DE REFORMAS Y CONTRAREFORMAS: EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS COMETIDOS EN FLAGRANCIA

M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón

El Código Procesal Penal cumplió, en enero de 2008, diez años de estar vigente. La oportunidad era propicia para que las autoridades penales del país efectuarán un análisis concienzudo de los logros y de las deficiencias que ese articulado, como todo hacer humano, presentaba, sobre todo porque con él se pretendió modificar un modelo fundamentalmente inquisitivo, en que la investigación de los hechos delictivos estaba a cargo de los jueces y juezas de instrucción, para trasladarla al Ministerio Público. Ante ello, la pretensión legislativa de que los procesos se tramitaran expeditamente (para lo que se idearon plazos de prisión preventiva, de prescripción de la acción penal, de conclusión de la investigación, etc.) chocó contra la realidad caracterizada porque la cantidad de asuntos desbordó a un Ministerio Público que no estaba preparado para asumir las que eran sus funciones típicas.

Los estudios y las jornadas de reflexión no se efectuaron. Sin embargo, ha sido un secreto a voces al menos que la etapa intermedia no estaba cumpliendo la función de filtro para la que originalmente estaba diseñada, lo que permitía que todas las causas en las que las partes no encontraban salidas alternas o mecanismos aceleratorios llegaran a juicio y para dicho acto procesal se aceptara prácticamente la totalidad de la prueba ofrecida, lo que generó juicios más extensos de los que antes existían. Eso hizo, su vez, que el sistema respondiera, por igual, a todo tipo de procesos salvo, claro está, los de tramitación compleja en que los plazos eran aún mayores, lo que no sucedía en el modelo anterior en que existían dos diseños procesales según la dificultad de las causas.

Es decir, resultaba notorio que causas sencillas en que, además, el imputado estaba detenido, terminaban con solicitud de prórroga de la prisión preventiva más allá del año ordinario, lo que alertaba a que algo no estaba bien. La creación de la Unidad de Trámite Rápido del Ministerio Público y la reforma a la legislación para introducir más causales de interrupción de la prescripción de la acción penal, fueron algunas de las respuestas que se ensayaron.[1] Sin embargo, llegados los procesos a la fase de juicio, nuevamente se trataban con iguales parámetros, sin importar la sencillez del hecho, el tiempo de detención, la presencia de personas menores de edad, ancianas, con discapacidad, etc.. Se empezó

1 Lo que es importante rescatarlo cuando se discute la “paternidad” de la figura del juzgamiento de flagrancia ante los “logros” (numéricos) obtenidos (cfr: acta de Corte Plena 02-2009), autoría intelectual de la figura que probablemente se abdique cuando de su diseño surga alguna responsabilidad estatal en foros internacionales. Sin embargo, los esfuerzos serios y sostenidos por acelerar los tiempos de duración de las causas penales se originan, sin poses, mucho tiempo antes del galopante populismo que nos embarga.

a echar de menos el procedimiento previsto en el derogado Código de Procedimientos Penales denominado de «Citación Directa» que también había sido pervertido por la lógica inquisitiva y que tuvo que ser rescatado, al final de la vida de esa normativa, por un equipo que se desplazó a diversas partes del país para ajustar la práctica a las normas y no torcer estas bajo la lógica burocrática predominante. Los resultados de aquel programa fueron ampliamente destacados en su momento y justo cuando el proyecto estaba dando sus mejores frutos la legislación cambió.

Por supuesto que los tiempos de duración del proceso penal redundan en una denegación de justicia y en un incumplimiento del principio de justicia pronta y cumplida establecido en el artículo 41 constitucional pues generan problemas tanto para las víctimas como para imputados. Las primeras se ven expuestas a amenazas, pierden interés en los procesos, se trasladan de domicilios y no son localizadas ni lo son sus testigos, olvidan o mueren, por lo que el hecho no puede dirimirse por el fondo sino que se dan respuestas meramente formales. A los imputados la duración de la causa les afecta pues, a la espera de que el asunto llegue a juicio, ven menoscabados sus derechos fundamentales a través no sólo de la misma “pena de banquillo” sino también de la imposición de medidas cautelares de toda índole, incluyendo la privación de libertad a través de la prisión preventiva. Si la causa concluye, por las razones ya apuntadas, con sentencias absolutorias aquella privación de un derecho fundamental no encuentra reparación pues una buena parte de dichas exenciones de responsabilidad lo son por duda ante el desinterés por aportar la prueba, lo que exime al Estado de indemnizar. Si se dicta sentencia condenatoria, el tiempo de detención cautelar impidió que se accediera a algunos beneficios penitenciarios. Ello permite concluir que tanto imputados como víctimas tienen derecho a que su proceso se resuelva en un plazo razonable y, por tal situación, es inconcebible que el Estado estandarice la forma de abordar todas las causas, pues ello se traduce en una denegación al acceso a la justicia.

Desde esta perspectiva, el que se acelere el juzgamiento de los procesos, lejos de constituir un quebranto constitucional tiende, en general, a dar cumplimiento a normas de dicho rango salvo que el diseño legislativo se haga de tal modo que la prontitud del juzgamiento implique una afectación a la calidad de dicha justicia. Por ello me parece adecuado que el Poder Judicial, a través de sus diversos operadores (Ministerio Público, policía judicial, judicatura, defensa pública), tenga respuestas diferenciadas para los diversos tipos de hechos delictivos que se cometan. No es posible que hechos de diversa gravedad y de diversa intensidad investigativa tengan la misma respuesta procesal, sobre todo en duración de los procesos, pues ello se traduce en un trato igual ante situaciones desiguales, ergo discriminatorio para imputados y víctimas que tienen un derecho constitucional a la justicia pronta y cumplida. Pero, como indicara, el precepto constitucional exige el equilibrio entre ambos factores y no la celeridad en sí misma considerada.

No obstante, el diseño de este proceso me parece que no surge de la mano de esas consideraciones sino ante la necesidad de dar algún tipo de respuesta a las constantes campañas en los medios de comunicación para que se aplicara mano dura en el combate contra la criminalidad. En ese contexto, se integra una comisión interinstitucional que firma un convenio, en que participan los tres poderes del Estado, para “atacar” el problema.

El Poder Judicial crea un programa interno para el juzgamiento de delitos en flagrancia y luego participa en la elaboración de un paquete de proyectos de ley que se tramitan en la Asamblea Legislativa en la "*Comisión especial de Seguridad Ciudadana*", trabajo que luego se culmina en la Comisión de Asuntos Jurídicos.[2] En ese marco surge tanto el modelo administrativo como el diseño legal, actualmente vigente, para el juzgamiento en flagrancia que, en consecuencia, alude a **dos** procedimientos distintos: uno creado por las autoridades del Poder Judicial y otro, con características diferentes, definido por la Asamblea Legislativa aunque también con la colaboración del Poder Judicial.

Por ello se tratarán de modo diferenciado. Empero, a mi juicio ambos, relativizan o flexibilizan garantías, en perjuicio no sólo de las personas acusadas sino del mismísimo Estado de Derecho, aún cuando ni la Sala Tercera[3] ni la Sala Constitucional,[4] integrantes del Poder Judicial, lo vean así.

