

UNIVERSIDAD NACIONAL
CAMPUS OMAR DENGO
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE SOCIOLOGIA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRIA EN ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON ENFOQUE SOCIOJURIDICO

TRABAJO FINAL DE GRADUACION PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRIA EN
ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON ENFOQUE SOCIOJURIDICO CON ENFASIS EN
PENAL.

TITULO

MIGRANTES Y FLAGRANCIA DESDE UNA PERSPECTIVA PENITENCIARIA:
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS PROCESADAS EN
EL II CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE EN LOS AÑOS 2016 y 2019

SUSTENTANTE

Steven Mora Caravaca.

10860014

HEREDIA COSTA RICA

FEBRERO 2021

Agradecimiento

A Dios le agradezco todo lo vivido, lo que estoy viviendo y lo que en futuro me depare.

Al Poder Judicial, a la Defensa Pública, a la Universidad Nacional y a la Maestría de Administración de Justicia, cuerpo docente y administrativo, por desarrollar un proyecto de capacitación de profesionales de tan alta jerarquía, que vino a dar, sin lugar a dudas, un plus académico sustancial, que hemos vertido en nuestro trabajo diario, para un mejor servicio público de la sociedad costarricense.

A mi familia, a mis estudiantes, a mis amigos, quienes han estado conmigo en esta travesía, iniciada hace casi una década, cuando habiendo recorrido ya cierto camino en el ejercicio laboral, decidí, además de impartir clases, iniciar mis estudios de posgrado.

Dedicatoria

A mi madre, Briscila Caravaca Cárdenas, el mejor ser humano que he conocido y tengo el privilegio de ser su hijo.

Sus valores morales, su inquebrantable espíritu y su constancia, han sido el ejemplo por seguir que he tenido en mi vida.

Gracias mamá, por tanto. Te amo, y deseo que muchos años más, me permitas tu compañía.

Steven

Tabla de Contenido	
1. INTRODUCCIÓN	4
2. JUSTIFICACIÓN	9
3. CONTEXTUALIZACIÓN Y ANTECEDENTES	10
4. ESTADO DE LA CUESTIÓN	12
5. PROBLEMATIZACIÓN	15
6. OBJETIVOS	17
6.1 Objetivo General	17
6.2 Objetivos específicos	18
7 MARCO TEÓRICO	18
LA CÁRCEL, LA MIGRACIÓN Y EL PROCESO DE FLAGRANCIA, UNA APROXIMACIÓN EVOLUTIVA DENTRO DEL CONTEXTO DEL MUNDO GLOBALIZADO	18
7.1 ESPAÑA	19
7.2 COSTA RICA	27
8 EL PROCESO DE FLAGRANCIA	32
MIGRACIÓN, EXTRANJEROS Y SU CONTEXTO LEGAL	35
8.1 CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CADH)	36
8.2 CONVENIO DE GINEBRA	37
8.3 REGLAS DE BRASILIA	38
8.4 LEY N° 8764 (LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA)	38
8.5 PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS	38
8.6 CONSTITUCIÓN POLITICA COSTARRICENSE (C.P.)	39
8.7 CÓDIGO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE (C.P.P.)	40
9 EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA EN COSTA RICA	42
LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN MATERIA PENAL Y PROPIAMENTE DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA	45
a. El Principio Acusatorio dentro del Procedimiento de Flagrancia	53
b. El Principio de Carga de la Prueba en el Procedimiento de Flagrancia	57
c. El Principio de Defensa y Refutación en el Procedimiento de Flagrancia	59

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL EXPEDITO DE FLAGRANCIA.....	62
VALORACIÓN DE LA ACUSACIÓN Y DE LA PROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO.....	64
10 CASOS DE PERSONAS EXTRANJERAS PROCESADAS A TRAVÉS DEL PROCESO DE FLAGRANCIA DURANTE EL AÑO 2016.....	68
<i>Cuadro N° 1: Primer Trimestre</i>	68
<i>Cuadro N°2: Segundo Trimestre</i>	71
<i>Cuadro N° 3: Tercer Trimestre</i>	73
<i>Cuadro N°4: Cuarto Trimestre</i>	75
CUADRO DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA POR TRIMESTRE.....	86
<i>Cuadro N°1: Primer Trimestre</i>	86
<i>Cuadro N°2: Segundo Trimestre</i>	88
<i>Cuadro N°3: Tercer Trimestre</i>	89
<i>Cuadro N°4: Cuarto Trimestre</i>	91
CUADRO ESTADÍSTICO, SEGÚN LA INFORMACIÓN DEL PRIMER, SEGUNDO, TERCER Y CUARTO TRIMESTRE DEL AÑO 2016.....	93
<i>Cuadro N° 1: Primer, Segundo, Tercer y Cuarto Trimestre</i>	93
11 CASOS DE PERSONAS EXTRANJERAS PROCESADAS A TRAVÉS DEL PROCESO DE FLAGRANCIA DURANTE EL AÑO 2019.....	97
<i>Cuadro N°1: Primer Trimestre</i>	97
<i>Cuadro N°2: Segundo Trimestre</i>	98
<i>Cuadro N°3: Tercer Trimestre</i>	100
<i>Cuadro N°4: Cuarto Trimestre</i>	102
CUADRO DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA POR TRIMESTRE.....	105
<i>Cuadro N°1: Primer Trimestre</i>	105
<i>Cuadro N°2: Segundo Trimestre</i>	106
<i>Cuadro N°3: Tercer Trimestre</i>	107
<i>Cuadro N°4: Cuarto Trimestre</i>	109
CUADRO ESTADÍSTICO, SEGÚN LA INFORMACIÓN DEL PRIMER, SEGUNDO, TERCER Y CUARTO TRIMESTRE DEL AÑO 2016.....	110
<i>Cuadro N° 1: Primer, Segundo, Tercer y Cuarto Trimestre</i>	110
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS ASUNTOS PENALES SEGUIDOS CONTRA PERSONA EXTRANJERA A TRAVÉS DEL PROCESO ESPECIAL DE FLAGRANCIA EN LOS AÑOS 2016 Y 2019, RESPECTIVAMENTE.....	111
12 CONCLUSIONES.....	116

13	RECOMENDACIONES.....	122
14	REFERENCIAS.....	123
	Aguilar-Herrera, G.; Murillo-Rodríguez, R. (2014). "Ejecución Penal, Derechos Fundamentales y Control Jurisdiccional". Editorial Jurídica Continental.....	123
	Antillón-Montealegre, W. (2012). "El Discurso de la Seguridad Ciudadana en las recientes reformas procesales". En: <i>Reflexiones Jurídicas frente al Populismo Penal en Costa Rica</i> . 123	
	Arroyo-Gutiérrez, J. M. "La ejecución penal". (2007). En: <i>Derecho Procesal Penal Costarricense</i> . Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.....	123
	Córdoba-Ortega J.; González-Porras, A. (2011). <i>Constitución Política de la República de Costa Rica</i> . IJSA.....	123
	Llobeth-Rodríguez, J. (2009). <i>Proceso Penal Comentado</i> . (4ª. ed.). Editora Dominza.....	123
	Llobeth-Rodríguez, J. (2010). <i>La Prisión Preventiva (límites constitucionales)</i> . Editorial Jurídica Continental.....	123
	Manzanos-Bilbao, C. (1994). Reproducción de lo carcelario: "El Caso de las Ideologías resocializadoras". En: <i>Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales</i> . J.M. Bosch Editor, S.A.....	123
	Mapelli-Caffarena, B. (1994). "El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional". En: <i>Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales</i> . J.M. Bosch Editor, S.A.....	123
	Mapelli-Caffarena, B. "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario" En: <i>Estudios Penales y criminológicos</i> . Universidad de Santiago de Compostela. N° 16, 1992-1993.....	124
	Mosconi, G. (1994). "Paradojas y antinomias en el concepto de Tratamiento". En: <i>Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales</i> . J.M. Bosch Editor, S.A.....	124
	Murillo-Rodríguez, R. (2012). "Populismo Punitivo, cárcel perpetua y hacinamiento crítico	124

en Costa Rica: más inseguridad por menos libertad". En: <i>Reflexiones Jurídicas frente al Populismo Penal en Costa Rica</i> . Editorial Juricentro.....	124
Prittwitz, C. (2007). "¿Los enemigos nos rodean? Acerca de la limitada compatibilidad entre seguridad y libertad". En: <i>Justicia Penal y Estado de Derecho</i> . Editorial Ediar.....	124
Schünemann, B. (2007). "Existen en un estado de derecho restricciones constitucionales para el derecho penal". En: <i>Justicia Penal y Estado de Derecho</i> . Editorial Ediar.....	124
Constitución Política.....	124
Convención Americana sobre los Derechos Humanos.....	124
Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y Abuso de Poder.....	124
Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	124
Ley de Migración y Extranjería (Ley N° 8764).....	124
Pacto Internacional de los Derechos Cívicos y Políticos.....	124
Políticas Institucionales para el Acceso a la Justicia por parte de la Población Migrante y Refugiada. (PIMR).....	124
Protocolo Sobre El Estatuto de los Refugiados.....	124
Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los Reclusos.....	124
Jurisprudencia consultada página oficial de SINALEVI Poder Judicial los días 05,07,14,16 setiembre 2013 votos 00948-2010 Tribunal Contencioso Administrativo. 06911-2003, 09120-2001, 09145-2001, 11576-2008 todos de la Sala Constitucional.....	125
15 ANEXOS.....	125
1) Carta del Tutor.....	125
2) Carta del Filólogo.....	125
3) PROCEDIMIENTO EXPEDITO PARA LOS DELITOS EN FLAGRANCIA.....	126
M.Sc. Daniel Sánchez Delgado	126
Dr. Carlos Chinchilla Sandí	126
2) PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA	142
M. Sc. Daniel Sánchez Delgado	142

4) CÁRCEL INMIGRACIÓN Y SISTEMA PENAL (ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLOGÍA Y DE POLITICA CRIMINAL)	170
José Daniel Cesano, Borja Mapelli Caffarena y Emiliano Santoro	170

1. INTRODUCCIÓN

La persona extranjera que transita con mercadería ilícita y que ingresa en grandes camiones por nuestras fronteras, el que lo hace vía marítima y es aprehendido a lo largo de nuestras costas, el que utilizando nuestros aeropuertos intenta llevar estupefacientes hacia otro país, el que forma parte de una red criminal de trata, de órganos o delitos tributarios, el que facilita el transporte de dinero en grandes cantidades con la finalidad de legitimarlo, en fin, distintas y variadas formas de comisión de distintos delitos, como diferentes son las nacionalidades de los que delinquen y son juzgados en nuestros tribunales.

