absuelto por certeza y se niega la indemnización si es por duda. Así las cosas, si Costa Rica fuera demandada ante la Corte IDH, lo más probable es que este Alto Tribunal de Derechos Humanos condene a Costa Rica, ya que su regulación realiza una diferenciación entre distintos tipos de inocencia a la hora de determinar el derecho a recibir una indemnización por el tiempo sufrido en prisión preventiva.

Debe indicarse que no es extraño que la Corte IDH se remita a la jurisprudencia del TEDH. En muchas sentencias de la Corte IDH se observa que este tribunal se remite a otros sistemas regionales de derechos humanos, como el Sistema Europeo, e igualmente utiliza la jurisprudencia del TEDH como una fuente interpretativa, que da sustento al propio criterio sentado por la Corte en sus resoluciones. Esto ha sido denominado por alguna doctrina como “diálogo judicial” o “diálogo entre cortes”.<sup>34</sup> Al respecto expone Haideer Miranda: *“El «diálogo entre Cortes», «judicial dialogue» o «judicial conversation» viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia.”*<sup>35</sup>

Este diálogo es natural cuando existen problemáticas comunes en distintos sistemas normativos. Así pues, los respectivos órganos jurisdiccionales acuden a ese diálogo para dar una solución similar a esos problemas. Se trata de un tipo de método de derecho comparado que actualmente tiene mucha importancia, especialmente entre algunos órganos jurisdiccionales, como por ejemplo aquellos de tribunales internacionales de Derechos Humanos.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Miranda Bonilla, Haideer. “El Control de Convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina”. Revista IUS Doctrina, n°12 (2015): 1-54.

<sup>35</sup> Miranda Bonilla, “El Control de Convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina”, 47.

<sup>36</sup> Algunos países han sido conservadores a la hora de aceptar la idea de un “diálogo entre cortes”, o de acudir al derecho comparado como fuente de interpretación. Un ejemplo de esa actitud hostil hacia este método se encuentra en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Incluso, en el año 2005 los republicanos presentaron ante el Senado una iniciativa para aprobar una resolución que prohibiera a los jueces de la Corte Suprema citar derecho comparado en sus sentencias. Al respecto consultar: Miranda Bonilla, Haideer. *Derechos Humanos en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2015. P. 235-236.

Particularmente, este diálogo que puede existir entre la Corte IDH y el TEDH se denomina “diálogo horizontal”, ya que se desarrolla entre órganos de un mismo nivel o jerarquía y tiene un carácter cooperativo y discrecional.<sup>37</sup> Dicho diálogo entre estos tribunales cada vez se acrecienta en mayor medida, y como la misma palabra “diálogo” lo sugiere, se trata de una cuestión bidireccional, siendo que la CIDH utiliza los criterios del TEDH y viceversa.<sup>57</sup>

En consecuencia, son muchos los casos donde la Corte IDH se remite al Sistema Europeo y a la jurisprudencia del TEDH para fundamentar su criterio, o bien para interpretar alguna disposición de la CADH; es más, es una tarea difícil encontrar una resolución de la Corte IDH en la que no haya alguna referencia a la jurisprudencia del TEDH. Esto es normal, ya que es el diálogo necesario que debe existir entre ambos órganos jurisdiccionales que velan por la protección de los derechos humanos en sus respectivos sistemas regionales. Sólo por mencionar unos cinco casos en donde la Corte IDH se remita a la jurisprudencia del TEDH, se citan los siguientes: caso Tibi vs Ecuador<sup>38</sup>, caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica<sup>39</sup>, caso Argüelles y otros vs. Argentina<sup>40</sup>, Huapaya y otros vs Perú<sup>61</sup>; y el caso González Lluy y otros vs Ecuador<sup>62</sup>.

Así pues, como se observa, es natural que la Corte IDH se remita a otros sistemas regionales de protección de derechos humanos, así como también a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales como el TEDH. Ahora bien, esta referencia no quiere decir que la jurisprudencia del TEDH sea vinculante o de

---

<sup>37</sup> Miranda Bonilla, *El Control de Convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina*, 1-54 <sup>57</sup> Sobre recientes estudios en relación con el diálogo entre la Corte IDH y el TEDH consultar:

García Roca, Javier; Raúl Canosa Usera, Pablo Antonio Sánchez Fernández & Pablo Santolaya Machetti (coord.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y americano de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Civitas, 2012.

<sup>38</sup> Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador, n°114. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. La Corte se remite a la jurisprudencia del TEDH en el parágrafo 115.

<sup>39</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. En este caso donde era necesario determinar el estatus legal del embrión, la Corte IDH llegó a sus conclusiones con base en el criterio del TEDH. Véase lo indicado por la Corte IDH: *“La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida. Así, por ejemplo, en el en el Caso Costa y Pavan Vs. Italia, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en “el caso Roche c. Roche y otros [...], la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer (“unborn child”) no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer”.*

<sup>40</sup> Corte IDH. Caso Argüelles y otros vs. Argentina. N°288. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

<sup>61</sup> Corte IDH. Caso Huapaya y otros vs. Perú. Serie C n° 296. Sentencia del 24 de junio de 2015. <sup>62</sup>

Corte IDH. Caso González Lluy vs Ecuador. Serie C. N° 298. Sentencia del 1 de septiembre de 2015. La Corte se remite al Sistema Europeo y a la jurisprudencia del TEDH en los párrafos 184 y 185.

aplicación directa para la Corte IDH, pero sí puede ser relevante como una fuente de interpretación de la propia CADH.

En tal sentido, con respecto a un sistema de fuentes en el derecho internacional público, es importante tener en cuenta el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que indica lo siguiente: *“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”* (El resaltado no corresponde al original).

Nótese que este artículo autoriza a acudir a la jurisprudencia como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Por ello, la jurisprudencia es importante como una fuente de derecho internacional que puede servir para la interpretación de las reglas de derecho aplicables. Por lo tanto, es completamente normal que a la hora de realizar un análisis acerca de una disposición de la CADH, el intérprete jurídico pueda remitirse a la jurisprudencia del TEDH como medio auxiliar.

Una vez claro esto, debe entonces afirmarse que es posible interpretar que una regulación de derecho interno donde se condicione el derecho a recibir una indemnización por la privación de libertad producto de una prisión preventiva en un proceso penal que culmina con un sobreseimiento o una absolutoria, dependiendo de si la absolución es por certeza de inocencia o por duda, es violatoria de la CADH, específicamente de su artículo 8.2 que consagra el principio de presunción de inocencia.