---

2 El que la elaboración del procedimiento, inicialmente administrativo y luego legal, haya estado a cargo de jueces y juezas de la más alta jerarquía a más de violentar, a mi juicio, la división de funciones establecida en el numeral 9 de la Carta Magna, podría comprometer la imparcialidad de aquellos (o implicaría, a lo menos, un adelanto de criterio ajeno a funciones «académicas») cuando en el seno de los órganos que representan se discuta, jurisdiccionalmente, la eventual afectación de los principios de juez legal o natural, imparcialidad, derecho de defensa, etc. en el modelo por ellos creado. Es obvio que quien elabora un texto legal lo hace pensando que cumple todos los estándares de lo que su visión de mundo le señala como el contenido del debido proceso por lo que difícilmente aceptará que se cuestione. En las sesiones de Corte Plena en que se discutió el tema del procedimiento administrativo de flagrancia participaron magistrados/as de la Sala Tercera (encargada de aplicar la normativa) y de la Constitucional (encargada de definir su constitucionalidad), aunque no todos/as votaron. Así en las actas de las sesiones de Corte Plena 28-08 (en que se crea el procedimiento administrativo de flagrancia y se cambia la competencia territorial al Segundo Circuito) estuvieron presentes todos los magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora, Calzada, Vargas y Armijo de la Constitucional. En la 33-08 (en que se discute el primer texto legislativo que da pie a la actual normativa) estuvieron presentes los cinco magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora, Jinesta y Cruz, de la Sala Constitucional. En la sesión en que se abordó el proyecto de ley que dio origen a la ley (acta 02-09) participaron activamente en la discusión todos los magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora y Cruz de la Sala Constitucional, aunque no siempre votaron. También hubo presencia, aunque no siempre votación, de magistrados de ambas salas en la sesión de Corte Plena 14-09 en que se discutieron reformas reglamentarias luego de estar vigente la ley.

3 Mediante voto N° 1066-2009, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia analizó y avaló el procedimiento de flagrancia. A la fecha de elaboración de este ensayo el voto integral no podía ser consultado por lo que se ignora si alude al diseño legal o al administrativo. En todo caso, ambos recibieron su aporte de los titulares de ese órgano, lo que hace cuestionable el pronunciamiento jurisdiccional.

4 La Sala Constitucional, mediante voto N° 11099-2009 declaró que no resulta inconstitucional el citado procedimiento de cara a los principios de imparcialidad y derecho al recurso, sin que se abordaran otros temas.

A. EL PROCESO DE FLAGRANCIA DEFINIDO POR EL PODER JUDICIAL

En las sesiones de Corte Plena N° 28-08[5] y N° 33-08[6] se discutió y aprobó el primer diseño de procedimiento de flagrancia como "Plan Piloto" para San José.[7] En este caso, se cumplía básicamente con la legislación vigente; simplemente se trató de que en casos de flagrancia[8] la defensa renunciara a plazos. No obstante, se incorporó una norma según la cual se creaba un tribunal de flagrancia en el Segundo Circuito Judicial de San José para atender todos los procesos de esa naturaleza que se dieran tanto en ese circuito como en el primero y tercero. Trabajaría por turnos, las veinticuatro horas del día. El punto discutible de ello estaba dado porque, por norma administrativa, se estaba modificando la competencia territorial, fijada legalmente, para los casos sucedidos en el Primer y Tercer Circuito Judicial de San José lo que, a mi juicio, representa una violación al principio de juez legal o natural.[9] Hay que tener presente que los artículos 35 y 39 de la Carta Magna aluden a que el juzgamiento penal de una persona sólo puede hacerse por "autoridad competente" y ésta es aquella que, territorial, por materia, por grado, funcional u objetivamente debe decidir el caso, reglas todas que deben fijarse **por ley** con **antelación** a ese asunto en particular.[10]

Aunque los alcances de aquel principio tradicionalmente se han circunscrito a la

---

5 Artículo XV en que se aprueba el *Reglamento de organización y competencias de los funcionarios penales de San José a cargo del trámite de delitos y contravenciones y flagrancia*; el *Reglamento y protocolos de actuación (delitos en flagrancia)* y las *Reglas de procedimiento a seguir en el trámite de las contravenciones en flagrancia.* En esa oportunidad se dijo que *"…los cuatro documentos ha sido conocidos y discutidos en la Sala y son entonces una propuesta que hemos visto en ese seno en primer lugar"* reconocimiento que implicaría que, ante el cuestionamiento jurisdiccional del procedimiento, sus autores deban inhibirse de conocer el alegato pues es previsible lo que resolverían. Igual cabría decir respecto a la actuación del Magistrado Mora quien indicó: *"…a mí me parece que no existe ningún inconveniente legal para eso"* refiriéndose al traslado de competencias territoriales a Goicoechea y a la propuesta general. Participaron en la sesión los siguientes magistrados/as: Mora; Rivas, Solís, León, González, Escoto, Aguirre, Ramírez, Chaves, Arroyo, Pereira, Chinchilla, Calzada, Vargas, Armijo, Vega, Varela, Jinesta, Camacho, Bogantes y González Quiroga. No consta la votación o que alguno se abstuviera.

6 Artículo XV. Participaron en la sesión los siguientes magistrados/as: Mora, Rivas, Solís, Escoto, González, Aguirre, Villanueva, Varela, Vega, Ramírez, Chaves, Arroyo, Pereira, Chinchilla, Armijo, Cruz, Jinesta, Bresciani y Bogantes. Se reconoce allí que la Sala Tercera redactó un texto base –que sufrió modificaciones en la Asamblea Legislativa- referente al juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia.

7 El "Plan Piloto", por definición, es una prueba sujeta a ensayo y error en que se selecciona, al azar, un determinado lugar para implementar una medida y luego medir resultados. Es cuestionable dicho plan de cara al principio constitucional de igualdad ante la ley, así como al hecho de que se 'experimente' procesalmente, lo que puede tener consecuencias jurídicas para las partes.

8 Las únicas referencias a la flagrancia están en los artículos 235 inciso a), 236 y 393 del Código Procesal Penal y aluden a la aprehensión o detención.

9 Así lo indiqué en el voto salvado emitido en el Tribunal de Casación Penal de San José, votos N° 2009-294.

10 En el mismo sentido los votos de la Sala Constitucional Nº 2000-10822, Nº 1739-92, Nº 1422-95, Nº 6701-93, Nº 6992-96, Nº 8738-97 y Nº 2491-96, entre otros, así como también los numerales 8,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,* ***establecido con anterioridad por la ley****...";* el destacado no es del original) y XXVI.II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre (sic) («*… Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por* ***tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes*** *y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas…"* el destacado no es del original).

prohibición de ser juzgado por un/a juez/a específicamente designado/a para el conflicto o por un órgano ajeno al Poder Judicial (tribunales de excepción o *ad hoc*) luego se amplió su contenido a la necesaria **preexistencia legal del órgano jurisdiccional respecto a la comisión del hecho** (prohibición de tribunales *ex post facto*), ampliación esa que se da a través de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, en cuanto amplíen el catálogo de derechos humanos, tienen rango igual o superior a la Constitución Política.[11] La necesidad de que los tribunales sean creados por **ley previa a la comisión de los hechos** ha sido aceptada, en forma prácticamente unánime, por la doctrina más autorizada.[12] Según ese

11 Así lo disponen los artículos 7 de la Constitución Política, 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los votos Nº 3435-92, Nº 2313-95, Nº 1319-97, Nº 4356-98 y Nº 6830-98 de la Sala Constitucional.