En consecuencia de lo anterior, cabe el cuestionamiento en cuanto a si nuestro país valida, en la práctica, los diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, llámese Convenios o Tratados a la hora de judicializar aquellas conductas que tipificamos como delitos, y si existe o no diferenciación en la práctica por el hecho de ser extranjero.

Desde mi perspectiva como defensor, he tenido la oportunidad de poder estar en contacto personal con innumerable cantidad de personas acusadas por distintos delitos, y pudiendo conversar con ellos, uno encuentra ciertas situaciones que, desde la perspectiva personal, se observan como patrones conductuales desde la toma de decisiones (erróneas o no), que influyen directamente en actos que, a la postre, los tiene frente a un conflicto de naturaleza penal.

Soy del criterio que debemos generar opinión en aspectos importantes de ser debatidos, ya es hora de ir ampliando la mente del colectivo, debemos ir más allá de la respuesta carcelaria, empezar a generar luz en aquellos extranjeros que son obligados a pilotar aeronaves o navíos sumergibles, o bien, los choferes de

rutas internacionales que, si bien en no pocos casos, son obligados a realizar labores de transporte de drogas o dineros de lavado, o que del todo ignoran que son utilizados para traficar; o jóvenes utilizados como burros, en fin, la gama y variedad de formas es bastante, y no pocos han reparado en tratar de estudiar a fondo quiénes son utilizados por otros, y terminan con sus cuerpos en un centro penal, o en un hospital, o tirados inertes en un paraje remoto.

Insisto en este aspecto: no trata el presente estudio de justificar o condenar el que hayan sido criminalizados, se trata de darle cara a un grupo significativo de individuos que se encuentran olvidados, y que es menester conocerlos mejor, para poder abordarlos adecuadamente dentro de un marco de respeto a los derechos humanos.

Poco se ha dicho o escrito a nivel nacional de lo que vive un extranjero cuando entra en la órbita de la ratio penal, su confrontación con un sistema penal que los priva del más elemental derecho que es la libertad ambulatoria, ese derecho tan importante, como la vida, para poder existir en sociedad. Resulta necesario investigar y abocarse a analizar el fenómeno descrito, no solo porque exista un interés académico. Es importante verificar cuál es el papel que el Estado ha asumido respecto a los migrantes o extranjeros, legales o ilegales, en nuestro país.

Los tiempos han cambiado, podemos regresar cincuenta años y el mundo hoy ya no es aquel donde nos sentíamos lejanos y distantes unos de otros. El hoy y el futuro se tornan cada vez más inmediatos e inciertos. Donde las decisiones de cualquier orden afectan a un sinnúmero de individuos, sean o no de una misma patria.

La criminalidad muta y adopta formas, tal y como avanza la sociedad, siendo un fenómeno tan malinterpretado, estereotipado, y peormente tratado por los Estados, o bien, como dicen algunos- utilizado como un medio de control social por los grupos de poder-. Bien decía Ferrajoli (1995), al respecto, que con la globalización las fronteras dejaron de existir, para beneficio de la criminalidad organizada.

Para ir delineando lo que será este trabajo de investigación, se tratará de lograr un abordaje integral y equilibrado de los Convenios y Tratados Internacionales referentes a personas migrantes, sin dejar por fuera la propia normativa patria.

Este abordaje exploratorio, pero no superficial del tratamiento jurisdiccional, y propiamente dentro del proceso especial de flagrancia, permitirá visualizar si existen diferencias o no en el juzgamiento de nacionales frente a extranjeros y en cuáles delitos existen mayor incidencia, y qué tipo o características personales tienen dichos individuos.

Los cambios, o mejor dicho, la evolución propia del Derecho, y en lo que atañe acá, la materia penal en nuestro país, ha sufrido notables cambios, a veces incompletos, o insuficientes, pero claramente perfectibles, quiero pensar.

EL TEMA

MIGRANTES Y FLAGRANCIA DESDE UNA PERSPECTIVA PENITENCIARIA: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS EXTRANJEROS PROCESADOS EN EL II CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE EN LOS AÑOS 2016 Y 2019

Producto del aprendizaje obtenido en la maestría, así como de las interacciones realizadas, en conjunto con el profesorado en materia penal, nos percatamos del vacío existente en la temática de inmigración y su repercusión en la esfera jurisdiccional y social. Hemos observado vacíos, no solo en cuanto a leyes, sino a reglamentos, decretos, directrices –o en la omisión en la práctica– que vengán a salvaguardar los derechos y garantías, no solo de los nacionales, sino de los extranjeros en conflictos con la ley y su repercusión en nuestra vida diaria.

No es un dato menor¹ la gran cantidad de cubanos, mexicanos, venezolanos, colombianos que se les vienen a unir a los desde hace mucho nicaragüenses y otros ciudadanos de América Central y las Antillas.

A razón de lo que antecede, y tomando en consideración el conversatorio

¹ Para ampliar sobre este tema, consultar la REVISTA FIO (Federación Iberoamericana de Ombudsman). “Sistema Penitenciario en Iberoamérica”. Febrero, 2014.

realizado por el cuerpo de profesores, se nos presentó la oportunidad de hacer ejercicios de sondeos sobre este tema, y preguntarles aleatoriamente a fiscales, defensores y algunos jueces de flagrancia lo siguiente: ¿Sabén quiénes son los extranjeros juzgados a través de flagrancia?

Muchos compañeros judiciales tuvieron como primer gesto la sorpresa y un dejo de incredulidad, no entendían el sentido de lo que se les preguntaba, al pedirles nuevamente que hicieran el ejercicio mental de recordar si podían ubicar o individualizarlos, la respuesta era su nacionalidad, que colombianos, que mexicanos, por mencionar los más comunes, sin olvidar a los nicaragüenses.

Nuevamente, al profundizar en la pregunta, pero quiénes son, resulta que se infiere lo siguiente: nunca fue importante determinar su situación personal, de género, edad, ingreso económico, o bien, de escolaridad, por citar algunos aspectos.

Es allí donde el enfoque empírico y multidisciplinario que comparten, tanto los sociólogos como los criminólogos científicos, tiene su gran valor, el entendimiento del entorno adyacente al individuo puede dar respuestas más amplias y profundas que permitan un mejor abordaje.

Mi pregunta, entonces, se amplía sobre el aspecto criminógeno. Al tener plena conciencia científica y se conozca mejor a quienes están siendo juzgados, podremos, además de la respuesta jurídica, descubrir nuevos procedimientos y/o destrezas que permitan, no solo tener un mejor parado o enfoque, frente a la intención de todo Estado en materia de seguridad, de disminuir el incremento de actuaciones delictivas.

Lo anterior, aunque parezca ilusorio, funciona y, a manera de un breve ejemplo, cito: en las zonas bananeras y cañeras y, últimamente, piñeras, se ha observado una disminución en la incidencia delictual en la época de mayor incremento de mano de obra laboral, -ergo-, en el tanto la población tenga mayores y mejores fuentes de ingreso, la incidencia de ciertos delitos (patrimoniales) y de otras índoles tienen a disminuir.

Reitero para finalizar la idea, en el tanto y el cuanto sepamos a quién estamos procesando, al notar patrones similares en atención a determinadas variables, podemos enfocar más y mejores herramientas para enfrentar el fenómeno criminal que, en última instancia, es al que debemos intentar comprender mejor para, en última instancia, poder encerrar menos y discriminar mejor.

2. JUSTIFICACIÓN

En la cotidianeidad de un proceso penal, es normal que el trámite ordinario transcurra con una *notitia criminis* o denuncia, y a la persona acusada se le intime y se le invite a ejercer su defensa penal con patrocinio privado o público, siendo la gran mayoría de procesos con persona en libertad ambulatoria.

Ahora bien, los procesos penales donde se ordenen medidas cautelares y, dentro de estos, la más gravosa es la prisión preventiva, la cual restringe el segundo derecho fundamental en importancia para el ser humano, después de la vida: la libertad de tránsito, resultan ser un mecanismo o instituto que permiten la realización adecuada de diversos actos procesales que conforman el derecho penal.

