

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE NICARAGUA

JOSÉ MANUEL ARROYO GUTIÉRREZ
Sala Tercera-Corte Suprema de Justicia
Costa Rica, Centro América

*Conferencia para el Segundo Seminario de presentación del Código Procesal Penal
(Managua y León, 26-28 de noviembre de 2001)*

1. Concepto

Nos referimos genéricamente a *principio de proporcionalidad*, cuando aludimos a la *ponderación de intereses* en un conflicto de naturaleza jurídica. Habiéndose originado en el Derecho de Policía alemán, hacia mediados del siglo XIX, este postulado fue resumido por Flener con la célebre frase: “*La policía no debe actuar a cañonazos con los gorriones*”,¹ siendo que muy pronto se extendió al Derecho Administrativo y Público en general, incluidos el Derecho Penal y el Procesal Penal. En nuestros días, ha adquirido rango constitucional en muchas de las cartas fundamentales modernas, siendo que ya no se discute que el principio de proporcionalidad atañe a todas las ramas del derecho, incluido el Derecho Privado.²

Conforme se planteó en la doctrina alemana, el principio de proporcionalidad se descompone en tres sub-principios:

a.- *Idoneidad o prohibición del exceso*: entendido como adecuación de la medida a sus fines o propósitos. Así, González-Cuéllar Serrano, para la realidad jurídica española apunta: “*El principio de idoneidad constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación... De la definición realizada cabe deducir que queda*

¹ González-Cuéllar Serrano; N.; Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal; Editorial COLEX; Madrid; 1990, p.37.

² *Ibidem*, p. 29.

*excluido, desde la perspectiva de la idoneidad, el estudio de otras medidas que pudieran ser más eficaces. Se toma en consideración únicamente si la medida es o no adecuada, sin perjuicio de la importancia que pueda alcanzar, en el control más amplio de la proporcionalidad, medidas de igual, mayor o menor eficacia que resulten menos gravosas para los ciudadanos...”*³

Digamos en consecuencia desde ya, que el nuevo Código Procesal Penal nicaragüense establece expresamente una serie de finalidades o propósitos generales que han de tomarse en cuenta a la hora de enmarcar el criterio con que pueda aplicarse el principio de proporcionalidad y, particularmente, la idoneidad de una actuación o resolución dentro de sus márgenes. Veamos:

“Art. 7 Finalidad del proceso penal. El proceso penal tiene por finalidad solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica, mediante el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los acusados, la aplicación de las penas y medidas de seguridad que en justicia proceda y de otras soluciones basadas en la disposición de la acción penal, la mediación y acuerdos entre las partes en los casos autorizados por este Código.” (Todos los subrayados son nuestros).

Teniendo entonces como norte las finalidades expresamente dispuestas en este numeral, la idoneidad de una medida limitativa de derechos o libertades del individuo, se podrá establecer en tanto contribuya efectivamente a la solución del conflicto penal planteado; o bien tenga ese mismo efecto en el esclarecimiento de los hechos, la determinación de la responsabilidad del acusado y la aplicación de las respuestas jurídicas posibles, sean éstas penas, medias de seguridad o las alternativas que expresamente se autorizan. Tómese nota de que los propósitos más bien ontológicos como “*la averiguación de la verdad*”, están sustituidos por los modestos, aunque mucho más eficaces propósitos señalados.

b. Subprincipio de necesidad, entendido como mínima intervención en los derechos fundamentales de la persona y que “*tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos.*”⁴

El Código Procesal Penal de la República de Nicaragua incorpora explícitamente este subprincipio, por ejemplo, cuando se refiere a las funciones asignadas a la Policía Nacional (art. 113) entre las cuales está: “... *reunir elementos de investigación útiles y demás elementos de información necesarios para dar base al ejercicio de la acción por el Ministerio Público*”. En el mismo sentido, cuando el artículo 228 establece las reglas generales de la investigación policial, señala: “*La Policía Nacional realizará las actividades de investigación necesarias para el descubrimiento y comprobación de hechos presuntamente delictivos...*”, y, de igual forma se establece en el numeral 230, sobre las atribuciones de la policía: “*10. Realizar los registros, allanamientos, inspecciones y requisas que sean necesarios para la buena marcha de la*

³ González-Cuéllar Serrano; ob.cit. p. 154.