Si el TEDH interpretó esto del artículo 6.2 del CEDH, no hay razón para que el intérprete interamericano no llegue a la misma conclusión, ya que el numeral 6.2 del CEDH es idéntico al numeral 8.2 de la CADH; y la regulación de España es prácticamente igual a la de Costa Rica. Así pues, lo lógico es que el diálogo entre ambos intérpretes regionales sea uniforme y coherente.

Por estas consideraciones, es posible interpretar que la CADH no admite una diferenciación entre una inocencia por certeza y una inocencia por duda a la hora de determinar el derecho a recibir una indemnización por la prisión preventiva sufrida, ya que esto implicaría un quebranto al principio de presunción de inocencia del artículo 8.2.

#### **IV. Los efectos de la incompatibilidad entre una norma de derecho interno y la CADH.**

### a) El obligatorio ejercicio del Control de Convencionalidad por parte los órganos jurisdiccionales costarricenses.

Indica Humberto Nogueira Alcalá: *“La internacionalización del diálogo de los jueces es la manifestación de la desnacionalización del diálogo. El juez tradicionalmente vinculado a un territorio estatal como a procedimientos de derecho interno y a un sistema de normas específicas es inducido a abrirse a otros jueces y a otros universos sistémicos de normas jurídicas.”*<sup>41</sup>

Efectivamente, el valor normativo del DIDH dentro del ordenamiento jurídico interno obliga a los jueces nacionales a internacionalizar su análisis jurídico y a abrirse a otros cuerpos normativos distintos y superiores a la normativa interna.

Así pues, el control de convencionalidad es una de las consecuencias de la aceptación de la CADH como parte del ordenamiento jurídico interno. Una aproximación general a este concepto es la siguiente, sugerida por Natalia Torres: *“El control de convencionalidad es una técnica de contraste normativo que determina la compatibilidad de las disposiciones de derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); y/o permite declarar la inconventionalidad de las disposiciones, interpretaciones u omisiones de derecho interno a la luz de los instrumentos antes mencionados.”*<sup>42</sup>

Como se observa, el control de convencionalidad se realiza en dos sedes: en sede internacional y en sede nacional. También, puede traducirse en esto en dos manifestaciones del control: una de carácter concentrado, que ejerce la Corte IDH en sede internacional; y otra de carácter difuso, que ejercen los jueces a nivel nacional. Esta última será la de mayor interés en nuestro estudio.

Ahora bien, debe indicarse que una de las características de los órganos jurisdiccionales internacionales permanentes (verbigracia: Corte IDH, TEDH, Corte

---

<sup>41</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencial de Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011.” *Estudios Constitucionales*, año 10 n° 2 (2012): 57-140. VLEX (consultado 17 de septiembre de 2015). P. 57-58.

<sup>42</sup> Torres Zúñiga, Natalia. Control de Convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Derecho PUCP*, no. 70 (junio 2013): 347-369. VLEX (consultado el 21 de septiembre de 2015). <sup>65</sup>

Por ejemplo, uno de los principios que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es el principio de complementariedad, que se expresa en el artículo 1 en relación con el 17.1.a. Indica el numeral 1: *“...La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y **tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.**”* (El resaltado no corresponde al original). En relación con esto, para que la Corte Penal Internacional declare la admisibilidad de una causa de acuerdo con el artículo 17.1.a, sólo podrá hacerlo si el Estado que tiene la jurisdicción para juzgarlo no quiera o no pueda hacerlo.

Penal Internacional), es su carácter subsidiario o complementario de las jurisdicciones nacionales.<sup>65</sup> Esto quiere decir que los primeros en aplicar el derecho internacional deben ser los propios Estados, y solo cuando estos fallen en dicha labor es que entrarán estos órganos jurisdiccionales de naturaleza internacional. En consecuencia, es el propio Estado el primer obligado a realizar un control de convencionalidad; es decir, una evaluación acerca de si alguna norma del derecho interno entra en contradicción con la CADH o demás instrumentos del Sistema Interamericano (corpus iuris interamericano), y solo cuando este no logre tal cometido, será procedente elevar el caso ante la Corte IDH, la cual tiene una naturaleza subsidiaria. Así pues, como lo ha dicho la misma Corte, este control *“obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por esta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.”*<sup>43</sup>

Ya sea que se realice en sede nacional o internacional, el control de convencionalidad tiene como objetivo determinar la compatibilidad entre alguna normativa de derecho interno, y ese corpus iuris interamericano. Estas normas o hechos internos susceptibles de ser objetos del control pueden ser leyes, actos administrativos e incluso resoluciones jurisdiccionales, así lo ha dispuesto expresamente la Corte IDH.<sup>67</sup> También una norma constitucional puede ser objeto de control de convencionalidad, y resultar declarada incompatible con la CADH.<sup>68</sup> Además de lo anterior, también puede ser objeto de control la jurisprudencia constitucional emitida por la Sala, Corte o Tribunal Constitucional.<sup>44</sup>

En la jurisprudencia de la Corte IDH, la primer referencia al control de convencionalidad está en el voto razonado del juez García Ramírez en la sentencia

---

<sup>43</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, parágrafo 72. <sup>67</sup>

Al respecto consultar: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto particular de García Ramírez en el caso Vargas Areco vs Paraguay. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 26 de septiembre de 2006. Serie C. N° 155, parágrafos 6 y 7. Corte IDH. Caso Niños de la Calle “Villagrán Morales y otros” vs Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 63, parágrafos 222. <sup>68</sup> Respecto a la inconventionalidad de normas constitucionales puede consultarse las sentencia de la Corte IDH de los casos La Última Tentación de Cristo “Olmedo Bustos y otros” vs Chile y la del caso Caesar vs Trinidad y Tobago

<sup>44</sup> <sup>69</sup> Sobre este último punto, debe recordarse el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, donde la Corte IDH determinó la inconventionalidad del criterio emitido por la Sala Constitucional sobre la fertilización in vitro en Costa Rica. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica. Sentencia N° 257. En este caso, la interpretación realizada por la vida privada y los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la familia contemplados en la CADH.

Myrna Chang vs Guatemala.<sup>45</sup> Sin embargo, tal doctrina fue reconocida por la totalidad de la Corte por primera vez en la sentencia Almonacid Arellano vs

---

<sup>45</sup> 70 El Juez García Ramírez reiteró su criterio en los votos razonados en los casos Tibi vs Ecuador y Vargas Areco vs Paraguay.

Chile<sup>46</sup>, donde se habla de un control difuso de convencionalidad, el cual debe llevarse a cabo por parte de todas las autoridades nacionales, incluso los jueces y órganos encargados de la administración de justicia.

Véase lo indicado por la Corte: *“...cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...)* La Corte 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 de 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.<sup>47</sup> (El resaltado no corresponde al original).