Acerca del proceso de flagrancia, obedece a una forma expedita, célere o rápida de procesar, de principio a fin, una causa y lograr un fallo en un plazo relativamente corto.

Ese acortamiento procesal viene aparejado de una flexibilidad en normas, principios y procedimientos para lograr esa prontitud y celeridad. Sin entrar en la discusión doctrinaria respecto a dicho procedimiento, si hemos logrado observar el vacío existente en cuanto a él, cuando los sujetos procesales acusados son personas extranjeras.

No es propiamente la inexistencia normativa sustancial o procedimental, sino la invisibilidad que sufren las personas extranjeras procesadas, mediante este

instrumento penal y la afectación a la que se ven sometidos dentro de un proceso penal, tomando en consideración las consecuencias sobrevenidas a este.

El análisis criminógeno, desde la perspectiva de las personas extranjeras procesadas en nuestro país, es nulo. No existen investigaciones, trabajos, ensayos o panfletos que aborden el entorno de los migrantes procesados por medio de un procedimiento expedito de flagrancia, cuántos extranjeros han sido juzgados en un año calendario, su género u orientación sexual, cuántos adultos, cuántos menores de edad, qué tipos de delincuencia se acusan, grado académico, capacidad económica, tipo de ocupación o labor, si cuentan con ayuda consular de su país de origen, si tienen o reciben algún tipo de asistencia médica o social, lo cierto y lo único tangible, es que no contamos con un dato aparte de que haya sido condenado o procesado, lo cual evidencia que no estamos enfrentando la problemática de la criminalidad foránea de forma adecuada.

3. CONTEXTUALIZACIÓN Y ANTECEDENTES

Dentro de un esquema básico, de entendimiento entre las personas, claramente visualizan ciertas conductas como delitos: el matar, el robar, el violar, son, por así decirlo, los delitos que, de manera más visible, tienen interiorizadas las personas. Claro está que no son las únicas y un crisol de conductas punibles que cada vez se engrosa más. Dicho esto, el método que la sociedad ha ideado y evidentemente ha ido perfeccionando durante los siglos ha sido *el proceso*, que contemporáneamente ha llegado hasta lo que tenemos hoy en la sociedad occidental, en particular.

Lo usual, la gran mayoría de veces, es que cuando se genera una denuncia o investigación, el Estado, ejerce su poder –valga la redundancia- y actúa por medio de distintas instituciones (policía, Ministerio Público, etc.) pasada esta etapa o

filtro, el proceso pasa a judicialización y conocimiento de los distintos jueces que intervienen, siendo el juicio el punto final que determinará o no la culpabilidad del procesado.

Hay una clara atrofia institucional, cuando los plazos para ello, no son cumplidos, donde los procedimientos no se están juzgando en los plazos correspondientes y se han implementado distintos cambios en los procesos, a efectos de combatir esa mora judicial.

Dentro de ese contexto o realidad judicial y social, surge la idea de hacer más corto el proceso ordinario, para lograr, con ello, que los principios procesales tengan una nueva conceptualización, donde la rigidez y rigurosidad de ellos se atenúan, a favor del Estado, en detrimento del Individuo.²

Una persona extranjera condenada y sin derecho al cumplimiento de la pena en libertad, deberá ir a encierro y, a partir de allí, el poder judicial se desentiende prácticamente del sujeto y queda en manos del Ministerio de Justicia, ente estatal y de otro poder (ejecutivo), el cual se encarga de que la pena sea cumplida, y el Estado puede evitar el gasto social y económico que implica cada persona procesada y condenada.

Sería más factible de lograrlo, si se supiera a quiénes se condenan, qué circunstancias influyeron para que el delito se diera, qué se ha hecho para poder minimizar el problema y llevarlo a derroteros de mayor control y eliminación. Lo cierto es que no existe ese trabajo, como sí existen leyes que atienden o procuran disminuir la permanencia carcelaria de las mujeres en grado de vulnerabilidad³, en donde los plazos se acortan, se sustituye el encierro por educación, o el aprendizaje de un trabajo o la escolarización. Eso, la población también vulnerable, que son los inmigrantes, no lo tienen.

² El derecho a impugnar una resolución judicial donde se ordena la prisión preventiva no existe, carece de apelación con tal de que el proceso discurra más prontamente conculcando odiosamente el derecho de defensa y a la doble instancia, restringiendo el derecho fundamental a la libertad ambulatoria.

³ Reforma al artículo 71 del Código Penal Costarricense.

4. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Desde la entrada en vigencia en nuestro país de un nuevo Código Procesal en el año 1971, se han incrementado paulatinamente distintos cambios, entre los que podemos mencionar, el abandono del enfoque escrito hacia una corriente oralista y la implementación de procedimientos especiales, tales como -Flagrancia -, que tornen más céleres la tramitación de los casos penales, y me detengo en ellos, para poder delimitar y perfilar el interés del presente estudio.

Si bien, existen investigaciones que tratan propiamente el instituto jurídico llamado Flagrancia⁴

El tema de la investigación no es propiamente la sanción penal o las medidas cautelares, sino visualizar el tratamiento procesal a los extranjeros dentro del proceso especial de flagrancia. Desde una perspectiva penitenciaria, no debemos dejar de lado que dicho proceso viene a dar un tratamiento más expedito a ciertos delitos que cumplen determinadas circunstancias, y que el periodo de vida procesal –si se me permite la expresión, es sumamente corto frente al proceso ordinario, que tiene plazos de cumplimiento muchísimo mayores, no menos cierto es que resulta importante resaltar cómo ciertos derechos fundamentales adquieren características más “elásticas”, por no decir “menos rigurosas”, como, lo es el que ante el dictado de una prisión preventiva, que no existe recurso alguno, como se indicara.

Como en tantas construcciones sociales, en la llamada ciencia del Derecho, existen numerosas corrientes de pensamiento, en el ámbito procesal, no es la excepción. Se tiene la llamada “corriente garantista”, que sostienen que existe un ataque solapado y sistemático a nuestro sistema penal, mientras que otros de “corriente populista”, sostienen que lo que hay es un reacomodo en la visión-misión de lo que es la función judicial nacional.

⁴ Monge Herrera, Vivian. (2012). *La Constitucionalidad del Procedimiento Especial de Flagrancia*. Tesis para licenciatura. Universidad de Costa Rica.

Montero Arguedas, Miguel y Segnini Zumbado Luis Antonio. (1993). *La Flagrancia en el delito, base para un nuevo procedimiento penal*. Trabajo Final de Graduación, Universidad de Costa Rica, 1993.

Lo anterior, sumado a temas de ineficiencia, lentitud y corrupción, ha permitido “un giro de tuerca”, desde lo más alto del entarimado institucional costarricense, obsérvese que ya vemos como normal la intromisión de un poder sobre otro, a la hora de hilvanar leyes alejadas del asistencialismo social, para afianzarse en mecanismos de control -utilizando el lenguaje de Michel Foucault-, en donde la separación de poderes se difumina y se empieza a legislar desde las altas magistraturas, implementando cambios en cuanto a la forma, como lo es el pasar de un método escrito a uno que privilegie lo oral, corriente que enfocada en dar respuesta a problemas de mora judicial, ha acrecentado ese nuevo rol de co-creación de leyes especiales, sin presupuesto para su ejecución y otras problemáticas afines, ha permitido variar el posicionamiento respecto a ciertos derechos individuales, donde ahora los relativizamos o suavizamos un poco, en detrimento del ser humano.

Políticas administrativas del poder ejecutivo (en el caso estadounidense actual de la administración Trump)⁵ donde separan niños de sus padres, los tienen en centro de detención de inmigrantes, y donde enferman y mueren, donde obligan a países a recibir migrantes bajo tratados o convenios que, de no cumplirse, traerán pérdida de acuerdos comerciales o limitación o terminación de ayudas de toda índole (la actual administración Trump, con diversos países del continente americano y euroasiático).

México, Guatemala, Turquía, España, Italia, Francia y diversos países africanos, sin ir muy lejos de estas políticas de Estados-Policías, la reciente constatación de políticas de vulneración de datos sensibles de la población, por parte del gobierno costarricense, presidido por Carlos Alvarado (Decreto UPAD). Es

⁵ Véase al efecto la notifica: “La oficina de Derechos Humanos de la ONU condena la Política de inmigración de cero tolerancia de Estados Unidos”. HANSLER, J. (05 de JUNIO de 2018). *CNN EN ESPAÑOL*. Obtenido de <https://cnnespanol.cnn.com/2018/06/05/onu-donald-trump-cero-tolerancia-inmigracion/>

Para mayor abundancia acerca de la temática puede consultarse la noticia “Niños en riesgo por los nuevos acuerdos migratorios entre EE.UU, México y el norte de Centroamérica”. ONU. (26 de Noviembre de 2019). *Noticias ONU*. Obtenido de <https://news.un.org/es/story/2019/11/1465921>

una clara e inequívoca prueba del retroceso de los derechos y garantías individuales, frente al poder cada vez mayor del Estado.