12 A modo de ejemplo: ¬"*Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso)…Nuestra Constitución* (…) *se preocupa por establecer la vigencia temporal de las leyes que atribuyen competencia a los tribunales* (…) *nuestra constitución ha intentado asegurar, como garantía para el justiciable,* ***la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento*** (…) ***impidiendo que juzguen tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso*** (…) *La regla es clara: en principio, determina, positivamente, que el único tribunal competente para el juicio es aquél designado como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento; en segundo término, cancela el efecto retroactivo que se pudiera pensar o que el legislador pudiera atribuirle a una ley de competencia.* ***Las leyes de competencia****, entonces,* ***sólo rigen para el futuro*** (…) *esto es,* ***para hechos punibles cometidos con posterioridad a que entren en vigor****, y no pueden ser aplicadas para determinar la competencia de los tribunales respecto de hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, ni por supuesto, a causas pendientes, otorgándoles efecto retroactivo*" MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*, tomo I, volumen B, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 487-489, 491-492; ¬"*El principio garantiza que nadie será juzgado* ***(en ninguna instancia)*** *por organismos jurisdiccionales creados* (...) *después de que la presunta infracción haya sido cometida* (...) ***Hace también a la esencia del principio de juez natural que el caso permanezca bajo su órbita, que no sea sustraído de su competencia por una ley posterior***» CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Centro de Estudios legales y sociales, editores del Puerto, 2000, p. 95 (el destacado no es del original); ¬"*Este derecho fundamental procesal debe proteger al inculpado ante una manipulación de la competencia judicial* (...) *La prohibición no se dirige sólo a la Administración, sino también al legislador...*» TIEDEMANN, Klaus.»*El derecho procesal penal*». En: AAVV. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 164; ¬"*Un tribunal de excepción, sin embargo, podría ser creado en la órbita del Poder Judicial* (...) *Ello sucedería si se sustrae la causa del conocimiento del tribunal competente según la ley vigente a la época del hecho punible que se imputa, para atribuírsela a otro tribunal elegido o creado por una nueva ley*" MAIER, Julio. *Derecho procesal penal. Tomo I: Fundamentos*. Editores del Puerto, 2ª edición, Buenos Aires, 1996, pp. 767 y 769; ¬"*El juez natural es el que debe conocer de un proceso por virtud de normas objetivas, de rango constitucional o legal,* ***previamente establecidas****. Este principio se contrapone y tiende a descalificar la práctica que consiste en escoger el juez ‹ex post facto›: después de ocurridos los hechos conflictivos y en vista de ellos, puesto que esa escogencia (de parte de quien tendría la autoridad para hacerla) buscaría predeterminar un cierto resultado, posiblemente favorable a una de las partes en conflicto, o en todo caso grato al jerarca*» ANTILLLÓN MONTEALEGRE, Walter. *Teoría del proceso jurisdiccional*. Investigaciones Jurídicas, San José, 1ª edición, 2001, p. 404. También se han referido a él otros órganos constitucionales mundiales: ¬"*El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional*". Tribunal constitucional español, sentencia 47/1983. En igual sentido y del mismo órgano los votos 102/2001, 170/2002 y, por supuesto, la misma Sala Constitucional costarricense: ¬"*…el derecho a un Juez competente hace alusión inmediata al concepto de "juez legal" o "juez regular" que no solamente contemplan los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino también es una exigencia que deriva del artículo treinta y cinco de nuestra Constitución Política. Es, como ha tenido*

Continua en la siguiente pagina

principio, entonces, una vez adquirida la competencia para conocer de un proceso, ésta sólo se pierde por causas preestablecidas en la ley que buscan tutelar otros principios de igual rango (como el de imparcialidad, por ejemplo). Por otra parte, el artículo 47 del Código Procesal Penal (ley de la República que no ha sido derogada ni declarada, en tal extremo, inconstitucional y que, en consecuencia, se encuentra vigente) dispone: *«Para determinar la competencia territorial de los tribunales, se observarán las siguientes reglas: a) El tribunal tendrá competencia sobre los hechos punibles cometidos dentro de la circunscripción judicial donde ejerza sus funciones...».* Si los hechos fueron cometidos en San José centro o en el Tercer Circuito Judicial, el órgano competente, creado por ley con antelación a esos hechos para conocer del debate, era el Tribunal de Juicio de San José o, a lo sumo, el Tribunal de Juicio del Tercer Circuito Judicial (Pavas) y no el «Tribunal Penal de Flagrancias de San José, Goicoechea» que fue al órgano al que, en definitiva, se trasladó la competencia de tales causas. El Tribunal Penal de Flagrancias está previsto, normativamente a nivel legislativo, hasta el 22 de abril de 2009 fecha en que entró en vigencia la *«Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal»*.[13] Antes de eso su funcionamiento se basó en criterios adoptados por los órganos administrativos del Poder Judicial que tienen como sustento normativo los siguientes numerales de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

---

oportunidad de señalarlo muy reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, especialmente a partir de la sentencia número 1739-92, un elemento que integra el debido proceso, y hace alusión al derecho de toda persona a que lo juzgue ***un juez previamente establecido por ley****, con una clara competencia, en el sentido que la doctrina procesal acepta pacíficamente. El principio (derecho) de juez legal o regular, evidentemente* ***excluye por ilegítima, la designación de tribunales*** *ad hoc, especiales o* ***ex post facto****.*" Sala Constitucional, voto Nº 2002-06223 (el destacado no es del original); ¬"…*la garantía constitucional al juez natural* (…) *forma parte de la garantía genérica al debido proceso* (…) *significa la existencia de órganos judiciales* ***preestablecidos en forma permanente por la ley****. Uno de los contenidos del principio «juez natural» es como juez legal, es decir, como «órgano» creado por ley conforme a la competencia que para ello la Constitución asigna al Congreso. El derecho a la jurisdicción consiste, precisamente, como principio, en tener posibilidad de acceso a uno de esos jueces. Según lo establece el artículo 8,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el derecho a la jurisdicción y la garantía de los jueces naturales, es el derecho que toda persona tiene a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.* ***Lo que se tutela a través del principio del juez natural es la prohibición de crear organismos*** *ad-hoc, o* ***ex post facto (después del hecho),*** *o especiales, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales. En definitiva lo que se pretende es asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal* ***evitando que sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad…"*** Sala Constitucional, voto Nº 6701-93 (el destacado no es del original); ¬"…*el principio de juez natural garantiza que toda persona tiene derecho a ser oída por un juez establecido de manera previa por la ley. Se trata de evitar que una persona sea juzgada por un tribunal creado después de los hechos supuestamente ilícitos*." Sala Constitucional, voto Nº 2004-12629 (el destacado no es del original).

13 Publicada en La Gaceta N° 77 del 22 de abril de 2009.

"Artículo 46.- Los acuerdos y las disposiciones de la Corte relativas al establecimiento y la definición de una circunscripción territorial, o los que conciernan al recargo de competencias, el traslado y la conversión de despachos judiciales y de cargos o puestos, deberán fundamentarse en la ineludible eficiencia del servicio, la especialización de los órganos judiciales y de los tribunales jurisdiccionales y la equidad necesaria de las cargas de trabajo.

En razón del volumen de trabajo y la obligada eficiencia del servicio público de la justicia, la Corte podrá nombrar más integrantes de los tribunales, en forma temporal o definitiva; también podrá abrir y cerrar -por esas mismas razones- nuevas oficinas y órganos adscritos a los tribunales, en cualquier lugar del país.

En los tribunales mixtos, la Corte podrá dividir funciones por materia, de manera que se especialicen los servicios de administración de justicia. Cuando las necesidades del servicio lo impongan, la Corte podrá dividir un tribunal mixto en tribunales especializados.