Como se desprende de lo indicado por la Corte IDH, el derecho interno no es una excusa para incumplir con la aplicación de lo dispuesto por la CADH, ya que la misma tiene un rango superior. Expresamente la Corte ha señalado: *“según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno.”*<sup>48</sup> Esto es consecuente con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por lo tanto, los jueces nacionales se encuentran sometidos a la aplicación de la CADH, la cual deben aplicar por encima del derecho interno, ejerciendo siempre el control de convencionalidad para garantizar la efectividad del DIDH en su ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como indica Haideer Miranda con acierto, en el texto de la CADH y en el Reglamento de la Corte IDH no se observa una referencia expresa al término “control de convencionalidad”; sin embargo, indica que se deriva de los artículos 1.1,

---

<sup>46</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C. No 154.

<sup>47</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C. No 154.

<sup>48</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs Chile, Parágrafo 124.

2, 62.3, 63.1, 67 y 68.1 de la Convención, en relación con los numerales 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte IDH, igualmente con el artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH.<sup>49</sup> Para complementar esto, debe agregarse lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Además, el parámetro del control de convencionalidad está conformado no solo por distintos instrumentos normativos<sup>50</sup>, sino que también se encuentra integrado por los criterios interpretativos que ha establecido la Corte IDH en su jurisprudencia, tanto en los casos contenciosos como en las opiniones consultivas.<sup>51</sup>

De acuerdo con Miranda, el parámetro del control incluso puede ser ampliado al ejercerse un control difuso de convencionalidad por parte de los jueces nacionales; es decir, de acuerdo con el artículo 29 de la CADH, el intérprete puede ampliar el parámetro cuando se otorgue una mayor protección al derecho fundamental.<sup>52</sup> Al respecto la Corte IDH ha sostenido que “*si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la normas más favorable a la persona humana.*”<sup>78</sup> En relación con esta situación, ha indicado el juez de la Corte IDH Ferrer Mac-Gregor que el no aplicar el estándar mínimo creado por la Corte por considerar aplicable otra disposición más favorable, sea una fuente nacional o internacional, es en realidad aplicar el estándar interamericano.<sup>53</sup>

Ahora bien, el control de convencionalidad debe ser ejercido por cualquier juez del Estado parte de la CADH, con algunos matices que pronto se indicarán; sin embargo, todos los jueces están sometidos al control de convencionalidad, y ninguno puede exonerarse de ejercer este control. Adicionalmente, debe indicarse que la Corte IDH en la sentencia *Gelman vs Uruguay* extendió este criterio, indicando que la aplicación del control de convencionalidad debe ejercerla

---

<sup>49</sup> Miranda Bonilla, *Derechos Humanos en América Latina*, 126.

<sup>50</sup> la CADH, los diferentes protocolos adicionales a esta, en particular el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo para la Abolición de la Pena de Muerte; así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belén do Para) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad.

<sup>51</sup> Al respecto consultar: Miranda Bonilla, *Derechos Humanos en América Latina*, 130.

<sup>52</sup> Miranda Bonilla, *Derechos Humanos en América Latina*, 131. <sup>78</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación obligatoria de periodistas. Opinión solicitada por Costa Rica. Serie A N° 5. Párrafo 52.

<sup>53</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 9 no. 2 (2011): 531-622. Citado por: Miranda Bonilla, Haideer. *Derechos Humanos en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2015. P. 131.

“cualquier autoridad pública”<sup>54</sup>, lo que no solo vincula al Poder Judicial, sino a cualquier centro de autoridad pública que pueda lesionar derechos humanos.

Hasta este punto queda claro que existe una obligación por parte de los jueces nacionales de realizar un control de convencionalidad entre las normas de derecho interno y la CADH, velando por la supremacía de lo dispuesto en esta última así como en lo dicho en la jurisprudencia de la Corte IDH como intérprete última de la Convención.

Ahora bien, todavía no se ha aclarado cómo ha de ejercerse este control, y qué debe hacer el juez ordinario si encuentra una incompatibilidad entre una norma de derecho interno y la CADH. Esta cuestión interesa para el caso concreto de Costa Rica, y bajo la hipótesis específica del artículo 271 del CPP, que como ya se indicó en las secciones anteriores, es incompatible con la CADH.

#### **b) El juez ordinario frente a una norma de derecho interno incompatible con la CADH:**

Como ha quedado claro, la Corte IDH al crear la doctrina del control de convencionalidad, presupone que este tendrá un carácter difuso en el derecho interno de los Estados parte de la CADH. Al respecto pueden encontrarse algunas posiciones radicales y otras moderadas, como se observará.

En relación con la aplicación de un control de convencionalidad difuso en sede nacional, señala Haideer Miranda que este tipo de control tiene diferentes grados de intensidad y realización, pues la misma Corte IDH ha indicado que debe llevarse a cabo “*en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”<sup>55</sup>; lo que implica según el autor, un margen de apreciación nacional a la hora de definir su implementación, ya que la jurisdicción interamericana no pretende imponer una forma igual de ejercer el control en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados parte.<sup>56</sup>

La interrogante surge en relación con el ejercicio del control difuso de convencionalidad, en países en donde el control de constitucionalidad es concentrado, como en Costa Rica. Al respecto es importante citar el voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor en la sentencia Cabrera García, donde postula que el control de convencionalidad tiene distintos grados de intensidad. Expone el juez

---

<sup>54</sup> Corte IDH. Caso Gelman vs Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C n° 221. Citada por: Miranda Bonilla, Haideer. *Derechos Humanos en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2015. P. 132.

<sup>55</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C. No 158.

<sup>56</sup> Miranda Bonilla, *Derechos Humanos en América Latina*, 132.

interamericano que estos grados se categorizan en: “a) *Máximo: realizado por las altas jurisdicciones constitucionales que generalmente pueden declarar la invalidez de una norma con efectos erga omnes. Están facultados para declarar dicha invalidez también con base en la inconventionalidad de la norma examinada;* b) *Intermedio: en los sistemas donde todos los jueces pueden inaplicar una norma inconstitucional, también pueden hacerlo con una inconventional; sin embargo, esto solo es posible si no existe una interpretación conforme de la normatividad nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos;* c) *Mínimo: en sistemas donde no se permite el control difuso de constitucionalidad y no todos los jueces pueden inaplicar una ley; al no poder inaplicar una norma, la alternativa es realizar una interpretación convencional de la misma, conforme a la Convención Americana y la jurisprudencia convencional para lograr los mayores alcances en términos del principio pro homine.*”<sup>57</sup> (El resaltado no corresponde al original).