No dejemos de lado u olvidado el ámbito carcelario. Años tenemos ya de escuchar de la problemática de hacinamiento y eventuales condenas internacionales, debido a ello, para nadie es un secreto el crecimiento mayúsculo de personas privadas de libertad con condena y sin ella, los grandes cambios en materia de prisión preventiva y el surgimiento de nuevas herramientas de sujeción penal no física, como los brazaletes electrónicos –la cárcel sin paredes o la cárcel electrónica- dirían algunos autores, es cuando resulta menesteroso realizar el presente estudio, teniendo en cuenta la parte penitenciaria.

En síntesis, de un tiempo para acá, la gestión estatal, y propiamente de cada uno de los Poderes de la República, ha incursionado en ámbitos que, por su naturaleza no deberían competelerle y, más puntualmente, se refiere al diseño de procedimientos especiales y al apadrinamiento de leyes especiales, como lo es la actualmente discutida extinción de dominio⁶.

Resulta preocupante dicha tendencia, donde claramente los tres poderes actúan en bloque para crear leyes que regulan, restringen, sancionan y expropián a los ciudadanos, –características que hemos visto en otro de otro tipo de Estados no democráticos- en vez de tener una hoja de ruta que aliente el nacimiento, crecimiento, protección de oportunidades de emprendimientos económicos a nivel micro y macro-equitativo para todos los costarricenses. Dónde y por qué existen intereses en ciertas leyes y, si todo ello obedece a un nuevo

⁶ <https://semanariouniversidad.com>> “— De ley para desarticular el crimen organizado a partir de la supresión de sus ganancias, pasa... a incautar todo capital cuyo origen no puede ser explicado por parte de su titular, siendo intrascendente cual sea su origen...” “...A nuestro juicio... tiene vicios que atañen a choques contra nuestra constitución política en el principio de inocencia y en el derecho de respeto a la propiedad privada, y que chocan también con la convención americana y con lo que la corte IDH al respecto aduce sobre el debido proceso, la carga de la prueba y demás...” Criterios esbozados por los catedráticos de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, y dentro de los cuales está mi profesora de MADJ, M.Sc. Patricia Vargas. También puede consultarse: <https://www.elfinanciero.com/economía-y-política/ef-explica-que-es-la-extincion-de-dominio/-story>

reconfiguramiento del Estado costarricense, del cual no se habla, pero sí se construye.

No corresponde a este trabajo analizar la pena o la prisión, resulta necesario referirse a temas de ejecución de la pena y naturaleza carcelaria, por cuanto los migrantes, como cualquier otro segmento poblacional vulnerable, tienen mayores posibilidades de ingresar en los derroteros judiciales y la prisión. Situación que ya no se visualiza como lejano y excluyente, sino todo lo contrario.

Dicho lo anterior, la doctrina ha sido reiterativa en indicar que los gobiernos son proclives a la implementación de leyes simbólicas atinentes a calmar el sentimiento de inseguridad de los pueblos, placebo diría yo, que en nada contribuye a atacar la delincuencia.

Al día de hoy son cada vez más los presos sin condena y temas de hacinamiento carcelario, que se vuelcan más dentro de la agenda nacional.

No pocos autores⁷ alertan del simbolismo que muchas leyes poseen, y propiamente instan a tener una mente despierta, para entender y diferenciar entre la realidad diaria y lo prescrito en las leyes.

Se plantea que hay que saber diferenciar el Derecho Penal de los Códigos y los Convenios o Tratados Internacionales, ese en donde se habla y se dice que la pena o la sanción privativa de libertad es la de mayor rigurosidad, y la que debe ser implementada cuidadosamente, sin afectar los derechos fundamentales de las personas, salvo en lo estrictamente necesario, del otro al cual llaman el Derecho Penal Real, el de los tribunales de cada provincia de este país, –siguiendo el ejemplo de muchos otros países-, tristemente se encierra cada vez más y con menos congruencia.

⁷ Antillón Montealegre, Walter; Chinchilla Calderón, Rosaura y otros: Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: análisis de los recientes cambios normativos/Walter Antillón Montealegre .../etal./Rosaura Chinchilla Calderón, coord. -San José, C.R.: IJSA, marzo de 2012.

Monclus Masó, Marta. (2008). La gestión Penal de la inmigración: el recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios. Del Puerto.

Llobet Rodríguez, Javier. Nacionalsocialismo y antigarantismo (1933-1945)/ Javier Llobet Rodríguez. Editorial Jurídica Continental, 2015.

5. PROBLEMATIZACIÓN

Resulta importante abordar desafíos no explorados, y la temática de migrantes en nuestro país y en el resto del continente ha cobrado cada vez mayor relevancia, y no hay día en el que en algún medio de comunicación no se esté informando al respecto.

Se conoce sobre flujos migratorios en Europa procedentes de África, o de la zona de los Balcanes, producto de invasiones o de Muros limítrofes en el Norte de América, sin dejar de lado las migraciones de nuestros paisanos centroamericanos, en busca de un mejor futuro.⁸

La intención del presente trabajo respecto a los sujetos extranjeros, sea en condición irregular o no, que bajo el procedimiento de flagrancia han entrado en la órbita penal es visibilizarlos, identificarlos, darles rostro y determinar si existe o no diferencia en el “tratamiento institucional”, con base en su calidad de extranjero en nuestro país.

El tema, además de novedoso, es pertinente e importante, por cuanto permitiría “tener una foto” de un sector de la sociedad que, generalmente, pasa inadvertido, los extranjeros. Si los imputados son, por mucho, individuos vulnerables desde el propio inicio del proceso penal, en su gran mayoría, pertenecen a los estratos de menor capacidad económica; resulta importante que sepamos quiénes son los extranjeros que “habitan” nuestros centros penales⁹, o

⁸ Al efecto, puede consultarse, “Los Conflictos de los Balcanes”. OTIÑANO VIÑES, J. J., & BERMEJO GARCÍA, R. (s.f.).

O bien, el documento: “Migración Irregular en los Balcanes: Identificación y Panorama de los países de tránsito durante el 2015 y 2016”. UNIVERSIDAD MILITAR GRANADA, BOGOTÁ, 2017.

⁹ Según estimaciones realizadas por (FIO) Federación Iberoamericana del ombudsman existe un persistente incremento sobre la capacidad máxima de encierro que oscila entre el 39 % al 300 % de la capacidad instalada de los distintos países de nuestro continente, lo cual redundaría en ineficacia práctica del encierro humano y que, al contrario, pone en riesgo la vida y la integridad de los reclusos. *Revista FIO*, ed. 02-2014, www.portalfio.org también consultar <https://www.elmundo.cr/mundo/la-fio-preocupada-por-el-aumento-de-la-poblacion-carcelaria-en-iberoamerica>

También, se puede consultar el informe World Prison Brief, elaborado por el Instituto de

cuando menos, han pasado por la institucionalización jurisdiccional, con una medida alterna bajo el brazo y una anotación en su antecedente judicial.

Si bien el tema podría verse como de mucha envergadura, se pensó reducirlo a solo el proceso especial de flagrancia, no de todo el proceso ordinario penal, y se valoró tomar una muestra significativa durante un año. Esto para abarcar no solo periodos estacionales climáticos, sino momentos de mayor y menor flujo de personas en un periodo determinado y significativo.

La trascendencia de establecer un análisis de las personas extranjeras procesadas por medio del mecanismo de la flagrancia, permitiría mejorar las políticas y las herramientas, tanto punitivas como de asistencia social, procurando atacar aquellos aspectos que facilitan o favorecen el aumento de la criminalidad y poder tener mínimos manejables de criminalización por parte de la población extranjera.

Se presume que conociendo mejor con quiénes trabajamos, podemos elaborar mejores leyes y procesos y, por qué no, crear alianzas interinstitucionales, que permitan un mejor tratamiento y no simplemente tener como recurso el encierro del individuo.

PREGUNTAS

Ante lo supra aportado, surgen diversas interrogantes iniciales, tales como:

¿Cómo se compone y a cuántos ascienden el número de migrantes o extranjeros juzgados en nuestros Tribunales de Justicia?

¿Quiénes son los extranjeros que se juzga dentro del Proceso Especial de Flagrancia?

¿Cuál es su nivel de escolaridad, su arraigo familiar, su grado académico, su ocupación actual?

investigación de Política Criminal (ICPR), que cada año realiza un listado la tasa de mayor a menor prisionalización de personas en el mundo (personas presas), www.bbc.com

¿Cuál es el tiempo de permanencia previa en nuestro país?

6. OBJETIVOS

6.1 Objetivo General

Analizar comparativamente la aplicación del procedimiento Especial de Flagrancia y sus implicaciones socio-jurídico, en una muestra de personas extranjeras juzgadas en los años 2016 y 2019 en el Segundo Circuito Judicial de Guanacaste.

6.2 Objetivos específicos

6.2.1 Describir el Procedimiento Especial de Flagrancia en Costa Rica y su armonía o no con diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

6.2.2 Describir las características socioeconómicas y jurídicas presentadas por los imputados extranjeros, juzgados a través del Proceso Especial de Flagrancia en el Segundo Circuito Judicial de Guanacaste.

6.2.3 Describir si el proceso, tal como se aplica a esta población, necesita ser revisado, a fin de no vulnerar los derechos humanos de las personas migrantes imputadas.