⁴ Ibídem, p. 189.

investigación, con las finalidades que prescribe este Código; ...” Asimismo, aunque de manera indirecta, el criterio de necesidad se propone en el artículo 236, cuando, refiriéndose a la Requisa se dice: “La Policía Nacional podrá realizar la requisa personal, cuidando el pudor, siempre que haya motivos suficientes para presumir que alguien en forma ilegal...”; o bien cuando el numeral siguiente, 237, en lo que atañe a la Inspección corporal establece: “Cuando sea estrictamente necesario por la naturaleza del delito investigado, si hay probabilidad fundada de comisión de un hecho delictivo, se procederá a la inspección corporal...”; o bien el empleo del giro idiomático “Siempre que sea razonable...” para autorizar la Investigación corporal, prevista en el artículo 237.

La sistematicidad del nuevo Código Procesal traslada el principio de proporcionalidad a través del subprincipio de necesidad a la actuación de los agentes del Ministerio Público, cuando, por ejemplo se refiere a las atribuciones relacionadas con el ejercicio de la acción y propone, en el numeral 252 que el órgano acusador debe: “3. Realizar las actividades que considere necesarias para la búsqueda de elementos de convicción, conforme a la ley”.

c. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; entendido como *ponderación de intereses y concretización*, el cual: “... se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de la técnica del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad (en sentido genérico)”.⁵

En el ámbito del Derecho Público (relaciones individuo/Estado) y particularmente en el ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal, el principio de proporcionalidad, también denominado como principio de racionalidad o razonabilidad, busca establecer la necesaria limitación al ejercicio del poder público y sus principales agentes o actores, a saber, la policía, el Ministerio Público y los jueces, en todos aquellos supuestos que impliquen intervenir, para afectar, los derechos y libertades fundamentales del individuo, constitucionalmente garantizados.

En este contexto, los destinatarios de las normas que albergan y desarrollan el principio de proporcionalidad, sean de rango constitucional o legal, son todos los funcionarios y autoridades públicas en el ejercicio de sus potestades, con el propósito de evitar el abuso arbitrario de su poder.

El principio de proporcionalidad está en consecuencia indisolublemente unido al tema de la razonabilidad de la intervención estatal y de sus funcionarios; lo cual nos lleva precisamente al postulado de que, en un régimen democrático de derecho, la legitimación no sólo jurídica, sino también y principalmente política, emana de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las

⁵ Ibídem, p. 225.

intervenciones del poder público y sus agentes sobre o contra los derechos y libertades fundamentales de las personas.

El principio de proporcionalidad se inscribe en un contexto moderno de derecho procesal penal que nada tiene que ver con la cultura inquisitorial en la que estamos inmersos y en la que nos hemos formado como profesionales la mayoría de nosotros. Se trata de un proceso penal que no es ni puede concebirse como un fin en sí mismo. En el Estado Constitucional de Derecho, ni la averiguación de la verdad, ni la persecución de los sospechosos o presuntos infractores ni, aún más, la sanción de los responsables por el hecho delictivo, pueden constituirse en fines per se, que justifiquen cualquier tipo de intervención estatal. Estos propósitos, como la averiguación de la verdad, el esclarecimiento de los hechos, la persecución y la sanción de los responsables, si bien son fines legítimos, tienen que adecuarse al irrestricto respeto de las garantías que el derecho internacional de derechos humanos y la Constitución Política erigen como normas inviolables, si queremos hacer realidad el principio de justicia y de convivencia democrática. Los derechos, libertades y garantías le pertenecen al ciudadano; no son atributos o ventajas del delincuente, como pareciera con frecuencia confundirse en el contexto de los prejuicios inquisitoriales en que nos movemos. La expresión más acabada de esta confusa ideología represiva es precisamente la de convertir el proceso en una pena anticipada, cuestión a la que volveremos más adelante.

Sin duda, una de las dificultades más importantes a enfrentar en toda reforma procesal penal que busque actualizar y armonizar el proceso penal con los declarados principios del Estado de Derecho, consiste en combatir y erradicar esa cultura de la Inquisición, a saber, la cultura del fin que justifica cualquier medio; la cultura que erige el principio de autoridad pública con poderes irrestrictos frente a la persona del acusado y, en fin, la cultura de las actuaciones y resoluciones de policías, fiscales y jueces, totalmente excesivas, innecesarias o abusivas, cuyos paradigmas en la historia universal del proceso se concretan en la tortura y la confesión como mecanismos ideales para alcanzar la verdad y la justicia.