Dentro de las categorías que indica el juez interamericano, Costa Rica parece ubicarse dentro de la “intensidad mínima”, al tener un control concentrado de constitucionalidad, ejercido por la Sala Constitucional de acuerdo al artículo 10 de la Constitución Política.

Ahora bien, parece no existir un fundamento normativo que permita afirmar que en un país como Costa Rica, el juez no pueda ejercer un control de convencionalidad hasta sus últimas consecuencias, que sería la desaplicación de la norma sin tener que realizar una consulta a la Sala Constitucional.

El artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que los jueces de la República no podrán “*aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país*”. Seguidamente indica: “*Si tuvieran duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional.*”

Nótese que el citado numeral 8 solo se refiere a la obligación de la consulta a la Sala si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de esas normas, pero no si tiene dudas sobre la convencionalidad de esas normas.<sup>58</sup> Por ello, la solución no parece encontrarse en dicho texto.

Si se busca en las normas que regulan la consulta judicial de constitucionalidad, tampoco se encontrará una solución pacífica. El artículo 102 de

---

<sup>57</sup> Corte IDH. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Cabrera y Montiel Flores vs México*. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párrafos 34 al 37. Citado por Miranda Bonilla, Haideer. *Derechos Humanos en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2015. P. 137.

<sup>58</sup> De acuerdo a Alex Solís, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial introduce en el sistema de justicia constitucional elementos propios del control difuso de constitucionalidad, el cual de acuerdo al autor, puede operar paralelamente al sistema concentrado ejercido por la Sala. Al respecto consultar: Solís Fallas, Alex. *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*. San José: Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1999. P. 70-92.

la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica: *“Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento...”* Como se observa, solo se hace referencia a las dudas sobre la constitucionalidad, mas no a las dudas sobre la convencionalidad.

Así pues, el control de convencionalidad no es algo previsto por el legislador costarricense, y la solución respecto a cómo ha de ejercerse por parte de los jueces ordinarios no se puede encontrar normativamente en el derecho nacional.

Ahora bien, como se observa en el criterio del voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor puede existir una solución a esta interrogante; una solución que es más axiológica que normativa, y que parte del respecto a la existencia de un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Nótese que el criterio expuesto en este voto es que los jueces ordinarios en los países con un sistema de control concentrado de constitucionalidad, no pueden desaplicar una norma por considerarla contraria al parámetro de convencionalidad, ya que para ello necesitarían formular una consulta judicial ante el Tribunal Constitucional y que sea este el que haga esta declaración formal de inconventionalidad. Sin embargo, el juez ordinario sí tiene una alternativa previa y es ejercer el control de convencionalidad mediante una interpretación conforme; es decir, debe interpretar la norma cuestionada conforme a la CADH para lograr corregir el vicio de inconventionalidad. Para realizar esta interpretación conforme no necesita realizar una consulta al órgano que ejerce el control concentrado de constitucionalidad.

Así pues, el juez ordinario no puede escapar, ni aún en un sistema de control concentrado de constitucionalidad, de ejercer el control de convencionalidad que demanda la CADH. Al respecto, la misma Sala Constitucional ha reconocido el deber de aplicación de este control, al respecto véase la sentencia 6120-2013, donde indicó este tribunal: *“...se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, normas provenientes del Derecho Internacional Público, lo cual ha expandido el “marco normativo” no solo para las partes procesales, sino también para los operadores jurídicos (...) Esto nos lleva al tema del control de convencionalidad, el cual no resulta ajeno a nuestro sistema, pues de una u otra forma, este tribunal lo ha ido implementando en forma paulatina durante los últimos años (...) En el caso de los tribunales nacionales, el control de convencionalidad les permite mantener “un diálogo” constante entre los sistemas nacionales de protección de derechos humanos y los sistemas internacionales.”* Seguidamente, la Sala cita el caso concreto de la jurisdicción de familia: *“En el caso de la jurisdicción de familia, los jueces de la República, deben ejercer ese “control de convencionalidad” y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos...”*<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n° 6120-2013.

En un comentario a dicho voto de la Sala Constitucional indica Haideer Miranda: *“Lo anterior evidencia cómo la Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el deber del juez nacional de llevar a cabo un control de convencionalidad, lo cual conlleva en primer lugar la aplicación directa de la Convención Americana. Por otra parte, en aquellos supuestos donde exista un conflicto entre la norma nacional y el parámetro de convencionalidad el juez nacional debe realizar una interpretación convencionalmente conforme.”*<sup>60</sup><sup>61</sup>

Ahora bien, debe agregarse que según la línea que se ha venido siguiendo, cuando por vía de interpretación conforme no pueda llegarse a la solución respecto a la incompatibilidad entre la norma de derecho interno y el parámetro de convencionalidad, el juez tendría que plantear la consulta judicial ante la Sala Constitucional.

Esta posición también es sostenida por Llobet, quien indica que la consulta a la Sala *“solo será necesaria cuando por vía de interpretación no se pueda llegar a una solución que elimine las contradicciones entre el texto legal y la Constitución o instrumento internacional.”*<sup>62</sup>

No obstante lo anterior, debe indicarse que alguna doctrina sostiene una posición radical respecto al control de convencionalidad, y defiende la idea de que el juez ordinario pueda desaplicar una norma por considerarla contraria a la CADH o a otro instrumento que conforma el parámetro de convencionalidad. En ese sentido, Rosaura Chinchilla Calderón es defensora de la potestad del juez de desaplicar la norma nacional por ser inconvencional, sin tener que formular una consulta a la Sala Constitucional.<sup>63</sup>

El asunto es que, como se indicó, no existe ninguna regulación normativa concreta que permita orientar la forma en que el juez ordinario puede ejercer el control de convencionalidad en Costa Rica. Así pues, el ordenamiento jurídico no le prohíbe al juez llegar al punto de la desaplicación de la norma por considerarla inconvencional. Es decir, si el juez determina que no es posible solucionar el vicio de inconvencionalidad mediante una interpretación conforme, no encontrará ninguna disposición normativa concreta que lo oriente a decidir sobre si debe desaplicar la norma o si mejor debe realizar la consulta ante la Sala Constitucional.

Por último en este punto, debe citarse la sentencia 16141-2013, donde la Sala Constitucional indicó que *“la autoridad para conocer de las infracciones a las normas constitucionales, como las convencionales de derechos humanos, debe ser ejercida por la jurisdicción constitucional, porque se complementan unas y otras (...) y, en*

---

<sup>60</sup> Miranda Bonilla, *Derechos Humanos en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2015. P. 157.

<sup>61</sup> .