7 MARCO TEÓRICO

LA CÁRCEL, LA MIGRACIÓN Y EL PROCESO DE FLAGRANCIA, UNA APROXIMACIÓN EVOLUTIVA DENTRO DEL CONTEXTO DEL MUNDO GLOBALIZADO

La historia de la cárcel o, mejor dicho, la historia de los seres humanos que han sufrido lo que es, ha demostrado ser un invento social de lo más dúctil, pero no por ello benéfico. Se ha ido reinventando durante el tiempo de una manera casi perfecta, debemos aceptarla como tal y sufrirla.

Será ilusorio suponer una existencia social sin ella, será más pragmático poder siquiera intentar sobrevivirla a pesar de ella. Creo que no debemos y no tenemos por qué pensar que no pueda ser modificada. Si ha podido hasta el presente ser visualizada desde una particular óptica de los detentadores del poder, es factible y es posible reinventarla nuevamente.

Como se ha indicado, la temática penitenciaria es un asunto poco estudiado, y que merece ser traído a un primer plano del interés académico, -tanto o igual a como se ha venido realizando con las distintas poblaciones vulnerables- utópico es pensar lograr a mediano o largo plazos una *normativización social referente a las personas privadas de libertad*, pero en algún punto debe iniciarse y existen grandes aportes desde la academia, si a ello –el interés por visibilizar la situación penitenciaria- se inicia por tener como tema por discutir el tema migratorio, los resultados, desde todo punto de vista, van a ser enriquecedores para tener una mejor calidad de política criminal en nuestro país.

Se procurará centrar una línea discursiva crítica, intercalando aportaciones de otros autores, tratando de mantener, en lo posible, una idea general y lineal. Intentando aportar lo que en nuestro país ha sucedido con la temática de las personas migrantes imputadas y procesadas mediante el Procedimiento Especial de Flagrancia.

7.1 ESPAÑA

En la España del siglo pasado operó un cambio en su forma de Gobierno y en otras áreas de su organización como Nación. De pronto, en 1975, los españoles vieron cómo pasaron de una fenecida dictadura -que se resistía a morir- a una incipiente democracia que, a brincos y sobresaltos, enfrentaba diversas realidades, entre las que se puede puntualizar: se encontraban, los problemas propios que surgieron de las variopintas nacionalidades históricas del Estado, el nacimiento de Partidos Políticos y Sindicatos a la vida pública, la apertura del país hacia el exterior, reformas a nivel policial, de magistraturas y del aparato penitenciario, como se puede observar, el advenimiento de un estado social y democrático

constitucional no fue una labor de parto ligera ni sencilla.

La llegada del constitucionalismo supuso el nacimiento de una forma: Estado social y democrática de derecho y, por ende, el establecimiento de principios que regirían, conformarían y darían funcionamiento del sistema de la incipiente Democracia. Derechos fundamentales como lo son el Principio de Legalidad, Garantías Procesales, Proporcionalidad de las Penas, la Abolición de la Muerte y la Tortura, el fin resocializador otorgado a las penas privativas de libertad son algunos claros ejemplos de la herencia jusnaturalista racionalista.

Toda esa nueva implementación aparenta ser perfecto a la vista de quienes así lo señalan, no obstante, en lo que nos interesa, el régimen penitenciario, siguió aplicando el sistema del régimen anterior. Si el mantenimiento del llamado Código Penal de la Dictadura, en conjunto con la jurisdicción - Audiencia Nacional- torna ineficaces los fines revolucionarios que se pretendían, las razones jurídicas y las convicciones democráticas que propugnaban fueron distorsionadas y trastocadas, poco a poco. Los españoles llamaron a ese fenómeno social, el movimiento de contrarreforma.

La reforma constitucional sufrió otro embate con la llegada de la llamada "Cultura de la Emergencia" –lo que en Costa Rica apareció para la década de los noventa, pero tiene su gestación en los incipientes años ochenta- señala Bergalli, citado por Rivera Beiras y Aranda Ocaña¹⁰ que al inicio del transitar democrático se instauró la llamada "razón de estado", en sustitución de las razones jurídicas, socavando desde la base un modelo de estado democrático, ello por cuanto se creaban leyes de excepción a interés y necesidad de los detentadores del poder estatal y en detrimento de la colectividad.

Mapelli Caffanera¹¹ sobre el sistema penitenciario español, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional realizó un análisis de sentencias del

¹⁰ Aranda Ocaña, Mónica; Rivera Beiras, Iñaki. (2007). *Cárcel y criterios de diferenciación selectiva en España. De la aspiración resocializadora al gobierno interno de la institución*, p. 3.

¹¹ Mapelli Caffanera, Borja. (1994). "El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional" En: *Tratamiento Penitenciario y Derechos fundamentales*. J.M. Bosch Editor, S.A., pp. 17-35.

Tribunal Constitucional Español, partiendo de las teorías de las relaciones especiales de sujeción. El Profesor de la Universidad de Sevilla analiza dos sentencias del Tribunal Constitucional español, referentes a la relación existente entre el sistema penitenciario y los derechos humanos, partiendo de la teoría de las relaciones especiales de sujeción.

La discusión nació en Alemania, a partir de que su tribunal constitucional negó su aplicación al régimen penitenciario. Antes de ello, existían en Alemania teorías y sentencias que explicaban la desprotección jurídica de los internos, por encontrarse sometidos a relación especial de sujeción, lo que provocó un modelo de ejecución sin regulación jurídica, y sin que aquellos pudieran reclamar ningún tipo de derechos.

Es decir, a los reclusos se les privaba de sus derechos fundamentales, en función de un servicio público: la ejecución de la pena. Era un Derecho Penal liberal desinteresado en las cuestiones penitenciarias. La ejecución se regía únicamente por órdenes de servicio y ejecución.

Ello cambió por la resolución del TC alemán del 14-3-1972, la cual abandona y declara inconstitucional la teoría de las relaciones especiales de sujeción, ya que es contraria a la constitución, la reducción de Derechos Fundamentales, con base en normas de rango administrativo, orientada a lograr los fines de la pena y los del establecimiento penitenciario. Ello solo puede hacerse por vía de una ley.

Los principios del Estado de Derecho deben garantizar los fundamentos legales del Derecho Penitenciario y su vigencia para la administración y los internos. Así, deben respetarse los Derechos Fundamentales, teniendo vigencia el principio de legalidad, de igualdad y de proporcionalidad. Y en relación con los jueces de vigilancia se les dotó de independencia judicial y legalidad procesal.

Esa sentencia introdujo los derechos del penado y dio un viraje al significado de la pena de prisión. Se pasó de una visión retributiva de la pena, que corresponde a la teoría de las relaciones especiales de sujeción, a una visión plural y dinámica de ella.

El nuevo modelo jurídico de la pena permite que el privado de libertad mantenga todos sus derechos constitucionales, sumándosele los nuevos que adquiere por esa condición. Es decir, la visión resocializadora de la pena permite incorporar al derecho positivo todas las garantías constitucionales y desarrollar medidas para potenciar la apertura al exterior y democratizar las relaciones internas.

A pesar de ello, la vida intracarcelaria se ve caracterizada por un modelo de vida prisional de sometimiento. El preso se caracteriza por la pérdida de libertad y las limitaciones de sus condiciones de vida, Incluso, en la redacción de la ley, se sigue incluyendo referencias a la "peligrosidad" y la "inadaptación", como permisos para la reclusión en máxima seguridad.

Esa sentencia, si bien no hizo que desaparecieran las limitaciones a los Derechos Fundamentales, sí logró que se hiciera mediante una ley, aplicándose el principio de proporcionalidad, que se hiciera de manera individual y no grupal, y que se respetarán siempre la esencia de los derechos fundamentales.

En España se seguía aplicando la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Se pone como ejemplo dos sentencias del TCE: 21-1-87 y 27-VI-90, que resuelven recursos de amparo presentados por privados de libertad. El primero contra la administración penitenciaria por violación a derechos fundamentales, y el segundo contra la Audiencia Provincial de Madrid, que autoriza la intervención médica, aun contra la voluntad de los internos, para salvar la vida de cualesquiera de los miembros del colectivo de presos.

Se desestima ambos recursos aplicando la teoría de las relaciones especiales de sujeción, matizándola de tal manera, a fin de no negar a los privados de libertad el disfrute de los derechos constitucionales.

La primera de las sentencias tiene dos consecuencias: 1) indica que el artículo 25.2 de la Constitución (garantía al derecho a la integridad física y moral lesionada con un aislamiento en celdas de 26 días), no es un derecho amparable. Se desacredita la idea resocializadora al considerar la pena como un mero castigo.

2) amparada en la teoría de la relación especial de sujeción indica que el *status libertatis* del condenado ha cambiado, ya que la libertad de que es objeto de ese derecho fundamental cambió, en virtud de la sentencia condenatoria. Con ello, se olvida que solo se limita el derecho a la libertad ambulatoria.

Sin embargo, Jellinek, quien es precisamente el creador de la teoría de las relaciones especiales de sujeción, ha indicado que el *Status Libertatis* es el núcleo de los derechos fundamentales inherentes e inviolables de las personas, ya que permite el desarrollo integral de la personalidad, lo cual debe ser respetado, inclusive durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

Incluso durante la estadía en prisión, esa libertad ambulatoria puede respetarse, confiriéndole al privado de libertad espacios de movimiento. En todo caso, esa libertad solo puede ser reducida proporcionalmente, respetando la dignidad humana. Por ello, es que la sentencia del TC soslaya el hecho que la sanción de aislamiento en celda lesiona el principio de libertad, por lo que solo judicialmente puede ser dispuesta.