Cuando la carga de trabajo no amerite abrir otro órgano jurisdiccional ni judicial, la Corte o el Consejo podrán asignar jueces y otros servidores itinerantes, para que se trasladen a los lugares donde deba brindarse el servicio con mayor eficiencia."

"Artículo 59.- Corresponde a la Corte Suprema de Justicia: (...) *16.- Refundir dos o más despachos judiciales en uno solo o dividirlos, trasladarlos de sede, fijarles la respectiva competencia territorial y por materia, tomando en consideración el mejor servicio público. También podrá asignarle competencia especializada a uno o varios despachos, para que conozcan de determinados asuntos, dentro de una misma materia, ocurridos en una o varias circunscripciones o en todo el territorio nacional.»*

No obstante, aunque efectivamente las normas permiten modificar competencias, ello sólo puede hacerse -en primer lugar- para casos futuros y, en segundo lugar, con criterios de generalidad y no tomando ciertas consideraciones particulares (p.e. tipo de delito, tipo de persona que lo comete, etc.) porque de hacerse tales individualizaciones se estarían creando, por disposición administrativa, tribunales especiales. Por otra parte esas normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial son generales y anteriores a la supracitada disposición, especial y posterior, contemplada en el Código Procesal Penal que, por ello, predominaría sobre aquellas. Así las cosas, tanto los actos de Corte Plena, de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia como las normas *supra* indicadas presentarían, a mi juicio, visos de inconstitucionalidad[14] por chocar contra un principio de rango superior como lo es el del juez legal o natural.

14 Cabe indicar que la Sala Constitucional mediante voto N° 2009-11099 (Mora, Calzada, Armijo, Vargas, Jinesta, Cruz y Abdelnour) evacuó una consulta formulada por el Tribunal Penal de Flagrancia en que declaró la constitucionalidad de los artículos 426, 428 y 430 del Código Procesal Penal pero refiriéndose al proceso diseñado legislativamente y no al administrativo, anterior. Además, en dicho voto no analizó el tema del juez legal o natural sino sólo lo referente a la imparcialidad y el derecho al recurso. En todo caso, a mi juicio, el pronunciamiento de esa Sala sobre el tema debe hacerse con magistrados o magistradas que no integraran Corte Plena en la sesión en que se discutió la creación de esos tribunales, pues ello podría generar no sólo que se hubiera adelantado criterio sino que al votarse administrativamente el acto, el mismo órgano que lo creó o avaló sea quien luego lo escrute.

B. EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA DEFINIDO LEGALMENTE

La introducción de disposiciones legales para el juzgamiento de este tipo de delitos, implícitamente reconoce la insuficiencia de las normas administrativas anteriormente dictadas sobre todo de cara al principio de juez legal o natural.[15] La principal característica de este proceso especial es que se suprime la etapa intermedia, que es trasladada a cargo de los jueces de juicio, pero se ponen de manifiesto una serie de problemas de orden constitucional.[16] Algunos son propios de las normas, otros de la implementación que de ellas pueda hacerse. Se pasa revista a algunos de ellos:

b.1 el derecho de defensa: El artículo 425 del Código Procesal Penal establece un plazo, que impropiamente se denomina "término",[17] de veinticuatro horas para que el defensor prepare la defensa una vez que es nombrado. Ese lapso puede afectar el derecho de defensa del encartado y así fue señalado cuando el tema se discutió en Corte Plena.[18] Se parte del gravísimo error conceptual de creer que en materia de flagrancia "no hay nada que investigar" olvidando que, conforme al artículo 236 del Código Procesal Penal, es flagrancia tanto que el autor del hecho haya sido sorprendido en el momento de cometerlo, inmediatamente después o sea detenido mientras es perseguido, como el caso de que se le encuentren objetos o presente rastros que hagan presumir, vehementemente,

15 El mismo voto N° 2009-11099 de la Sala Constitucional, redactado por el magistrado Mora Mora señala, en el considerando III que la naturalidad, como característica de la jurisdicción alude a que, respecto del juez/a: *"…su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la comisión del hecho sometido a juicio"* aunque no alude a la principal nota diferenciadora según la cual todo ello ha de ser dado por ley previa. Por su parte, el voto Nº 2009-869 del Tribunal de Casación Penal (Jorge Arce, Sandra Zúñiga y Alfredo Chirino) determinó que si bien superar los quince días hábiles por causas ajenas a la investigación (como, por ejemplo, la declaratoria de rebeldía) no implicaban la conversión del proceso de flagrancia en ordinario, dicho proceso no podía aplicarse a hechos producidos antes de la vigencia de la ley.

16 El proyecto se discutió en el actas de Corte Plena 33-08 en que, por doce votos (Mora, Rivas, González, Escoto, Aguirre, Villanueva, Varela, Vega, Chaves, Arroyo, Bresciani Quirós y Bogantes Rodríguez), se acogió el informe del Magistrado Arroyo en que se pusieron de manifiesto algunos de los problemas que aquí se apuntan. Los Magistrados Solís, Ramírez, Pereira y Chinchilla votaron en contra. Posteriormente se volvió a discutir en el acta 02-2009 (artículos II y IV), ocasión en la cual muchos de los acuerdos adoptados antes fueron revertidos.

17 El derecho procesal penal costarricense es muy deficiente en cuanto al lenguaje técnico, lo que revela la formación de sus operadores. Para la teoría general del proceso hay una diferencia entre ambas denominaciones. Mientras plazo alude a un lapso, un tiempo en el que se puede hacer válidamente un acto ya sea en el día inicial, en el intermedio o en el final (por ejemplo el período de interposición de un recurso), el término apunta a una fecha fija, fuera de la cual el acto procesal no puede efectuarse válidamente. Cfr.: entre otros muchos VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Temis, Bogotá, 1984, p. 284.

18 Cfr.: sesión 02-2009. En esa ocasión se reconoció que se había mejorado la redacción de la propuesta pues la anterior daba sólo dos horas para el nombramiento del defensor y dos para la preparación de la defensa. Sin embargo se dijo, en el informe redactado por Arroyo, que el plazo fijo de 24 horas *"...nos sigue pareciendo excesivamente rígida pues no todos los casos que podrían tratarse mediante la flagrancia son sencillos. La fórmula de 'dar un plazo razonable que no pueda exceder las 48 horas' nos parece mucho más adecuada"* No obstante, los magistrados Rivas, Solís, González, Escoto, Chinchilla, París Rodríguez, Carro Hernández y Bogantes Rodríguez mantuvieron la norma en tanto que Chaves, Aguirre, Varela, Arroyo y Pereira, emitieron su voto por aprobar esa propuesta. Villanueva, Calzada, Vargas, Araya y Abdelnour se abstuvieron de votar. En la sesión 33-08, sin embargo, el Magistrado Mora señaló, en torno a las causales directas de prisión preventiva por tipo de delitos "*Me parece que sería conveniente que por lo menos se señalara a la Asamblea Legislativa que medite lo que está haciendo, porque eventualmente pueden encontrarse roces de constitucionalidad en esos nuevos procedimientos."*