<sup>62</sup> Llobet Rodríguez, Javier. *Derechos Humanos y Justicia Penal*. San José: Poder Judicial, 2007. P.191. En igual sentido: Miranda Bonilla, Haideer. *Derechos Humanos en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2015. P. 157.

<sup>63</sup> Consultar: Chinchilla Calderón, Rosaura. El control de convencionalidad como mecanismo para combatir la discriminación jurídica por orientación, identidad y expresión de género en Costa Rica. En *Derecho Penal y Constitución, Libro en memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora*, Tomo I,



Ahora bien, es preciso aplicar todo lo que se ha indicado respecto al control de convencionalidad a un caso concreto: la situación del artículo 271 del CPP costarricense, que se ha desarrollado a lo largo de toda esta investigación.

Es preciso recordar el citado artículo, que en su párrafo segundo dice lo siguiente: *“También procederá la indemnización, solo a cargo del Estado, cuando una persona haya sido sometida a prisión preventiva y luego es sobreseída o absuelta, con plena demostración de inocencia.”*

Como se ha desarrollado a lo largo de la investigación, este artículo regula un supuesto de responsabilidad del Estado por su ejercicio jurisdiccional; específicamente el caso de la responsabilidad por prisión preventiva, cuando el proceso culmina en con una declaración de inocencia del imputado. Sin embargo, con base en la frase *“con plena demostración de inocencia”*, la jurisprudencia en Costa Rica ha entendido que es exigible que el imputado haya sido sobreseído o absuelto por certeza de inocencia para que sea procedente la responsabilidad Estatal y la consecuente obligación indemnizatoria. Así las cosas, se niega la indemnización si el sobreseimiento o la absolutoria se dan con base en la duda que beneficia al imputado. Esta diferenciación entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar el derecho a recibir la indemnización ha sido legitimada por los más altos tribunales en Costa Rica, siendo de esta forma el criterio imperante en la Sala Primera y en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Es por esto que si llega un caso a la jurisdicción contencioso-administrativa donde la pretensión del demandante es obtener la indemnización por el tiempo en que estuvo privado de libertad debido a la medida cautelar de prisión preventiva, dicha pretensión le será negada, si el sobreseimiento o absolutoria que obtuvo en la jurisdicción penal fue con base en la duda. De esta forma, el juez contenciosoadministrativo aplica la literalidad del numeral 271 del CPP, así como el criterio de los altos tribunales ya antes indicados.

Sin embargo, al juez ordinario, en este caso, al juez contenciosoadministrativo, se le olvida algo fundamental, y es el ejercicio del control de convencionalidad, el cual está obligado a realizar. En toda la jurisprudencia consultada, no se observa que dicho control haya sido ejercido en relación con la situación del artículo en cuestión; es más, ni siquiera la Sala Constitucional, en las dos acciones de inconstitucionalidad que debió conocer contra este artículo ejerció este control; es más, hizo todo lo contrario: declaró la constitucionalidad de la norma y se remitió al sistema español, estableciendo una relación de similitud entre el artículo 271 del CPP costarricense y el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Española.<sup>64</sup> Por supuesto que la Sala ignoraba que España había sido condenada por el TEDH porque su artículo 294 citado y la interpretación que se le daba violaban el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 6.2 del CEDH. En consecuencia, no ha existido en Costa Rica un cotejo del artículo 271

---

<sup>64</sup> Consultar los votos 3894-2013 y 2992-2013 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

con la CADH, sino que por el contrario, se ha legitimado incorrectamente, incurriendo en una eventual responsabilidad internacional por violación del DIDH.

Ahora bien, si se afirma que el artículo 271 del CPP y el criterio de la distinción de inocencias es violatorio de la CADH, es preciso determinar cómo ha de ejercerse el control de convencionalidad en relación con esta norma. Como se evidenció en el desarrollo sobre el control de convencionalidad, su aplicación en países donde existe un sistema de control concentrado de constitucionalidad genera algunas dudas. Así pues, la principal interrogante es si el juez ordinario puede desaplicar una norma por considerarla inconvencional, o si debe realizar una consulta a la Sala Constitucional para que sea esta la que se pronuncie sobre esta inconvencionalidad. Sin embargo, según se indicó, en lo que parece no existir controversia es en la facultad del juez ordinario de realizar una interpretación conforme de la norma cuestionada con el Derecho Convencional.

En el caso concreto del artículo 271 del CPP pueden darse las dos posibilidades: que el juez contencioso-administrativo realice una interpretación conforme a la CADH, o que decida realizar una consulta a la Sala Constitucional. Es necesario desarrollar ambas posibilidades, ya que como se verá, la situación del artículo 271 es complicada.

#### **a) La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.**

El método de la “interpretación conforme” puede evitar llegar hasta la consecuencia de tener que desaplicar o anular una norma de derecho interno; y a su vez, es una forma de garantizar la vigencia de los principios y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que conforman el parámetro de convencionalidad, lo que también coadyuva a que el Estado no incurra en una conducta ilícita internacional.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha definido esta técnica de interpretación de la siguiente manera: *“En términos generales, se podía sintetizar como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por los Estados, **así como por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales)** para lograr su mayor eficacia y protección.”*<sup>65</sup> (El resaltado no corresponde al original).

---

<sup>65</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 9 no. 2 (2011): 531-622. <sup>92</sup>

Sagües, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, año 8, no. 2

De acuerdo con Néstor Sagües, “se trata de un dispositivo de rescate de normas, que podrían permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccionen, para aplicarlas, sus interpretaciones posibles “conformes”, con la Convención Americana, y se descarten las interpretaciones conflictivas con las misma Convención, o con la jurisprudencia de la Corte.”<sup>92</sup>

Como se ha visto, el juez ordinario está facultado para ejercer esta interpretación de la norma interna conforme a la CADH. Si bien dicho ejercicio tiene una gran cuota de creatividad, lo cierto es que el juez puede tomar en cuenta algunas guías y criterios interpretativos.

En ese sentido, debe recordarse que las sentencias de la Corte IDH tiene efectos vinculantes con respecto al Estado contra el que se dictan, pero también tienen efectos indirectos respecto a los demás Estados que han aceptado la jurisdicción y competencia de este tribunal, por lo que esta eficacia indirecta es importante respecto a la vinculatoriedad del criterio interpretativo; es decir, a la hora de ejercer la interpretación conforme, el juez debe buscar los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte IDH.<sup>66</sup> Sin embargo, el juez no se encuentra limitado por esto, ya que a nivel nacional, el juez puede otorgar un mayor grado de protección; es decir, puede superar los criterios interpretativos de la propia Corte IDH si dicha interpretación establece estándares más elevados de protección y tutela de los derechos reconocidos en la CADH. Así pues, siempre prevalecerá la interpretación que otorgue un mayor nivel de tutela a esos derechos.<sup>67</sup>

Esto último tiene relación con un principio interpretativo fundamental en el DIDH, que es el principio pro homine, que se recoge en las reglas generales de interpretación que fija el artículo 29 de la CADH. Indica dicho artículo: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

El principio pro homine, o pro persona, tiene una doble dimensión, en primer lugar dispone el deber de aplicar la norma o la interpretación más favorable a la

---

(2009), p.30. Citado por Miranda Bonilla, Haideer. *Derechos Humanos en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2015. P. 199.