2. *El principio de proporcionalidad en la normativa internacional de Derechos Humanos*

Para referirnos sólo a dos de los documentos más relevantes en materia de derecho internacional de los Derechos Humanos y que han sido receptados por el ordenamiento jurídico nicaragüense, podemos citar, por una parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*⁶ y la *Convención Americana de Derechos Humanos*⁷ o "*Pacto de San José de Costa Rica*". No sobra recordar aquí que el constituyente nicaragüense quiso, reiteradamente, dejar plasmado su compromiso con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principalmente en los artículos 5 y 46 de la Carta Magna. Debe señalarse que en estos relevantes instrumentos jurídicos, en primer término, si bien no encontramos el principio de proporcionalidad o razonabilidad explícita e independientemente formulado, sí lo encontramos

⁶ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y seis; entró en vigencia el veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis.

⁷ Adoptada en San José de Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; entró en vigencia el dieciocho de julio de mil novecientos setenta y ocho.

claramente manifestado en algunos de los postulados que informan la materia procesal penal, y que reflejan ya sea el propósito de intervención racional del poder público frente a los individuos, o bien la necesidad e idoneidad de esas intervenciones:

- a. Prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7 del Pacto Internacional; art. 5.2 de Convención Americana).
- b. Derecho de toda persona a ser respetada en su integridad física, psíquica y moral (art. 5.1 de Convención Americana).
- c. Prohibición de injerencias, arbitrarias, abusivas o ilegales (art. 17 del Pacto Internacional y 11.2 de la Convención).
- d. Prohibición de detención arbitraria o respeto a la libertad con las estrictas excepciones de ley (arts. 9.1 y 12.3 del Pacto Internacional y 7.2, 7.3 y 22.3 de la Convención).
- e. Derecho a ser juzgado así como a ser oído dentro de un plazo razonable (arts. 9.3 y 14.3.c. del Pacto Internacional y arts. 7.5 y 8.1 de la Convención).
- f. Razonabilidad en normas de interpretación (Art. 29.1 y 29.2 de Convención).
- g. Alcance de las restricciones (Art. 30 de la Convención). En este punto la proporcionalidad es receptada en tanto "*Las restricciones permitidas a los derechos contemplados en el Pacto están autorizadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*"
- h. Garantía del acusado para preparar con tiempo su defensa (art. 14.3.b. del Pacto Internacional). Etcétera.

3. *La formulación de la proporcionalidad en la Constitución Política de Nicaragua*

Tampoco encontramos una propuesta explícita del principio de proporcionalidad en la Constitución Política de la República de Nicaragua⁸. Pero de la misma manera que ocurre en el Derecho Internacional de Derechos Humanos, la carta constitucional nicaragüense recepta este principio de manera indirecta, por ejemplo al establecer, en el Capítulo de Garantías Individuales, los derechos fundamentales de las personas (vida, inviolabilidad de domicilio, honra y reputación, acceso a información personal), así como los límites expresos que tiene el allanamiento de morada y el acceso a la correspondencia y comunicación privada (art. 26). Asimismo la expresión del principio de igual de todas las personas frente a la ley (art. 27) y, más concretamente, los derechos de todo procesado penal, de manera particular, el derecho a ser juzgado sin dilaciones (art. 33 inciso 2); el derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para la defensa (art. 33, inciso 4); el derecho a ser sentenciado dentro de los términos legales (art. 33, inciso 8). Lo anterior se complementa con el postulado de la gratuidad de la justicia (art. 165 in fine), que no es otra cosa que la aspiración por el acceso irrestricto a este valor social.

Digamos a modo de corolario que el principio de proporcionalidad y todas sus manifestaciones (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), atraviesan el ordenamiento jurídico

⁸ Asamblea Nacional de Nicaragua, nueve de enero de mil novecientos ochenta y siete: Reforma Parcial a la Constitución Política de primero de febrero de mil novecientos noventa y cinco: publicación oficial de la Asamblea Nacional de Nicaragua: Editorial Parlamento; Managua, agosto de 1995.

y se expresan, ya de manera directa, ya indirecta, sobre el presupuesto jurídico de que en el ordenamiento democrático el ejercicio de poder cuenta con estrictos límites que son los que marcan la diferencia entre el mero autoritarismo o el ejercicio legítimo de las potestades que otorga el estado de derecho a sus autoridades.