que acaba de participar en el hecho punible. Así, por ejemplo, hay antecedentes de conflictos familiares entre un hombre y su compañera. A ella se le escucha pedir auxilio y cuando vecinos ingresan observan a su compañero, ensangrentado, arrodillado sobre ella con un arma en la mano. La mujer está tendida en el piso. El arma posee las huellas del hombre; la bala homicida proviene del arma; él está ensangretado. Es claro que una situación de esa naturaleza hace surgir la presunción, vehementemente razonable, de que él es el autor del homicidio y que esa detención es en flagrancia. Al margen del tiempo que requieren las pericias a las que se ha hecho alusión él puede alegar que un sujeto se introdujo a la casa, le disparó a su compañera y, cuando él lo sorprendió, forcejearon logrando quitarle el arma pero el sujeto oyó. Dicha tesis requerirá mucho tiempo de investigación. Supeditar el tipo de proceso al tiempo de la investigación es relativizar el principio de juez legal o natural y manipular la competencia jurisdiccional. En todo caso lo que conviene rescatar es que es posible que quien presente rastros del hecho no sea necesariamente su autor y, para poder ejercer adecuadamente la defensa, requiera más plazo que el indicado. Conociendo un caso similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que: *"La Corte observa que el artículo* (…) *establece que una vez producida la acusación fiscal se pondrán los autos en conocimiento de la defensa por espacio de doce horas.* ***En el presente caso, la acusación fiscal fue presentada el 2 de enero de 1994 y los abogados pudieron consultar el expediente el 6 de los mismos mes y año por un lapso muy reducido.*** *La sentencia se dictó al día siguiente. De acuerdo con la legislación aplicable, la defensa no pudo interrogar a los agentes* (…) *que participaron en la fase de investigación. 139. El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que [a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación 141. La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada. 142. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención."*[19]

19 Caso Castrillo Petruzzi contra Perú, Nº 138, citado incluso en la primera ocasión en que se discutió el proyecto, que estipulaba plazos más cortos que el actualmente previsto. Cfr.: Corte Plena, acta 33-08. No obstante el argumento se desechó bajo el argumento efectista de que el caso de la CIDH se refería a asuntos políticos en tanto que en Costa Rica hablábamos de "cadenazos" como si sólo ese tipo de delitos fueran susceptibles de conocerse a través de esta vía.

b.2 las causales de prisión preventiva: En el artículo 239 bis inciso a) del Código Procesal Penal se prevé la prisión preventiva sólo por el hecho de que se esté en presencia de un delito cometido en flagrancia si estos son contra la vida, delitos sexuales, contra la propiedad y en delitos relacionados con narcotráfico. El error contenido en dicha norma, al prescindir de criterios procesales para el dictado de la medida cautelar y atender sólo al tipo de delito por el que se acusa a la persona fue, sin embargo, avalado en Corte Plena.[20] La norma defendida bajo argumentos ajenos a lo que en realidad subyacía en la discusión[21] que era si es posible decretar prisión preventiva automática, sin causales procesales. Aunque tal proceder fue avalado por Corte Plena, desconoce lo que al respecto indicara la Sala Constitucional, en forma vinculante, en los votos N° 688-91 y Nº 193-92 en que declara la inconstitucionalidad de normas que establecen la prisión preventiva en atención sólo al tipo de delitos (en esos casos de narcotráfico). Además es abiertamente contraria a lo indicado por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez contra Ecuador[22] y

20 Cfr.: sesión 02-2009 en que votaron a favor de aprobar esa norma los magistrados Rivas, Solís, González, Escoto, Aguirre, Varela, Ramírez, Pereira, Chinchilla, París Rodríguez y Bogantes Rodríguez. Mientras tanto, Mora, Chaves, Arroyo y Carro Hernández, emitieron su voto por aprobar la redacción propuesta en su informe el Magistrado Arroyo que reconducía el tema a las causales procesales. Villanueva y Armijo se abstuvieron de votar.

21 Así lo evidencia la intervención de Carlos Chinchilla Sandí en la sesión 02-2009 al indicar *"resulta ser que todos los clásicos ya no dan soluciones, simplemente dejen a la libre a la sociedad lo que quiera hacer y ver cómo se comporta, o sea, llegan a un estado caótico, a un estado de anomia casi sin regulación, eso es lo que se pretende, bueno, esas ideas son las ideas que hemos combatido desde hace muchos años por lo menos otras personas y yo que es ese minimalismo dentro de la regulación en el campo del derecho penal, y ese evolucionismo galopante que viene detrás de ese minimalismo, eso es lo que asusta, porque no podemos pensar al día de hoy que un estado pueda mantenerse sin derecho. Importante es dentro de esto identificar algunos problemas, muchas de las partes que podríamos decir dieron solución a algunas soluciones resultaron importantes en aquel momento, hoy día la identificación de la criminalidad es distinta"* Mientras tanto, el argumento del magistrado Arroyo –según el cual todos esos casos podían tratarse con la normativa entonces vigente que no se detiene en el tipo de delito pero sí en las causales procesales- no fue abordado. Según Arroyo la norma, tal y como está, "*...propone la prisión preventiva en cierto tipo de delitos, cuando media flagrancia. Este tipo de excepciones rompe con el sistema general que contiene el Código Procesal penal vigente, de manera que puede estarse ante un quebranto del principio de igualdad frente a la ley y la presunción de inocencia que tutela el numeral 33 de la Constitución Política (ya que se estaría haciendo discriminación por tipo de delito, así como los artículos 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, todos referentes al mismo principio de igualdad)"* criterio que comparto. Cabe destacar que Corte Plena, en un acta anterior sobre este tema, había aceptado –por mayoría- este criterio que se dejó aquí sin efecto sin mayor argumentación jurídica que fundamente las razones del cambio.

22 Se determinó allí: *"93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención"*

Suárez Rosero contra Ecuador[23]por lo que es previsible una condena del estado sobre esta base sustentada.

Aunque recientemente, la Sala Constitucional en el voto Nº 2009-9346 (Vargas, Mora, Armijo, Jinesta, Abdelnour, González y Salazar) señaló *"La norma transcrita adiciona algunas causales que hacen procedente el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, las cuales no son de aplicación automática sino que para ese efecto el juzgador tiene la potestad (véase que dice 'podrá ordenar') de hacerlo previa valoración y resolución fundada que* (…) *implicaba –entre otros- el análisis de la existencia de la flagrancia"* lo cierto del caso es que dicho pronunciamiento es criticable en el tanto si bien la norma señala un ámbito de discrecionalidad sólo la circunscribe al tipo de delitos y no a los presupuestos procesales que, según lo referido, se requiere para la emisión de las medidas cautelares. Es decir, la discrecionalidad jurídica está dada por si hay, o no, flagrancia en el caso concreto, sin que la resolución constitucional aborde la cuestión de fondo que concierne a si basta el tipo de delito, aún en flagrancia, para decretar medidas cautelares.

b.3 la falta de apelación de la prisión preventiva: En la nueva legislación sobre flagrancia no se prevé el recurso de apelación contra la resolución que decreta la prisión preventiva. El tema fue ratificado, en su constitucionalidad, por el voto N° 2009-11099 de la Sala Constitucional,[24] ocasión en la que se evidencia el cambio de criterio de dicho órgano quien, anteriormente, había referido la necesidad de que todo acto administrativo con efectos propios (actos separables) tuviera

23 *"77…el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos."*

24 En donde se citan, como apoyo, los votos Nº 2003-4925, Nº 2004-100040, Nº 2008-8259, Nº 2009-10547, todos de la Sala Constitucional.

derecho al recurso.[25] En la práctica el problema que se presenta es que, en los casos en los que no hay flagrancia, el reglamento emitido por la Corte Suprema de Justicia con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley señala que ha de ser el tribunal de flagrancia quien debe decidir la situación jurídica del encartado respecto a las medidas cautelares decretadas,[26] cuando la ley[27] dispone que, en tales casos, el competente para decidir es el