<sup>66</sup> Respecto a los efectos de las sentencias de la Corte IDH es importante la precisión que dio la misma Corte en la sentencia del caso Gelman vs Uruguay. Corte IDH. Caso Gelman vs Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, parágrafo 68 y 69.

<sup>67</sup> En ese sentido: Miranda Bonilla, *Derechos Humanos en América Latina*, 201-202.

persona en el ejercicio de un derecho, y en segundo, el deber de acudir a la norma o a la interpretación que menos requisitos o restricciones imponga para el acceso o goce de un derecho.<sup>6869</sup> Se trata de acudir a la interpretación más extensiva a la hora de reconocer derechos, y la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones a un derecho. Es un principio interpretativo fundamental dentro del DIDH, y ha sido utilizado por la Corte IDH en muchas ocasiones.<sup>70</sup>

Así pues, estas constituyen algunas guías que el operador jurídico puede utilizar a la hora de realizar una interpretación conforme a la CADH.

Ahora bien, como ha quedado evidenciado, la interpretación conforme a la CADH -que es parte del control de convencionalidad- tiene un carácter imperativo; es decir, el juez nacional no puede sustraerse de realizar este ejercicio. En consecuencia, el juez contencioso-administrativo, está obligado a ejercer un control de convencionalidad del artículo 271 del CPP, que como se ha demostrado, violenta la CADH. Es por esto que debe realizar una interpretación conforme, para lograr que dicho artículo no vulnere los principios y derechos reconocidos en este instrumento internacional.

Así pues, se ha indicado que la distinción entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar el derecho a recibir una indemnización en el caso de la responsabilidad del Estado-Juez por prisión preventiva violenta el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 8.2 de la CADH; por esta razón, debe buscarse una interpretación donde a la hora de determinar el derecho a recibir esta indemnización, no se haga la distinción entre distintos tipos de inocencia, y por ende, se declare la responsabilidad Estatal por prisión preventiva tanto si la inocencia es por certeza como si es por duda.

En consecuencia, se exponen algunos criterios que pueden servir para la interpretación requerida.

En primer lugar es posible remitirse a la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha establecido el deber de realizar una interpretación conforme a la Convención Americana. Así pues, en la sentencia del caso Radilla Pacheco vs México, la Corte estableció que el cuestionado artículo 13 de la Constitución de México debe interpretarse de acuerdo a los principios y garantías convencionales que informan el debido proceso y el acceso a la justicia contenidas en el artículo 8 de la CADH. Expresamente indicó la Corte: *“En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser conforme con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia,*

---

<sup>68</sup> Bahena Villalobos, Alma Rosa. “El principio pro persona en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.” Revista Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato, no. 4-7 (Enero

<sup>69</sup>): 7-28. VLEX (consultado el 7 de septiembre, 2015)

<sup>70</sup> Al respecto consultar: Corte IDH. Caso Baena Ricardo vs Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, N° 72, parágrafo 189. Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, N° 134, parágrafo 106.

*contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes a la Constitución Mexicana.*<sup>71</sup>

Nótese entonces que la Corte IDH ordena que la interpretación conforme, en el caso que se menciona, sea de acuerdo a los principios y garantías consagradas en el numeral 8 de la CADH. Así las cosas, una interpretación del artículo 271 del CPP debe ser también conforme a estos principios y garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la justicia. En ese sentido, el principio de presunción de inocencia es parte de ese artículo 8 de la CADH, específicamente se encuentra regulado en el apartado 8.2. Por tal motivo, la interpretación siempre debe ser en apego a no vulnerar este principio.

Ahora bien, como se ha indicado, no existe un criterio expreso de la Corte IDH sobre el quebranto al principio de presunción de inocencia mediante una diferenciación entre inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar el derecho a recibir la indemnización por la prisión preventiva; sin embargo, sí existe este criterio por parte de otro tribunal internacional de protección de derechos humanos: el TEDH.

Así pues, en su interpretación conforme, el juez ordinario puede recurrir a la jurisprudencia del TEDH (caso Tendam vs España y caso Puig Panella vs España), utilizando ese “diálogo entre cortes”, ya que debe recordarse que el juez ordinario se está desempeñando prácticamente como juez interamericano. Con base en ese criterio, el juez puede sostener que si el TEDH interpretando el CEDH declaró que la regulación española era contraria al principio de presunción de inocencia al diferenciar entre una inocencia por certeza y por duda para otorgar el derecho indemnizatorio en caso de prisión preventiva, lo lógico es que análogamente la regulación costarricense del artículo 271 del CPP sea contraria al principio de presunción de inocencia regulado en la CADH.

La remisión por parte del juez ordinario –en este caso, el juez contencioso-administrativo- a la jurisprudencia del TEDH es válida. Si la propia Corte IDH al ejercer control concentrado de convencionalidad en sede internacional utiliza ese diálogo o esa remisión a la jurisprudencia del TEDH como fuente de interpretación, no hay razón por la cual el juez ordinario al ejercer control de convencionalidad difuso en sede nacional no esté facultado a recurrir al mismo diálogo.

Al respecto indica Haideer Miranda que la interpretación conforme utiliza un método de derecho comparado, amén de una actividad creativa por parte del juez, ya que debe lograr mediante su interpretación, la compatibilidad entre la norma nacional y el bloque de convencionalidad.<sup>72</sup> Al respecto, debe indicarse que efectivamente en la actividad creativa de la interpretación, el juez puede echar mano del método comparado, recurriendo precisamente a otros sistemas normativos o la

---

<sup>71</sup> Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209 parágrafo 338.

<sup>72</sup> Miranda Bonilla, *Derechos Humanos en América Latina*, 199-200.

jurisprudencia de los tribunales de protección de derechos humanos, no solo a la de la Corte IDH que le es vinculante, sino también a la de otros sistemas, como por ejemplo el europeo, cuando no encuentre el criterio específico en la Corte IDH. Esta es parte de la interpretación creativa que debe realizar el juez, el cual debe buscar tutelar y proteger los derechos consagrados en la CADH de una forma amplia. Es decir, su meta no es proteger el ordenamiento jurídico interno, sino la protección y tutela de los derechos fundamentales.