4. *La recepción del principio de proporcionalidad en el proyecto de Código Procesal Penal de Nicaragua*

De manera explícita, esta vez, el ordenamiento jurídico nicaragüense opta por incluir el principio de proporcionalidad/razonabilidad. Dispone el artículo 5 del C.p.p.:

“Principio de proporcionalidad. Las potestades que este Código otorga a la Policía Nacional, al Ministerio Público o a los Jueces de la República serán ejercidas racionalmente y dentro de los límites de la más estricta proporcionalidad, para lo cual se atenderá a la necesidad e idoneidad de su ejercicio y a los derechos individuales que puedan resultar afectados.

El control de proporcionalidad de los actos de la Policía Nacional y del Ministerio Público será ejercido por el juez, y los de éste por el tribunal de apelaciones a través de los recursos.

Los actos de investigación que quebranten el principio de proporcionalidad serán nulos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pueda haber incurrido el funcionario público que los haya ordenado o ejecutado.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción o privación de la libertad tienen carácter cautelar y excepcional. Sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación deberá ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda llegar a ser impuesta.”

Varias reflexiones son obligadas a partir de este texto. En primer término, tal y como quedó dicho líneas atrás, en el marco del derecho procesal penal, los destinatarios naturales de este postulado son los detentadores de autoridad pública, en todas sus formas, sea los agentes de policía, los fiscales del Ministerio Público y los jueces en general. Nótese también, en segundo término, que el concepto doctrinario arriba descrito, también es receptado en sus lineamientos fundamentales, a saber, la equivalencia de *proporcionalidad* con *racionalidad* o *razonabilidad* de las actuaciones y, la remisión de este concepto a los de *necesidad* e *idoneidad* de las medidas a adoptar. En tercer lugar, se expresa en este articulado la obligada existencia del principio en razón del conflicto de intereses entre, por una parte, la autoridad pública con sus actuaciones y resoluciones y, por otra, los derechos fundamentales de los individuos, constitucionalmente garantizados. Como mecanismos de control se establecen los recursos que el mismo Código establece, a saber, la reposición, la apelación y, en nuestro criterio debe entenderse también, la Casación, agregándose además el procedimiento de revisión. Si bien se establecen estos controles según la jerarquía del sistema, a saber, los jueces de primera instancia controlan a policías y fiscales del Ministerio Público y los tribunales de apelaciones controlan a su vez a los jueces de primera instancia; es lo cierto que no puede descartarse el control que pueda ejercer el Ministerio Público sobre la Policía y el de las Salas de Casación y el Pleno de la Corte, sobre los miembros de los Tribunales de Apelaciones.

Debe repararse también en que, conforme este numeral 5 del C.p.p., la sanción procesal prevista para el quebranto de la proporcionalidad del acto o resolución es la *nulidad*, además de las consecuencias penales que pueda acarrear la comisión de una acción delictiva. Por supuesto que lo expresado directamente por este artículo quinto no elimina las consecuencias civiles que un acto arbitrario o desproporcionado pueda conllevar y, principalmente, no elimina las consecuencias de orden disciplinario que, como veremos, pueden ser las de mayor importancia, según las previsiones legales expresas. Por último, no podemos perder de vista, tal y como este numeral lo plantea, que toda restricción de derechos fundamentales y particularmente de la libertad, debe entenderse en el marco del proceso penal, como una medida de carácter cautelar, excepcional y por ello, limitada en el tiempo.

5. Análisis del principio de proporcionalidad en relación a la obligatoria fundamentación de resoluciones que limitan derechos fundamentales

A lo largo y ancho del nuevo Código Procesal Penal de Nicaragua, tal y como ocurre con los cuerpos legislativos procesales modernos, se plantea y reitera la necesidad de fundamentar o motivar las resoluciones dictadas, sobre todo aquellas que tienen bien un carácter definitivo – como la sentencia-, o bien las que en general afecten o limiten derechos y libertades fundamentales. En realidad, la obligación de motivar las decisiones, funciona aquí como un requisito o bien como un “principio extrínseco formal” como prefieren llamarlo algunos, de carácter previo y dirigido a garantizar el respeto del principio de proporcionalidad. Tómese nota también de que la fundamentación de las decisiones no sólo es un requisito de naturaleza jurídica, sino principalmente una fuente de legitimación de naturaleza política. La legitimidad de las decisiones de cualquier funcionario público solo alcanzan validez y eficacia frente a la comunidad en que se dictan, en la medida en que se expongan las razones por las cuales se toman y no solo se impongan como meros actos de poder, sino que tiendan a convencer al público en relación a los valores y finalidades últimos del ordenamiento jurídico.