25 En el voto de la Sala Constitucional Nº 300-90 se indicó: *«...si bien el derecho a recurrir de un fallo ante un tribunal superior, en general o para determinados supuestos, no se encuentra consagrado expresamente por ningún texto constitucional, sin embargo, los artículos 1° y 73 inc. d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 48 de la propia Constitución reconocen, como parámetros de constitucionalidad, tanto las normas como los principios, y tanto de la Constitución misma como del Derecho Internacional vigente en Costa Rica, de manera que si de alguna de dichas fuentes cupiera deducir la existencia del derecho fundamental que se invoca, la disposición cuestionada, o su interpretación, serian, efectivamente, inconstitucionales en la medida en que lo nieguen o excluyan* (...) *Sin embargo, como se dijo, la misma Ley (arts. 1° y 2°) obliga también a considerar la cuestión desde el punto de vista de los principios, tanto constitucionales como del Derecho Internacional aplicables, situación en la que adquieren especial relevancia, tanto los valores y principios implícitos en la propia Constitución como los generales del derecho de los Derechos Humanos, con los criterios de interpretación recogidos por el artículo 29 de la Convención, criterios que, entre otras cosas, integran los derechos consagrados en el texto con cualesquiera otros reconocidos* (...) *Lo anterior incide particularmente en la correcta interpretación y aplicación de los principios del debido proceso, que tienen asiento en los artículos 39 de la Constitución, 8 y 25 de la Convención Americana* (...) *En efecto,* ***un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales (de goce), como es la libertad personal*** (...) *Tesis similar es la que prevalece hoy e* ***n el Derecho Público en general, el cual reconoce, de principio, el derecho de impugnar los actos de procedimiento o preparatorios, normalmente irrecurribles, cuando tengan «efecto propio», es decir, los que en Derecho Administrativo se conocen como «actos separables» en cuanto causan por si mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan, de manera que ese efecto no podría corregirse con la solución normal de tener que esperar para impugnarlos conjuntamente con el acto final que están llamados a preparar*** *(V., p. e j., art., 163.2 Ley General de la Adm. Pública).* ***Al nacer, pues, ese derecho a recurrir contra los actos separables, de un principio general de Derecho Público, ergo lo es del derecho de la Constitución, con el mismo rango que sus normas expresas*** *(como lo reconoce el art. 7.1 de la misma Ley General)* (...) *En el caso de marras* (...) *le rechazaron su recurso de apelación y su apelación de hecho, precisamente estimándolos inadmisibles por no hallarse dentro de los previstos en el artículo* (...) *todo lo cual le ha significado, efectivamente, una grave limitación en sus derechos al debido proceso, rayana en la indefensión, al verse impedido de obtener que un tribunal superior revisara lo actuado, a su juicio erróneamente, por el inferior* (...) *Si a todo esto se añade el hecho de que el pago de dicha pensión provisional está garantizado mediante apremio corporal, es decir, mediante una privación de libertad con las mismas características y gravedad que una penal, sin serlo, se comprenderá* ***por qué en estos supuestos el derecho a recurrir contra tales resoluciones resulta esencial y su ausencia produce la indefensión*** *del demandado, con violación de los principios del debido proceso, implicados, como se dijo, entre otros, en los artículos 39 y 41 de la Constitución, 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica ...»* (el destacado es suplido). En sentido similar los votos de la Sala Constitucional Nº 1704-90 y Nº 4099-94 y CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura y GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *En los linderos del ius puniendi*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2005, pp. 351-352 y 355.

26 Dispone la citada normativa emitida en la sesión de Corte Plena 14-2009: "*3.4. Se valorará en primer lugar si la detención obedece a una de las hipótesis de flagrancia.* ***De no ser así, la audiencia resolverá sólo sobre medidas cautelares y se ordenará el trámite ordinario del asunto****; en estos casos el juez penal de la etapa preparatoria receptor quedará vinculado por lo resuelto y los recursos se formularán ante el Tribunal del Procedimiento Ordinario según corresponda."*

27 Artículo 430 párrafo segundo del Código Procesal Penal: *"Cuando deba solicitarse por un plazo superior, así como en los casos donde el fiscal o el tribunal de juicio, considere que no corresponde aplicar el procedimiento expedito, por no estar ante hechos cometidos en flagrancia o al ser incompatible la investigación de los hechos, procederá la prisión preventiva, si existe mérito para ello, según las reglas establecidas en este Código. El juez penal será el encargado de resolver acerca de la solicitud dirgida por parte del fiscal."*

juez penal. Es evidente que la ley predomina sobre el reglamento pero el conflicto de normas pretende neutralizar la afectación a principios constitucionales, sin lograrlo. Por una parte, téngase en cuenta que por vía reglamentaria se está modificando la competencia del juez penal para conocer de la causa, lo que roza con el principio de juez legal o natural y, por la otra que también se dispone, con una norma administrativa, que el criterio de una autoridad jurisdiccional vincula a otra lo que afectaría el principio de independencia judicial. Por la otra, actuar como lo establece la ley implicaría que el detenido pueda pasar varios días (mientras se le nombra defensor y se le otorga el plazo a éste para preparar la defensa) sin estar a la orden de una autoridad judicial competente, conforme se analizará luego, lo que implica que la detención sea ilegítima.

b.4 el exceso de 24 horas para indagar al encartado: El artículo 423 del Código Procesal Penal señala que una vez detenido al sospechoso se trasladará hasta el Ministerio Público. Conforme al artículo 425 del mismo cuerpo normativo el fiscal puede concederle hasta 24 horas para que nombre defensor de su confianza. Una vez nombrado dicho defensor, éste cuenta con 24 horas para que prepare su defensa al tenor de esa misma norma. El fiscal hace la acusación y traslada el caso al Tribunal de Flagrancia en que se pueden decidir las medidas cautelares (artículo 427 CPP) y determinar si se está, o no, ante un caso de flagrancia. Sea que se acepte o no el procedimiento, habrán transcurrido, a lo menos, 48 horas desde la detención sin que el juez competente decida su situación lo que a todas luces riñe con lo establecido en el artículo 37 de la Carta Magna.[28] Sin embargo, pese a la literalidad y claridad de la norma y a que ella no hace excepciones, ya la Sala Constitucional ha avalado que el lapso –en algunas ocasiones- se amplíe,[29] por lo que es previsible que resuelva igual máxime la presión socio-política que se encuentra detrás y el que antes los textos fueran conocidos en Corte Plena.

b.5 denegación acceso a la justicia a la víctima: Si bien el artículo 432 del Código Procesal Penal posibilita que la víctima se constituya en actora civil o querellante, prevé plazos muy cortos para que haga tal apersonamiento, a más de que los requisitos normales (que incluyen el patrocinio letrado) se mantienen. Ambos factores hacen que, en la práctica, tales derechos sean nugatorios. Esa misma norma establece que *"La acción civil no procederá en el procedimiento expedito, cuando existan terceros demandados civilmente y no se encuentren presentes"* lo que representa una verdadera denegación de justicia porque la remisión que luego se hace a

28 "*Artículo 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas."* Nótese que si bien la norma constitucional exceptúa al "delincuente *infraganti*" del mandato escrito de juez, previo a la detención, sí exige para todos los supuestos ("*en todo caso*") que la detención no se prolongue más allá de las veinticuatro horas sin ser puesto a la orden del juez.