La administración penitenciaria no puede imponer sanciones de aislamiento. La ejecución de la pena no supone una pérdida total del derecho a la libertad ambulatoria.

También, en esa primera sentencia, se relativiza la importancia del principio de legalidad, pues a pesar de que se reconoce su existencia, se permite lesionarlo, al indicarse que basta con que el interno disponga de información suficiente sobre las normas jurídicas, y que estas se dispongan con suficiente precisión, para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta.

Ello es una errónea conclusión. No es suficiente una previsión razonable de que su conducta pueda ser sancionada. Los derechos fundamentales se amparan a la reserva absoluta en la ley. Por ello, es que si el sistema penitenciario sancionador descansa primordialmente en un reglamento, en donde se describe las conductas infractoras, se lesiona ese principio de reserva de ley.

La descripción de la conducta en un reglamento permitiría, incluso, sancionar conductas por contradecir reglas morales.

Esta sentencia del TC no exige el cumplimiento riguroso de principios y exigencias constitucionales en el sistema de sanciones penitenciarias. Este no debe surgir de las relaciones especiales de sujeción. Siempre debe obedecer a los principios de resocialización. Es decir, las sanciones a lo interno de la prisión deben imponerse buscando una convivencia social ordenada.

Así, la gravedad de las sanciones, las condiciones de indefensión del reo y los fines resocializadores son circunstancias que exigen el respeto al principio de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad, de *ne bis in ídem*, de tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías.

La segunda de las sentencias muestra una disparidad a lo interno del TC en el uso de la teoría de la relación especial de sujeción. Es un cambio jurisprudencia que tiene al uso más restringido de esa teoría: a) limitando el número de relaciones de supremacía administrativa y b) disminuyendo la incidencia que ella tiene como fuente de restricción de las garantías constitucionales. Indica que esa teoría es imprecisa, por lo que debe interpretarse de manera restrictiva frente a los derechos fundamentales.

Esta sentencia aborda el tema de la disponibilidad sobre la propia vida. Las posiciones más claras son:

- a. **Luzón Peña.** La distinción entre huelga de hambre y eutanasia. La diferencia radica en el desvalor de la causa que origina el peligro para la vida. En la eutanasia se dice que tiene derecho a soportar el riesgo de muerte debido a causas naturales sin someterse a remedios artificiales. Es decir es un mal natural. La huelga de hambre no se trata de un derecho a matarse por lo que se permite para evitarla cualquier intervención forzosa para evitarla. Lo anterior con base en un estado de necesidad.
- b. **Diez Ripollés.** No hay diferencia en los supuestos enunciados. Impedir un

suicidio por huelga de hambre constituye el delito de coacción. En cambio, si el huelguista ya perdió el conocimiento sí avala la intervención.

c. **Del Rosal Blasco.** Debe respetarse la decisión de la persona.

Continúa indicando Mapelli Caffarena (1993), que cuando el suicidio está motivado por cuestiones penitenciarias, la Administración está obligada a intervenir en el marco de las funciones resocializadoras. La huelga de hambre es una manifestación del derecho a la libre expresión y la interrupción de ella es una conducta delictiva. Intervenir cuando el huelguista está inconsciente es desacertado:

1) porque sería justificarla por razones aparentemente humanitarias. 2) aprovechar la huelga de hambre para eliminar la disidencia o los reclusos indeseables no puede determinar la solución del problema. 3) la acción no perdería eficacia, aunque se supiera con certeza que el Estado no está obligado a intervenir. 4) no hay consentimiento presunto si el huelguista ha permanecido informado en todo momento de las consecuencias de su actitud. 5) la responsabilidad penal de la administración no radica en la intervención o no, sino en las reivindicaciones del huelguista. Por ejemplo, poner de manifiesto situación penitenciarias ilegales.

Lo importante es el fundamento dado en la sentencia: la alimentación forzosa del condenado que se niega a recibir alimentos se justifica por una relación especial de sujeción que obliga al Estado a preservar y proteger la vida. Ello no puede hacerse si se trata de personas libres. Esa relación de supremacía estatal justifica anular el derecho del penado sobre su propia vida.

¿Qué límite encuentra esta intervención coactiva del Estado basándose en relaciones de sujeción? Se permite la intervención médica, tan solo en el momento en que según los médicos, la vida del recluso esté en serio riesgo y la forma en que el Juez de Vigilancia penitenciaria determine, prohibiendo que se administre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del paciente.

No hay un criterio objetivo que permita saber hasta dónde puede llegar la

administración penitenciaria en su limitación a los derechos fundamentales del interno, quien queda así en una situación de indefensión. Se hace vivir al interno bajo coacción.

En síntesis la teoría de las relaciones especiales de sujeción tiene como presupuesto una concepción absoluta de Estado y justifica una actividad penitenciaria ajena a los principios y exigencias constitucionales. Incluso, se le limitan o eliminan al interno sus derechos fundamentales, que son inalienables. La administración penitenciaria solo está legitimada a limitar los derechos fundamentales que no pueden ejercerse en un estado de privación de libertad.

Retomando el tema de la llegada de la Cultura de la emergencia, su devenir era propiciado por la crisis de los Estados del primer mundo en sus estructuras de welfare. Ello produjo también un desquebrajamiento de las libertades individuales, por un supuesto sentimiento de seguridad, que lapidó las políticas sociales asistenciales de bienestar colectivo.

En lo que a Régimen Penitenciario interesa, no solo fue que su densidad poblacional aumentó, sino que hubo un cambio en dos extremos. Creación de cárceles de máxima seguridad y las llamadas macro-cárceles. Más lo que marcó un cambio radical lo fue la implementación de los llamados ficheros especiales y las prácticas de traslados y dispersión geográfica, las cuales se hacían, no por mandato de ley, sino que a punta de disposiciones administrativas, ni siquiera reglamentarias, las llamadas “normas menores”.

Si bien las reformas del reglamento penitenciario fueron posteriores a la reforma del Código Penal en España, Código que llamaron de la Democracia. Rivera Beiras y Aranda Ocaña, si bien señalan –y a como entiendo- que a nivel micro implementaron un avance en lo atinente al derecho positivo, por cuanto elevaron la mayoría de edad, entre otras condiciones; a nivel macro, se cuestionan si el anterior código de la dictadura era menos draconiano o duro que el que se estaba implementando.

Como supra se indicó, que las autoridades penitenciarias operaban fuera de

la garantía ejecutiva derivada del Principio de Legalidad, todo lo que acontecía con el recluso o preso en cuanto a sus derechos fundamentales era regido por directrices o mandatos carentes de fuerza legal por no ser emanados por ley.

Para poder tener un mayor grado de visualización de la cosificación que sufre el ser humano y propiamente el individuo, que es detenido y encarcelado en España, tenemos las reformas implementadas por medio de la ley orgánica del 2003. Estas, vinieron a modificar el código penal la ley orgánica general penitenciaria y a la ley de enjuiciamiento criminal, que ponen en entredicho –para ser políticamente correctos- cuando lo cierto es que socaban los pilares propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, que es lo mismo que decir su ordenamiento penal, procesal judicial penitenciario y de legislación de extranjería.

- a) **Elevación de las penas privativas de libertad hasta los cuarenta años**, que fin resocializador se lograría tomando a un individuo se extirpase de la sociedad y se neutralizare e inoculizare de su entorno y familia, que “persona” saldrá, si es que sale posteriormente.
- b) **Recorte en la aplicación de beneficios penitenciarios para ciertas categorías de delito**. Esta selección categorización o tipologías es propio de un derecho penal del enemigo, nos interesa eliminar al sujeto: no el acto.
- c) **Creación de Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria en la sede de la audiencia Nacional que den seguimiento a las condenas dadas por los jueces de vigilancia penitenciaria**. ¿Vigilar al juzgador?
- d) **Endurecimiento en la previsión legal y en la aplicación de la prisión preventiva**. En vez de ser la excepción, se pasa a ser regla la detención preventiva.
- e) **Expulsión del territorio español al extranjero que cometa delitos**. Afectando directamente el principio de igualdad y de prohibición de discriminación.

Como bien lo indicara E.R. Zaffaroni (2005 p 303):

Si la historia del poder punitivo es la de los crímenes de este poder y si el aparato que lo ejerce, apenas se descuidan los controles, pasa a ser el peor de los criminales, si ese poder condenó a Galileo, quemó a Server, prohibió las autopsias y el estudio de cadáveres, apuntaló la esclavitud, sometió a las mujeres y los niños, postuló el racismo, el sexismo, la homofobia, la xenofobia, la persecución de todos quienes soñaron y pensaron en una sociedad mejor [...] reprimió la prensa, la difusión y discusión de las ideas, defendió todos los privilegios, castigó a todos los pobres del mundo[...] cabe preguntarse cómo es que alguien se dedique científicamente a cultivar una rama del Derecho cuyo objeto es mostrarlo como legítimo y racionalizarlo [...] sin embargo, no es así, por lo menos cuando el derecho penal asume su verdadera función [...] La función del Derecho Penal no es legitimar el poder punitivo, sino, contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario.¹²

Tal y como lo advierten Rivera Beiras y Aranda Ocaña, cuando ilustran que es preocupante que un Estado mediante sus agencias del sistema penal muestre un rostro autoritario en un entorno de serios problemas económicos, sociales y de pérdida de derechos civiles, y que respecto a sus ciudadanos presos deje caer todo el peso vindicativo posible, en donde el ideal resocializador no muestra la más mínima señal de vida, es pertinaz indicar que el adjetivo de demolición al que arguyeron referente al Estado español como Forma-Estado Social y democrático de derecho es totalmente válido.