El Código de comentario, sin pretender agotar el listado, se refiere a este tema en materia de libertad probatoria: “*La prueba se valorará conforme el criterio racional observando las reglas de la lógica*” (art. 15, ver también arts. 193, 194, 316 inciso 1.); o bien en cuanto a los fallos: “*Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como del valor otorgado a los medios de prueba*”, aclarándose además que: “*No existirá fundamentación válida cuando se hayan inobservado las reglas del criterio racional con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo. Será insuficiente la fundamentación cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, una simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba. Los autos y las sentencias sin fundamentación serán anulables.*” (art. 153); por su parte, en materia de medidas cautelares: “*Las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada.*” (art. 170), o bien, cuando se trata de sustituir medidas cautelares más gravosas como la prisión preventiva, por otras de menor rigurosidad: “*Siempre que los supuestos que motivan la prisión preventiva puedan ser satisfechos razonablemente con la aplicación de otras medidas personales menos gravosas para el acusado,*

el juez competente, de oficio a instancia de parte, deberá imponerlas en su lugar, mediante resolución motivada” (art. 180). Las medidas de injerencia en libertades fundamentales también exigen el requisito de decisión debidamente fundamentada, tal ocurre, por ejemplo con la *intercepción de comunicaciones* (art. 214) y con el *allanamiento y registro de morada* (art. 217); lo propio ocurre con las solicitudes que, para estas intervenciones le sean solicitadas al juez (art. 218). En igual sentido, con respecto a actuaciones de la policía se establece: *“Los jefes de las delegaciones de la Policía Nacional, bajo su responsabilidad personal, podrán emitir orden de detención, con expresión de las razones que la hagan indispensable, contra quienes haya probabilidad fundada de la comisión de un delito sancionado con pena privativa de libertad, dentro de las doce horas de tener conocimiento del hecho.”* (art. 231, párrafo segundo). Situación similar ocurre con actuaciones policiales como la clausura de locales, donde se exige la *“resolución fundada”* de la autoridad que interviene. (art. 243).

6. Principio de proporcionalidad y justicia pronta. El problema de los plazos

Derivado inmediato de los compromisos internacionales adquiridos y de la propia Constitución Política de la República, el artículo 8 del Código Procesal propuesto establece:

“Art. 8 Principio de gratuidad y celeridad procesal. La justicia en Nicaragua es gratuita. En sus actuaciones los jueces y el Ministerio Público harán prevalecer, bajo su responsabilidad, la realización pronta, transparente y efectiva de la justicia.

Toda persona acusada en un proceso penal tiene derecho a obtener una resolución en un plazo razonable, sin formalismos que perturben sus garantías constitucionales.” (Se suplen los subrayados).

Este postulado, de la más alta relevancia, apunta al tema de los plazos, sus modalidades y su carácter obligatorio. Su relación es inmediata y directa con el principio de proporcionalidad, sobre todo si se toma en cuenta que el derecho a la justicia pasa, tanto constitucional como legalmente, por la obligación de que los procesos duren sólo el tiempo necesario y razonable, de manera que las personas puedan acceder, efectivamente, al valor justicia. Así, una primera norma de carácter general, Art. 128 apunta a que *“Los actos procesales serán cumplidos en los plazos establecidos”*. En atención a los funcionarios públicos, el numeral 130 reza: *“Los plazos que regulan la tarea de los funcionarios públicos serán observados estrictamente. Su inobservancia por causa injustificada implicará mal desempeño en sus funciones y causará responsabilidad personal.”* En este caso, entendemos que esa “responsabilidad personal” apunta a los regímenes disciplinarios, tanto como a las consecuencias civiles y penales, causantes de un daño, derivado de los atrasos injustificados en que pueda incurrir el funcionario. En la misma dirección se pronuncian los artículos 132, para la realización de las audiencias orales sin dilación y en el tiempo absolutamente indispensable para realizarlas; el 133 establece el recurso de queja contra el fiscal o juez que retarde injustificadamente el trámite del proceso, ante lo cual cabe el urgir pronto despacho y si persiste la inactividad directamente la queja ante los órganos disciplinarios correspondientes; el numeral 134, por último establece plazos máximos de duración del proceso, mucho más corto si hay reo preso -3 meses a partir de la primera audiencia-, o bien seis meses después de ese evento, si no hay reo preso.