29 Cfr.: votos Nº 728-01 y Nº 308-01 en que se resuelve la situación jurídica de la persona acusada fuera de las 24 horas pero se declara sin lugar el *hábeas corpus*. No obstante, la Sala Constitucional en los votos Nº 1029-01 y Nº 1070-01, entre otros muchos, había señalado la improrrogabilidad de dicho plazo.

la vía civil no soluciona el quebranto al principio de igualdad que se produce. Es decir, este es el único caso en que la parte no tiene el derecho de *elegir la vía* que sí opera en todos los demás procesos y la excepción no obedece a criterios sustentables jurídicamente. Por último, en el párrafo segundo de ese artículo se dispone, también contra lo que es usual en todos los procesos, que la acción civil se acogerá en abstracto, lo que implica que la víctima deba recurrir a un largo proceso de ejecución de sentencia. Así las cosas, so pretexto de darle mayor protección a las víctimas estas normas, en realidad, se las niegan y las cosifican como testigos del estado, sin respetarles sus derechos resarcitorios.

b.6 juez legal o natural dependiendo de la hora de detención: En la sesión 14-2009 de Corte Plena se aprobó una reforma reglamentaria según la cual: *"c.- Las oficinas especializadas de Trámite de Flagrancias, durante el horario de las 7:30 horas a las 16:30 horas, tendrán competencia para atender únicamente los hechos cometidos en la circunscripción territorial del II Circuito Judicial de San José. Estos mismos despachos en horario de las 17:00 horas a las 23:00 horas, ampliarán su competencia para atender los casos acaecidos en la circunscripción territorial del I, II y III Circuito Judicial de San José.* (…) *d.- Las detenciones en flagrancias que sean presentadas a las autoridades judiciales en horario de las 23:00 horas y hasta las 7:30 horas del próximo día, serán atendidas bajo el procedimiento ordinario."* Es decir el juez legal o natural ni siquiera depende de la materia (flagrancia), lo que ya habría sido bastante poroso dada la dificultad de determinar cuándo se está en tales supuestos, sino de la hora de comisión del hecho o de aquella en que se detuvo a la persona acusada. Esa práctica, sin respaldo jurídico de ninguna índole atenta contra el principio de juez legal o natural y relativiza otras garantías constitucionales como, inclusive, el derecho mismo al recurso pues dependiendo del órgano competente así será, también, la forma en que se computen los plazos para interponer el recurso de casación[30]y la posibilidad que se tenga, o no, de recurrir la detención o las medidas cautelares adoptadas.

b.7 imparcialidad del juez: Este principio se ve afectado, desde mi perspectiva, no sólo porque los jueces y juezas que intervinieron en la discusión, administrativa, de las normas en Corte Plena sean algunos de los que deban conocer, jurisdiccionalmente, de los reglamentos que haga surgir la ley sino porque, además, hay una falta de definición legal en torno a la intervención de los cuatro jueces del Tribunal de Flagrancia. Dependiendo de la forma en que cada grupo de jueces asuma la normativa, podrían generarse afectaciones al principio de imparcialidad, dado que los jueces de juicio podrían haber comprometido previamente su imparcialidad al estar presentes en negociaciones (para reparaciones integrales, conciliación, suspensión a

30 La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia indicó que en el procedimiento expedito para los delitos en flagrancia, el plazo para interponer recurso de casación se computa en días naturales pues como el recurso de casación se presenta ante el tribunal de Flagrancia, que trabaja todos los días del año, todos los días resultan hábiles. Cfr.: voto Nº 367 de las 10:58 hrs. del 25 de marzo de 2009. Ello representa, en la práctica, menos tiempo para la interposición del recurso y afectaciones a la seguridad jurídica por lo variable de los plazos dependiendo de la autoridad que conozca.

prueba o abreviados) o al haber dictado resoluciones sobre medidas cautelares. Por ello es necesario que, empíricamente, cada integración intente no comprometer dicho principio evitando que quien ya conociera del caso lo vuelva a conocer. Así lo determinó la Sala Constitucional en el voto N° 2009-11099 en que señaló *"…la Sala reconoce que el hecho de que sea la misma integración del tribunal la que realice la primera y segunda parte de la audiencia, podrá facilitar que en determinados supuestos, se vulnere el principio de imparcialidad. Ello hace necesario, que en protección a ese principio, se requiera la organización del Tribunal de Flagrancia, de manera que un juez realice la primera parte de la audiencia y sean otros miembros del Tribunal los que integren en la segunda parte, a fin de evitar cualquier posible contaminación, medida ésta de corte administrativo que bien podrá ser dispuesta, sin necesidad de norma legal que la imponga"*. Aunque en el voto referido la Sala Constitucional no encontró que se afectara el principio de imparcialidad con la valoración que el tribunal hace de si el caso es de flagrancia o no, sobre la admisión de la prueba o sobre la corrección de defectos formales, discrepo de esa posición en tanto me resulta claro que el juez que resuelve esos extremos compromete, de alguna forma, su criterio de fondo (aceptando que el detenido fue el sorprendido en la escena, con rastros del hecho, en plena persecución; que para acreditar el hecho acusado se requiere más prueba que él mismo señala, que para poder acoger la acusación en cuanto al fondo ésta debe ser corregida en ciertos extremos) por lo que nada obsta que, al margen del criterio constitucional, se extremen medidas para que quienes hagan esos pronunciamientos no sean quienes integren el tribunal de juicio.

b.8 afectación del principio de legalidad: El artículo 434 del Código Procesal Penal establece que la Corte definirá, mediante reglamento, la localización y horarios de los tribunales de flagrancia. No hay ámbito de discrecionalidad en cuanto a la entrada en vigencia de la ley que se fija desde la publicación. Sin embargo, contrario a esa norma, Corte Plena, en sesión 14-09 (artículo XIX), estableció: "*La Corte Suprema del Poder Judicial definirá los circuitos y los momentos a partir de los cuales se aplicará el procedimiento especial de flagrancias, antes de esta definición se continuará aplicando el procedimiento ordinario, fiscales, defensores, jueces penales y jueces de juicio mantendrán sus roles, según cada etapa procesal y la competencia para conocer sobre los hechos delictivos cometidos en cada circunscripción territorial."*[31] Es altamente criticable dicha disposición porque por norma administrativa prácticamente se deroga o se supedita el cumplimiento de la ley a la existencia de recursos económicos, cuando el legislador no lo previó así. El reglamento es para establecer el horario y localización de los tribunales de flagrancia no para hacer inaplicable la normativa en buena parte del país. Por otro lado, el artículo 422 del Código Procesal Penal es claro en indicar que la totalidad de lo actuado en este proceso es oral, incluida la sentencia, lo que armoniza con la política institucional que, inclusive, ha sido defendida y aplicada, aún en sede constitucional, contra normas legales expresas en contrario, como son las establecidas en