7.2 COSTA RICA

Para la década de los noventa del siglo pasado y, propiamente a finales de dicha década, se implementó en nuestro país un Código Procesal Penal (1998), que venía a sustituir al anterior Código de Procedimientos Penales, el cual era parte de un proyecto marco para Iberoamérica, en donde se intentaba imponer un

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl; Slokar, Alejandro; Plagia, Alejandro. (2005). *Manual de derecho penal: Parte General*. Editorial Ediar, pp. 4-5.

Código Penal tipo para todos los países. Al final, en nuestro país adoptamos el muñeco, lo desmembramos a los pocos años y, en la actualidad, subsiste un código procesal efectivo para la utilización de leyes simbólicas propio de un Derecho Penal Máximo.

Voces autorizadas en nuestro país con un discurso que podríamos calificar de optimismo reservado, han indicado que, en materia de ejecución penal, se ha avanzado por cuanto se han ido concretando objetivos, como la incorporación de la etapa de ejecución penal como parte del proceso¹³.

Notorio y evidente ha sido el conflicto y choque que han tenido las relaciones entre la jurisdicción costarricense y la administración (ejecutivo-gobierno). José Manuel Arroyo Gutiérrez, exvicepresidente del Poder Judicial y expresidente de la Sala Tercera Penal, sostiene que se debe dejar atrás la concepción tradicional de concebir la fase de Ejecución de la Pena como un etapa desvinculada de las anteriores y, por ende, divorciada de la Sede Jurisdiccional y de resorte exclusivo de la Administración, y proceder a *judicializar* el proceso de ejecución, sostiene que ha sido con base en resoluciones de la Sala Constitucional, que se ha ido abriendo brecha, para ir sentando las bases y lineamientos, en búsqueda de reconocer los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Podríamos decir que esa versión oficial del sistema penitenciario costarricense ha sido puesto en tela de duda por otros autores, que “no comulgan”, necesariamente, con esas afirmaciones, por cuanto las condiciones actuales de los reclusos y reclusas en nuestro país son similares a sus pares del resto de Latinoamérica, en cuanto a la denegación de sus derechos fundamentales.

Dos autores costarricenses (Aguilar Herrera, Gabriela y Murillo Rodríguez, Roy), han realizado un estudio o investigación sobre la situación penitenciaria en Costa Rica y han llegado a una serie de conclusiones que a continuación apporto, para que se tenga una aproximación al fenómeno de las cárceles en Latinoamérica:

¹³ Arroyo Gutiérrez, José Manuel. (2007). “La ejecución penal”. En: *Derecho Procesal Penal Costarricense*. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p. 749.

en los albores de cumplir casi dos décadas de promulgado (quince años) el vigente Código Procesal Penal, no posee absoluta judicialización de la ejecución de la pena.

- Vacíos legales, fuentes normativas dispersas, inexistencia de una segunda instancia, prácticas judiciales y administrativas contrarias a la Constitución, son razones más que suficientes para la promulgación de una Ley de Ejecución Penal.
- Importación de una política de Cero Tolerancia y progresivo debilitamiento del Estado Social y el ascenso de un Estado Penal. Donde la inequidad en el reparto de la riqueza y el desmembramiento del Estado Social, da como resultado una creciente política represiva y consecuentemente un incremento a nivel de sanciones llevando a altas tasas de hacinamiento penitenciario (el 20 % sobre su capacidad estructural) Aguilar Herrera-Murillo Rodríguez (2014), p 410-411¹⁴ Otros hablan del 38 %¹⁵

Esta ligera aproximación en cuanto a lo que comúnmente llamamos *los fines de la pena y los intereses de los estados en la gobernanza prisional*, en la realidad actual del Proceso Penal, resulta necesario conocerla, no solo para revisar de dónde venimos, sino también para atisbar hacia dónde vamos, sea poder procurar cambiar de rumbo o enderezarlo y, para ello, debemos volver los ojos al pasado, para saber de dónde venimos con esto de la cárcel y qué mejor manera que analizando *los fundamentos del derecho a castigar*.

Tal como lo ilustra el maestro italiano Luigi Ferrajoli cuando nos indica que:

El respeto a la persona humana, los valores de la vida y de la libertad personal el nexo entre legalidad y libertad y la libertad de conciencia y de

¹⁴ Murillo Rodríguez, Roy; Aguilar Herrera, Gabriela. (2014). "Ejecución penal". En *Derechos Fundamentales y Control Jurisdiccional*. Editorial Jurídica Continental, pp. 410-411.

¹⁵ www.Nación.com/opinión/foros/sobrepoblación-penitenciaria-alcanzó-0-1357064289.html

expresión, son valores sociales nuevos que entran bajo el llamado Estado de Derecho el cual es el nuevo paradigma de la colectividad en clara confrontación con el antiguo régimen despótico, represivo e inquisitivo. Ribera Beiras (2002) p 03¹⁶

Con el advenimiento del siglo XIX, llegamos a una nueva racionalidad punitiva, el modelo correccionalista que, en síntesis, procuraba la corrección de las patologías individuales, mediante el sistema penal, así alcohólicos, la pornografía y la prostitución eran las nuevas causas del comportamiento desviado.

Producto de la II Guerra Mundial, el Holocausto judío y la subsiguiente reconstrucción europea, devastada por lo anterior, dio como resultado una nueva forma Estado, que privilegiaba el bienestar de la colectividad, todo ello dentro de un contexto llamado "Constitucionalismo Social"¹⁷.

El estado de bienestar podríamos conceptualizarlo, siguiendo a Gough¹⁸, como el conjunto de servicios sociales provistos por el Estado, en dinero o en especie, así como la regulación de actividades privadas de individuos o empresas.

Para poder materializar lo anterior, se requería una adecuada política fiscal y veremos cómo tanto en Norteamérica como en Europa, la Demanda Social por servicios era cada vez mayor y los ingresos fiscales para poderlo soportar y validar no aumentaban al mismo ritmo o del todo iban en franco descenso.

Dicha crisis impactó en el entarimado penal y toda la *plataforma asistencial* para lograr el fin resocializador no se contaba, entonces, con el soporte económico necesario por lo que se recortaron las Agencias y Operadores del Sistema Penal y propició la desaparición de la sentencia indeterminada y del mito de la rehabilitación. (Recordemos a Stanley Kubrick con su *Naranja Mecánica* fiel y lacónica crítica de las teorías Re).

¹⁶ Ribera Beiras, Iñaki. "Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal". ("nuevas" racionalidades punitivas y posibles escenarios político criminales).

¹⁷ Ibid, p. 3.

¹⁸ Al efecto, véase la página web: www.ts.ucr.cr>accioncritica

Es así como surge el negocio carcelario, en donde la industria del control del delito se encuentra por demás en zona privilegiada. Materia prima cada vez en aumento por cuanto la creación constante de nuevos delitos hace que aumente el número de personas infractoras, todo ello es posible por ese sempiterno sentimiento artificial de inseguridad. Los norteamericanos, indica Bauman, visualizaron el nacimiento de un nuevo sector empresarial, en donde los esclavos del ayer, ahora son los privados de libertad.¹⁹

Consolidada como lo fue en los Estados Unidos de América, el Estado Penal y extinta toda forma de asistencialismo, dichas políticas que tuvieron su abanderado en el Alcalde de Nueva York y su Jefe Policial bajo *la política de tolerancia cero* que tuvieron su soporte ideológico en fábricas de ideas como el Manhattan Institute y el Heritage Foundation dicha corriente tomó barco y cruzó la gran mancha de agua para permear el entorno europeo, e inicia con Inglaterra el abordaje ideológico de dichas corrientes neoliberales en materia económica y social por medio de otras think tanks, como lo fueron el Adam Smith Institute, el Center for policy studies y el institute o economics affairs, encontrando rápida aceptación en tres principales países europeos, como lo son Francia, Alemania e Italia.

Evidentemente, en el Universo Penitenciario, receptáculo por excelencia de las resultas de las políticas supramencionadas (Tolerancia Cero en América-Excepcionalidad Penal Emergencia en Europa), iban a suscitarse muchos cambios, que en nuestras latitudes norte, centro y sudamericanas se vienen suscitando paulatinamente con diversas leyes que proclaman seguridad ciudadana y nomenclaturas similares. Pero ¿Cuáles fueron entonces los cambios más evidentes de este nuevo paradigma penal?

- Un abandono al ideal resocializador en cuanto a función carcelaria de resocializar al individuo que entraba al centro penal para prepararlo para su vuelta a la sociedad por una arquitectura carcelaria que privilegiaba el encierro neutralizador y aniquilante.

¹⁹ Ibid, p. 9.