7. *Principio de proporcionalidad y medidas cautelares*

Quisiera comenzar en este apartado citando una síntesis jurisprudencial de mi país que literalmente dice:

“ Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.”⁹

Tómese nota de que, dentro de los fines generales del proceso declarados en el art. 7 de este Código, a saber. la solución del conflicto penal, el restablecimiento de la paz y la convivencia, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades; las medidas cautelares expresan sus particulares propósitos señalando que persiguen la eficacia del proceso, el aseguramiento de la presencia del acusado y la obtención regular de las pruebas. De particular importancia resulta la manifestación expresa de que “*Al determinar las medidas cautelares el juez tendrá en cuenta la idoneidad de cada una de ellas en relación con la pena que podría llegar a imponerse, la naturaleza del delito, la magnitud del daño causado y el peligro de evasión u obstaculización de la justicia. ... En ningún caso las medidas cautelares podrán ser usadas como medio para obtener la confesión del imputado o como sanción penal anticipada*”. (art. 166).

Dentro de los márgenes es que debe entenderse la posibilidad de imponer una medida cautelar, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad han de remitirse siempre e indefectiblemente a esos parámetros, so pena de estarse quebrantando los principios generales que el Código enuncia.

⁹ Voto No. 8858-98; SALA CONSTITUCIONAL, (Costa Rica); a las 16:33 horas del 15 de diciembre de 1998.-

El amplísimo abanico de medidas cautelares que este C.p.p. enuncia, dividiéndolas en aquellas de carácter *personal* como la detención domiciliar, el impedimento de salida del país, el sometimiento a vigilancia de una persona, la presentación periódica al tribunal donde radica la causa, la prohibición de concurrir a determinados lugares o de comunicarse con ciertas personas, la suspensión en el ejercicio de cargos, etc., culmina con la más severa de las propuestas, a saber, la prisión preventiva; y aquellas medidas cautelares de carácter *real*, que apuntan a la prestación de cauciones económicas, anotaciones registrales de bienes, la inmovilización de cuentas o valores, etc. (art. 167), representan en su conjunto una gran cantidad de opciones que este ordenamiento procesal ha querido proponer al Juez para que escoja, en atención a aquellos fines generales y específicos enunciados. Tómese nota de que la prisión preventiva se plantea como la *última ratio* de este elenco de opciones y su carácter excepcional está claramente definido. Hay un margen de indeterminación, eso sí, en cuanto a los límites de la duración de esta medida cautelar, que me parece una importante falla del Código. (Ver art. 179, límite no más allá del tiempo de pena impuesta por la sentencia impugnada). Con este nuevo ordenamiento el juez nicaragüense ya no tendrá pretexto para decir que sólo la prisión preventiva está a su alcance a fin de cumplir con los propósitos declarados del proceso.