En síntesis, el juez ordinario puede determinar varias cosas: en primer lugar, que la CADH en su artículo 8 contiene una serie de principios y garantías judiciales que conforman el debido proceso, y que el principio de presunción de inocencia forma parte de ese entendido; en segundo lugar, que la Corte IDH ha determinado que la interpretación debe hacerse asegurando los principios y garantías consagradas en ese numeral 8, por tanto, la interpretación debe hacerse de tal forma que no se vulnere el principio de presunción de inocencia; y tercero, que de acuerdo a jurisprudencia importante en el DIDH si se diferencia entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar la responsabilidad del Estado-Juez por la prisión preventiva, se vulnera el principio de presunción de inocencia.

En consecuencia, la forma de evitar que el artículo 271 del CPP violente el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 8.2 de la CADH, es interpretándolo en el sentido de que no sea exigible la certeza de inocencia para determinar la responsabilidad del Estado por la prisión preventiva.

Así las cosas, de acuerdo con la CADH y al principio pro homine, debe entenderse que la restricción al derecho a recibir indemnización que establece el artículo 271 del CPP es inconvencional, ya que la CADH no admite una distinción entre tipos de inocencia; por lo tanto, es menester que el numeral 271 en cuestión sea entendido de tal forma que sea procedente la responsabilidad del Estado cuando una persona haya sido sometida a prisión preventiva y luego sobreseído o absuelta independientemente de la certeza o la duda de su inocencia. Es decir, la declaratoria de inocencia per se es suficiente para determinar el derecho a recibir una indemnización.

Por último, tal y como lo indica Haideer Miranda, es importante mencionar la interpretación conforme realizada por el juez ordinario puede ser objeto de un control posterior por parte de la Corte IDH y eventualmente sancionada en el caso de que se acredite una omisión o un error interpretativo, ya que la Corte es la intérprete última de la CADH.<sup>73</sup> En ese sentido debe recordarse el caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) contra Costa Rica, donde la Corte IDH determinó que la interpretación que hizo la Sala Constitucional del artículo 4 de la CADH era incorrecta.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Miranda Bonilla, *Derechos Humanos en América Latina*, 205.

<sup>74</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C N° 257, parágrafo 277.

## **b) La Consulta Judicial ante la Sala Constitucional:**

Como se indicó en el desarrollo sobre el control de convencionalidad, cuando el juez considere que la incompatibilidad entre la norma de derecho interno y la CADH no se puede solventar mediante la interpretación conforme, puede realizar una consulta de convencionalidad a la Sala, Corte o Tribunal Constitucional.

Ya se indicó que el juez ordinario podría realizar una interpretación conforme a la CADH del artículo 271 del CPP. Sin embargo, debe advertirse una situación particular que presenta este caso que podría generar algún tipo de controversia, o al menos, dudas en el juez ordinario acerca de qué debe hacer respecto al control de convencionalidad.

La situación particular que se da en el caso del artículo 271 del CPP es que la Sala Constitucional ya se pronunció al respecto, declarando la constitucionalidad de la norma en las resoluciones 3894-2013 y 2992-2013. En consecuencia, ya existe un criterio constitucional sobre la validez de esa norma en el ordenamiento jurídico interno costarricense.

Esto hace que el juez se encuentre en una posición extraña de acuerdo con el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que este numeral le prohíbe aplicar normas o actos de cualquier naturaleza contrarios al Derecho Internacional, pero a la vez le prohíbe aplicar normas o actos contrarios a los precedentes o a la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Es decir, si el juez realiza una interpretación conforme a la CADH en ejercicio del control de convencionalidad respecto al artículo 271 del CPP y elimina la distinción entre la certeza y la duda a la hora de determinar el derecho a recibir una indemnización por la prisión preventiva sufrida, estaría actuando en contra de la jurisprudencia de la Sala Constitucional; pero si el juez no ejerce el control de convencionalidad y aplica el artículo 271 tal y como está, así como lo indicado por la Sala Constitucional, está aplicando una norma en contra del Derecho Internacional, específicamente en contra de la CADH. En consecuencia, esta situación extraña hace que en cualquiera de las dos opciones, el juez incumpla con lo indicado por el numeral 8 de la LODPJ. Nótese entonces que es una situación complicada de resolver.

Ahora bien, podría argumentarse que la CADH tiene un rango supraconstitucional, y que por tanto, esa interpretación conforme en ejercicio del control de convencionalidad es válido, aún y cuando se vaya en contra de la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Además, de acuerdo a la propia jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, esa interpretación conforme debe hacerse y el juez no puede sustraerse de ella.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta situación complicada en relación con el artículo 271 del CPP se resuelve si el juez ordinario plantea la consulta judicial ante la Sala Constitucional. Recuérdese que si en un sistema de control concentrado

de constitucionalidad el juez ordinario determina que no es posible realizar la interpretación conforme a la CADH, debe plantear la consulta a ese Tribunal o Corte Constitucional; la diferencia es que no se trata de una consulta de constitucionalidad, sino de una consulta de convencionalidad, que buscará determinar la compatibilidad entre la norma de derecho interno y la CADH.

Así las cosas, en nuestro criterio, pareciera que la mejor vía es que el juez contencioso-administrativo, al conocer un asunto sobre la responsabilidad del Estado-Juez en su función jurisdiccional por prisión preventiva, antes de aplicar el artículo 271 realice una consulta de convencionalidad a la Sala Constitucional, y que sea esta la que se pronuncie de acuerdo a los estándares del DIDH, cosa que no ha hecho hasta el momento.

El hecho de que la Sala Constitucional sea la que se pronuncie al respecto garantiza mayor seguridad jurídica; además, le da oportunidad de enmendar el error de los criterios que emitió en los votos 3804-2013 y 2992-2013, donde en lugar de analizar la cuestión con base en los parámetros del DIDH, afirmó la constitucionalidad de la norma remitiéndose en su argumentación a un país condenado por el TEDH por esa misma regulación.

Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, no existe en el ordenamiento jurídico costarricense una figura expresa que se llame “consulta judicial de convencionalidad”, ni tampoco una norma que indique que el juez debe consultarle a la Sala si tiene dudas sobre la convencionalidad de una norma. Por eso, esa consulta debe entenderse ampliando el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el sentido de que el juez pueda realizar una consulta a la Sala no solo por dudas sobre la constitucionalidad de una norma, sino también por dudas sobre la convencionalidad de la misma.