31 Circular 50-09 publicada en el Boletín Judicial Nº 94 del 18 de mayo de 2009.

el Código Procesal Penal. Sin embargo, inexplicablemente, Corte Plena establece: *"4.2. La sentencia se dictará oralmente. Caso de ser impugnada en casación, se agregará al acta de debate una trascripción fiel de los hechos probados y de la fundamentación intelectiva del fallo (el "por tanto" ya constaría en el acta original)"* Esa previsión no se ampara en ningún principio jurídico o norma alguna pues entre los requisitos legales señalados para el acta de debate no se encuentra ese (cfr.: artículo 370 del Código Procesal Penal). Tiende, me parece a mi, a facilitar el trabajo del órgano contralor pues no podría pensarse que es de cara a las personas usuarias desde que ello sólo aplica a las sentencias condenatorias en que se interponga recurso, es decir, no es para todas las sentencias, ni siquiera para todas las condenas. La pregunta que surge, entonces, es ¿tendrá alguna relación este requisito con que la mayoría de hechos tramitados en flagrancia son, a esta fecha, de competencia, en casación, de la Sala Tercera? El reglamento, también en ese punto, desconoce la jerarquía de las fuentes del Ordenamiento Jurídico y modifica el texto legal.

b.9 principio acusatorio: Pese al vaivén jurisprudencial que, en sede constitucional, ha tenido el principio acusatorio,[32] el proceso penal costarricense –hasta antes de la aprobación de esta ley- parecía haberse decantado por asignarle al juez/a la función de juzgar y establecer que corresponde al Ministerio Público acusar y ofrecer prueba y asumir la carga por las deficiencias en ambas funciones. No obstante, el párrafo segundo del artículo 428 del Código Procesal Penal faculta, ahora, al juez a que *"verifique que la acusación sea precisa, clara y circunstanciada y que el hecho sea típico"* y que, de no serlo, le prevenga al fiscal la corrección, con lo que asume una posición en favor de una parte, generando desequilibrio procesal. La misma disposición faculta a que sea el juez que califique la prueba. Aplicar tal cual está la norma implicaría un retroceso importante al sistema inquisitivo. Aunque la Sala Constitucional no lo determinó así,[33]los razonamientos son muy endebles porque usa argumentos circulares y analiza la constitucionalidad de esa disposición no frente a las normas y principios constitucionales, como era lo obvio, sino a partir de las posibilidades que da el Código Procesal Penal, lo que es ajeno a la función de dicho órgano e implica confundir legalidad con constitucionalidad.[34] Por ello lo recomendable es que, si se llegaran a ejercer esas potestades legales, quien las asuma no integre el tribunal decisor de la causa en juicio.

32 La Sala Constitucional ha indicado, mediante jurisprudencia vinculante (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) tanto que el principio acusatorio integra el debido proceso como que no lo integra, a efectos de determinar si proceden ciertas actuaciones oficiosas del juez (ver, entre otros, los votos Nº 4833-99, Nº 5432-99 en tanto dan potestades oficiosas a los juzgadores y los votos Nº 2550-2005 y Nº 3568-2005 que limitan al juez a lo pedido por el ente fiscal).

33 Voto Nº 2009-11099.

34 Indicó la Sala Constitucional en el voto Nª 2009-11099: *"No estima la Sala que el control de legalidad que ejerce el juez al verificar que los elementos de la acusación se encuentren completos y claros, afecte o vulnere su deber de objetividad e imparcialidad. El artículo 15 del Código Procesal penal dispone* (...) *Le corresponde al juez o tribunal ser un contralor del cumplimiento del principio de legalidad* (...) *lo que él debe es señalar el defecto, pero no le corresponde corregirlo, esa es función del fiscal, en consecuencia su imparcialidad en relación al caso no se puede ver afectada por esa exigencia legal."* Nótese que no se dijo nunca por qué no se afectaba la objetividad con tal proceder. ¿Se compromete la imparcialidad si el juez le dice a un fiscal que acuse a alguien por un hecho, aunque no sea el juez quien haga esa acusación? Parece evidente que si. Valga añadir que el citado voto fue redactado por el magistrado Mora Mora quien participó ampliamente en todas las sesiones de Corte Plena en que se discutió sobre la flagrancia.

COROLARIO

El derecho penal y procesal penal es el barómetro de una sociedad. La contestación que se le dé a las preguntas ¿qué conductas se reprimen?, ¿siguiendo cuáles procedimientos? y ¿cómo se castiga el delito en cada lugar? nos da oportunidad de medir, de manera bastante aproximada, el nivel cultural, socio-económico y político que impera en cada latitud. Pero la respuesta está dada no sólo por lo que las preguntas evidencian sino, también, por lo que esconden.

El juzgamiento expedito o diferenciado por tipo de delitos y circunstancias en que estos suceden, en flagrancia o no, es una exigencia constitucional que dimana de la justicia pronta pero nunca puede conducir a neutralizar lo cumplido de la justicia o a emitir serios cuestionamientos de lo que ella puede ser, sobre todo cuando se hace en función de las presiones de sectores políticos, de prensa o de la opinión pública. El tratamiento que, administrativa y legalmente ha recibido el juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia implica, desde mi perspectiva, importantes retrocesos del Estado democrático de Derecho y nos puede implicar responsabilidad internacional.

Todo ello conduce a una crisis de legalidad que se manifiesta en una doble vertiente: por un lado mediante la emisión de leyes que, como la comentada, minimizan garantías procesales cuya conquista ha implicado un difícil proceso histórico y, por la otra, en ver a la ley como un obstáculo para el cambio que, entonces, puede modificarse aún mediante disposiciones de rango inferior. Si a ello se suma el que, en la Costa Rica actual se confunde la función del juez –ordinario o constitucional- con la del legislador y que la jurisprudencia actual de la Sala Constitucional evidencia una importante retirada respecto a la protección de derechos fundamentales,[35]el panorama resultante es realmente desalentador y nos convoca a una profunda reflexión...si la crisis económica produce recesión ¿estaremos frente a una recesión democrática producto de la crisis de legalidad que parece que enfrentamos?

Aunque los criterios de autoridad se impongan quedará, para la Historia, el determinar si nos acomodamos al estado de cosas imperantes o si, por el contrario, contribuimos a denunciarlas y a salvar nuestra responsabilidad. Por ello quiero cerrar estas áridas letras jurídicas dándole espacio al poeta que indicó:

"La primera noche ellos se acercan y cogen
una flor de nuestro jardín, y no decimos nada.
La segunda noche ya no se esconden
pisan las flores, matan nuestro perro y no
decimos nada.
Hasta que un día el más frágil de ellos entra
sólo en nuestra casa, nos roba la luna,
y conociendo nuestro miedo nos arranca la
voz de la garganta.
Y porque no dijimos nada ya no podemos
decir nada."[36]

35 Cada vez son menos las resoluciones que declaran con lugar algún *hábeas corpus* o acción o consulta de constitucionalidad mientras que, paralelamente, abundan los votos de dicha Sala en que se varía una posición otrora emitida.

36 Vladimir Maiakovski (1893-1930). Otra versión atribuida al dicho poeta indica *"Por protestar las injusticias, vinieron por mí//por defender mis principios, vinieron por mí//por ver la vida de manera distinta, vinieron por mí//por proteger lo más querido, vinieron por mí//por no ser su cómplice, vinieron por mí//la democracia, la libertad y la justicia no se vieron vulneradas porque vinieron por mi//lo fueron porque nadie dijo nada."*

REFERENCIAS

Sala Constitucional, votos Nº 2009-11099; Nº 2009-9346; Nº 300-90; Nº 1704-90; Nº 688-91; Nº 193-92.

Sala Tercera, votos Nº 1066-2009 y Nº 2009-367.

Tribunal de Casación Penal de San José, votos Nº 2009-294 y Nº 2009-869.

Actas de Corte Plena 28-08; 33-08; 02-2009; 14-09.

Votos de la CIDH en los casos: Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador; Suárez Rosero vs. Ecuador y Castrillo Petruzzi vs. Perú.