Nótese además que la imposición de cualquier medida cautelar supone la existencia de "*indicios racionales de culpabilidad*" y que, para el caso de la prisión preventiva, su imposición es procedente sólo en el evento de que las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso. De más está decir que la necesidad de privar cautelarmente de libertad a una persona debe ser estrictamente razonada y motivada en la resolución que la declare. No caben, como el mismo código reiteradamente lo advierte, las simples frases sacramentales, vacías de contenido, puesto que lo que se exige es que el juez explique cuáles son los indicios de culpabilidad con que *prima facie* cuenta (partes policiales, testimonios, documentos, que apuntan a la responsabilidad del sujeto bajo investigación), o bien por que sólo la privación de libertad puede asegurar la presencia de ese sujeto en el proceso. En este extremo de nuevo el Código nos da los parámetros objetivos con los que podemos tomar decisiones. Los conceptos se refieren a dos riesgos principales: "*el peligro de evasión*" o la posible "*obstaculización de la justicia*". Respecto del primero de los criterios, el art. 174, nos apunta el arraigo que la persona tenga en el país, el monto de pena previsible, la magnitud del daño causado y el comportamiento del imputado durante el proceso que se le sigue u otro anterior. Por su parte, el numeral 175, establece que deben tenerse como criterios objetivos para el peligro de obstaculización de la justicia la posibilidad de que el acusado destruye elementos de prueba o pretenda influir en otras personas involucradas para falsear la investigación que se realiza. De nuevo aquí hay que advertir que no se trata de lo que el juez subjetiva o intuitivamente sospeche que puede pasar si deja en libertad al imputado; todos estos elementos de juicio tienen que estar respaldados por hechos, por un referente material que le permita indicar, en la resolución que define una prisión preventiva, los motivos que se tienen para estimar que no hay arraigo, que la persona puede eludir la acción de la justicia, que carece de vinculaciones familiares o de trabajo o por qué se estima que puede ocultarse y no ser hallado. De igual manera el juzgador que toma esta extrema medida cautelar debe explicar por qué, cuál conducta o circunstancia objetiva lo hace prever que el acusado, en caso de estar aunque fuese momentáneamente en libertad, intentará destruir o modificar pruebas.

o bien intentará influir sobre otros procesados o testigos para obstaculizar el esclarecimiento de los hechos bajo investigación.

El principio de proporcionalidad está explícitamente enunciado en materia de medidas cautelares cuando el numeral 169 C.p.p. declara que: “*No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.*” Es aquí donde el juzgador tendrá que tomar su decisión sopesando los intereses en juego, por un lado, el respeto a la persona del perseguido penalmente, su derecho a la libertad y la presunción de inocencia que lo cobija, enfrentado, ese valor, al interés público de proteger los bienes jurídicos de otros, sus derechos, también constitucionalmente garantizados, y la necesidad de resolver los conflictos, restaurar la paz social, esclarecer los hechos delictivos y sancionar a los responsables. Es esta proceso, a no dudarlo, hay una labor valorativa que no puede ser eludida y será, en última instancia la mayor o menor preparación del juez en el credo democrático, su concepción fuerte o frágil de lo que es un estado constitucional de derecho y, en fin, la posibilidad de tomar distancia respecto de sus propios prejuicio o de presiones externas, lo que dirá la última palabra. Algo sí ha de quedar claro, el nuevo ordenamiento procesal penal nicaragüense es una aporte al efectivo avance en el fortalecimiento institucional de esta república y la responsabilidad final de su efectiva aplicación será de quienes están encargados de aplicarlo y hacerlo realidad, sin lugar a dudas, los jueces de toda la república.

8. A modo de conclusión

Hay un requisito: la legitimidad de las decisiones de todo funcionario público en un régimen constitucional de derecho radica exclusivamente en la fundamentación que dé a las decisiones que tome. Sólo ello hace la diferencia entre un régimen autoritario o dictatorial y un verdadero régimen democrático. El principio de proporcionalidad, en el ámbito procesal penal, cuenta con ese presupuesto: toda actuación o resolución policial, fiscal o jurisdiccional tiene que estar debidamente razonada y justificada.

No hay duda de que el principio de proporcionalidad ha sido explícita y ampliamente receptado por el nuevo Código Procesal Penal de Nicaragua y, en ciertos temas cobra una relevancia particular. El tema de los plazos de duración para las distintas actuaciones, etapas del proceso o del proceso en su conjunto, están directamente regladas y limitadas por este principio de “*duración razonable*”. Lo propio ocurre en lo tocante a las medidas cautelares que, por afectar derechos fundamentales de las personas sometidas al proceso, tienen en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, límites claros que obligan a las autoridades públicas a justificar sus intervenciones.

El quebranto al principio de proporcionalidad está sancionado procesalmente con la *anulabilidad* de los actos y resoluciones. El mecanismo previsto está constituido por los distintos recursos a plantearse ante las instancias superiores. Pero esto no quita que la responsabilidad disciplinaria, o bien la responsabilidad civil por el daño causado con una actuación excesiva o arbitraria o,

incluso, la responsabilidad penal por la comisión de un delito, subsistan como consecuencias posibles del abuso contra las libertades, derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, en que puedan incurrir autoridades públicas durante el ejercicio de sus potestades.