La misma Sala Constitucional ha reconocido su potestad para conocer sobre este tipo de consultas; expresamente lo ha dicho en la sentencia 161412013: *“En este sentido, la autoridad para conocer de las infracciones a las normas constitucionales, como las convencionales de derechos humanos, debe ser ejercida por las jurisdicción constitucional, porque se complementan unas y otras, naturalmente se atraen (doctrina que se evidencia en la sentencia de la Sala Constitucional No 1995-2313), y, en consecuencia, los mismos mecanismos que tienen los jueces para elevar consultas de constitucionalidad, pueden utilizarse para las consultas por convencionalidad (según los criterios señalados en la sentencia de la Sala Constitucional No. 1995-1185) En estos casos, los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, transmutan para dar cabida al control de convencionalidad cuando la norma de derecho nacional se opone al corpus iuris interamericano u otros compromisos internacionales de derechos fundamentales.”*<sup>75</sup> Así pues, este es el fundamento de esa “consulta judicial de convencionalidad”, la cual ha sido reconocida como se ha visto por la misma Sala Constitucional.

---

<sup>75</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 16141-2013.

Ahora bien, la Sala debe ejercer el control, cotejando el artículo 271 del CPP con el parámetro de convencionalidad. Esto es algo que no ha hecho, ya que en las dos acciones de inconstitucionalidad que conoció en contra de este artículo no existió ninguna mención al DIDH, sino que por el contrario, se estableció un criterio completamente equivocado que afirmó la validez de la distinción entre una inocencia por certeza y por duda a la hora de determinar la responsabilidad Estatal por prisión preventiva, que como ya se ha visto, es un criterio incompatible con el DIDH.

Así pues, la Sala Constitucional tiene la opción de realizar una interpretación conforme del artículo 271 del CPP con la CADH, para evitar la incompatibilidad, aplicando lo que se indicó en el apartado anterior; o bien, puede anular la frase “*con plena demostración de inocencia*” del citado artículo, y de esta forma, dejar completa claridad en este supuesto de responsabilidad Estatal.

Lo que sí es claro es que si en Costa Rica continua la regulación que legitima diferenciar entre una inocencia por certeza y por duda para determinar el derecho a recibir una indemnización por la prisión preventiva, en el supuesto de responsabilidad del Estado-Juez por función jurisdiccional, se está violentando el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 8.2 de la CADH y por tanto el Estado costarricense incurre en una conducta ilícita internacional que le genera responsabilidad por el quebranto al DIDH.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

### **1. Artículos de revistas:**

- Bahena Villalobos, Alma Rosa. “El principio pro persona en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.” Revista Ciencia Jurídica

- Universidad de Guanajuato, no. 4-7 (Enero 2015): 7-28. *VLEX* (consultado el 7 de septiembre, 2015)
  
- Díaz Pérez de Madrid, Amelia. "Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 25.04.2006, Puig Panella C. España, 1483/02. A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de administración de justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia." *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, no. 25 (septiembre-diciembre 2006): 973-987.
  
- Duque Ayala, Corina. "La responsabilidad del Estado y de los Jueces en Colombia y en España, a la luz de los principios del Código Iberoamericano de Ética Judicial." *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, no. 11 (Diciembre 2010): 1-73. *VLEX* (consultado 25 de Febrero, 2015).
  
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 9 no. 2 (2011): 531-622.
  
- Gil Rendón, Raymundo. "El Control de Convencionalidad". *Revista Foro Jurídico*, no. 134 (noviembre 2014): 32-38. *VLEX* (consultado el 21 de septiembre de 2015).
  
- Llobet Rodríguez, Javier. "La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano." *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n° 24 (Invierno 2009): 115-148. *VLEX* (consultado Marzo 16, 2015).
  
- Miranda Bonilla, Haideer. "El Control de Convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina". *Revista IUS Doctrina*, n°12 (2015): 1-54.
  
- Nogueira Alcalá, Humberto. "Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencial del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011." *Estudios Constitucionales*, año 10 n° 2 (2012): 57-140. *VLEX* (consultado 17 de septiembre de 2015).
  
- Romero Michel, Jessica. "La Responsabilidad patrimonial del Estado en el funcionamiento de la Administración de Justicia." *Revista De Jure*, no. III-4 (Mayo 2010): 182-212. *VLEX* (consultado 25 de Febrero, 2015).
  
- Torres Zúñiga, Natalia. "Control de Convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos

- Humanos”. *Derecho PUCP*, no. 70 (junio 2013): 347-369. VLEX (consultado el 21 de septiembre de 2015).

## 2. Libros:

- Chinchilla Calderón, Rosaura. “El control de convencionalidad como mecanismo para combatir la discriminación jurídica por orientación, identidad y expresión de género en Costa Rica”. En *Derecho Penal y Constitución, Libro en memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora*, Tomo I, coordinado por Daniel González Álvarez y Javier Llobet Rodríguez, 197-216. San José: Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica & Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 2014.
- Chirino Sánchez, Alfredo. “El Impacto de las Decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia de Costa Rica”. En *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional-Tomo III*, ed. Kai Ambos, Ezequiel Malarino & Christian Steiner, 197-227. St: Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. San José: Corte IDH, 2010.  
  
García Roca, Javier; Raúl Canosa Usera, Pablo Antonio Sánchez Fernández & Pablo Santolaya Machetti (coord.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Civitas, 2012
- Gómez Colomer, Juan Luis. *El Proceso Penal Constitucionalizado*. Bogotá: Universidad del Sinu, 2013.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2: La Defensa del usuario y del administrado*. Novena edición. Buenos Aires: Investigaciones Jurídicas, 2009
- Jinesta Lobo, Ernesto. *La Responsabilidad del Estado Juez*. San José:

- Investigaciones Jurídicas S.A, 2004.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. San José: Editorial Jurídica DIKÉ, 2011.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado, 5ta Edición*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2012.
- Llobet Rodríguez, Javier. *La Prisión Preventiva: Límites Constitucionales*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Derechos Humanos y Justicia Penal*. San José: Poder Judicial, 2007.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal: II. Garantías Procesales (primera parte)*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2005.
- Miranda Bonilla, Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2015. P. 235-236.

- Montero Aroca, Juan; Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo, Silvia Barona Vilar. *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Ortiz Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo. Tomo I*. San José: Biblioteca Jurídica Diké, 2002. P.35.
- Piza Rocafort, Rodolfo E. *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos: El aporte del Derecho Administrativo, del Derecho Internacional y del Derecho de los Derechos Humanos*. San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1989.
- Piza Rocafort, Rodolfo E. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*. San José: Editorial Juricentro, 1989.
- Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- Verdross, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar Editores, 1978.