- Restricciones de beneficios carcelarios, un sistema punitivo invasivo total vigilante y disciplinante donde ciertos grupos de individuos no podrán tener acceso a mínimos en sus derechos de salud, educación, visitas familiares, relaciones interpersonales, etc.
- Políticas de dispersión en donde la afectación de la pena privativa de libertad no solo se circunscribía al recluso, sino que afectaba a su familia, por cuanto era trasladado lejos del entorno socio-familiar.

Walter Antillón afirmaba constantemente y no se cansaba de repetirlo que “el desmantelamiento sistemático de las garantías del proceso penal debe abordarse desde el tema de la injusticia social a pesar del esfuerzo del oficialismo por tratar de hacer ver que ambas cosas son distintas y no relacionadas”. Antillón Montealegre, Walter y otros. (2012). “Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: análisis de los recientes cambios normativos”. Editorial Investigaciones Jurídicas, p. 20²⁰

Las ciudades, modelo adoptado por los individuos para articular nuestras relaciones son hoy grandes cárceles en donde la vigilancia y disciplinamiento del que hablaba Foucault, es más que evidente. Videocámaras de vigilancia en semáforos, parques, establecimientos, comerciales y viviendas dan cuenta de ese control del individuo, en donde el espacio privado cada vez es más que reducido. La gestión punitiva superó el centro penitenciario, la mole de concreto y hormigón de acero y hierro para mimetizarse en formas imperceptibles o invisibles, sin los ojos adecuados.

8 EL PROCESO DE FLAGRANCIA

“Los Tribunales de Flagrancia, han sido una respuesta pronta y oportuna a los problemas de inseguridad ciudadana, tema que en la última década ha ocupado la

²⁰ Antillón Montealegre, Walter y otros. (2012). “Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: análisis de los recientes cambios normativos”. Editorial Investigaciones Jurídicas, p. 20.

agenda nacional e Internacional, por el incremento en las actividades delictivas que causan desconfianza y temor en la población”²¹ La anterior frase fue expresada por expresidente de la Primera Cámara Penal de Costa Rica, el Magistrado Carlos Chinchilla Sandí y expresidente del Poder Judicial.

Las diversas perspectivas en que se puede mirar la reforma procesal que decidió implementar un procedimiento especial de carácter expedito, decididamente oral y que ayudara a hacer efectiva la justicia pronta... en un ámbito de la violencia delictiva que algunos creímos urgente y necesario atender.²²

La anterior frase fue expresada por el expresidente de la Primera Cámara Penal de Costa Rica, el Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez, actual y exvicepresidente del Poder Judicial de Costa Rica.

Las notas antes aportadas son un claro ejemplo del reforzamiento de un sector académico-judicial, por refrendar como legítimas y necesarias las leyes de seguridad nacional que desbarataron, en su momento, el incipiente recaudo de garantías penales de los individuos en el proceso penal de corte acusatorio –se decía-²³ Desde siempre el tema de las garantías o derechos fundamentales de los individuos ha sido utilizado en un doble discurso. Si hablamos y vivimos en Democracia, es menester la existencia vigencia y ratificación de ellas en la praxis diaria del Estado. Si hablamos y vivimos en una aparente democracia, que oculta una agenda autoritaria de algunos pocos bien posicionados, que disfrazados o mimetizados a través de los diferentes instrumentos del poder, de manera tal que aparentan legalidad mediante leyes simbólicas y otras disfuncionalidades.

En cada país de Latinoamérica se ha ido implementando, de menor o mayor grado, tenemos países como México y Colombia, debidamente matriculados con

²¹ Morales Chinchilla, Carlos; Sánchez Delgado, Daniel. (2015). “Procedimiento Expedito para los delitos en Flagrancia, p.11.

²² Sánchez Delgado, Daniel y otros. (2015). “Procedimiento de flagrancia”. Editorial Investigaciones Jurídicas, p. 16.

²³ Chinchilla Calderón, Rosaura y otros. En: “Reflexiones Jurídicas frente al Populismo Penal en Costa Rica” análisis de los recientes cambios normativos”. Editorial Investigaciones Jurídicas.

las agendas de los Estados Unidos de América, en cuanto otros, que nos encontramos en términos intermedios –casi el restante de los países, incluidos Costa Rica, y los claramente enfrentados, pero no por ello con ciertas proyecciones de acuerdos: Bolivia, Cuba, Venezuela, por citar algunos, pero todas proyectan un común denominador dentro de esto que llamaremos Estado-Nación y lo es el ejercicio real de poder de las élites intelectuales serviles a un proyecto de centralización del poder económico, político e ideológico que se enmascara como de identidad Nacional.

Este poder globalizado lo vemos enquistado en las metrópolis y periferias de los países en donde los goces y beneficios estatales son para unos pocos y en contraposición los que ahora llamaremos –otros-, son los campesinos, negros, indígenas, sin dejar de lado los de siempre, ancianos, mujeres menores, indigentes y, por supuesto, los migrantes.

El común de las personas aprendió a respetar la ley, porque la ley es la ley sabiduría popular que oculta realidades como el divorcio entre la letra de la ley y su aplicación, el suponer la ley pura y aséptica y no tergiversada a intereses de poder, por ser el poder su legitimador y validador en mutuo comensalismo social.

Camino sumamente arduo y difícil, cuando sino imposible, dadas las realidades geopolíticas actuales, aunque existe siempre cierto grado de optimismo o esperanza de que el todo podrá encontrar soluciones para una adecuada convivencia social, corrección social que se logrará con la gran ayuda que puedan dar los convenios internacionales.

Los instrumentos internacionales, de los que en nuestro país se firman y ratifican todos, sin excepción, claramente nuestro país desde un marco internacional es observado como un Estado garante de los Derechos Humanos, siendo que uno de esos convenios que nuestro país ratificó, como lo fue el que dio pie al nacimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos condenó en dos oportunidades, por vulnerar derechos humanos y propiamente me refiero al Caso Mauricio Herrera Ulloa contra Costa Rica, por no proveer una doble instancia

o el Derecho al Recurso contra la Sentencia Condenatoria y la Relativa condenatoria por la negación a la Fertilización in vitro, Caso Artavia Murillo.

Cuándo, si, cuándo será el día que una persona condenada en un proceso de flagrancia podrá –bueno- también una persona absuelta en un proceso de flagrancia que demora quince días y los vivió en Prisión Preventiva, podrá recurrir a instancias internacionales para indicar que se le vulneraron sus derechos fundamentales al detenerseles y no poder recurrir ante un juez su detención. Pretendemos llegar a un Control de Convencionalidad, donde los instrumentos internacionales más apertos a temas de derechos humanos sean utilizados por los jueces comunes en el día a día de los casos puestos bajo su conocimiento.

Así lo preveía en los albores del advenimiento del nuevo siglo Rivera Beiras, cuando decía “El entrecruzamiento de las citadas tendencias político criminales (tolerancia cero, y Emergencia/ Excepcionalidad Penal, de otro lado), comienzan a dibujar un preocupante panorama que desarma el carácter garantista de un sistema penal propio de Estados Sociales y Democrático de Derecho”²⁴

Existe un sopor o estado de incertidumbre dubitativa entre los académicos garantistas. El punto es que esa ambivalencia actual del momento presente pasa de un pesimismo administrado a un cierto grado de positivismo cauteloso de lograr un cambio estructural social mundial.

Así por el mundo viajan sin cesar ilustres personajes como Ferrajoli, Zafaronni, Rivera Beiras, quienes desde el entarimado de una conferencia nos iluminan como sus conocimientos de las realidades de la globalización, el nuevo orden hegemónico mundial y los avatares del individuo y su entorno.

No es la finalidad del presente trabajo venir a tirar líneas sobre los puntos expuestos, lo es el evidenciar cómo los problemas sociales de los países son enmascarados, de tal forma y mostrados que se logre crear en el inconsciente colectivo un miedo generalizado que haga necesario el debilitamiento, o bien, la derogatoria de la implementación de medidas que antaño fueron instauradas,

²⁴ Rivera Beiras, Iñaki, En: “Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema penal”, p. 20.

para evitar la afectación de la dignidad de los seres humanos, como lo es el debido proceso, el cual, en la actualidad, es un estorbo cuando en esencia es el resguardo del derecho de todos y todas, donde el proceso ordinario penal sea relativizado, o inaplicado, derechos como el de defensa –por citar uno solo, y se justifique su necesidad en que al ser céleres los procesos, la ciudadanía podrá ver que se juzga más rápido y el individuo va preso más rápido, el problema es que a cómo va el asunto, ese individuo pronto será uno mismo.

MIGRACIÓN, EXTRANJEROS Y SU CONTEXTO LEGAL

Grande o pequeño, ningún país, en ningún continente, está exento al flujo migratorio, sea superpotencia o un país tercermundista, como llaman algunos a ciertos países expoliados históricamente. Nosotros, los ticos, hemos acabado prácticamente con los nativos originarios de esta tierra y somos –los costarricenses- una mezcla exquisita de varios grupos étnicos provenientes de todo el orbe. Como supra indicaba, la población nativa de este espacio insular americano está en franca vía de extinción, pequeños parches poblacionales en los cuatro puntos cardinales reflejan nuestro mestizaje y nuestra origen allende fronteras.²⁵ Fuimos y seremos territorio de paso migrante, tanto es así que aproximadamente el 0,8 % de nuestra población de casi cinco millones son extranjeros, con más de doce mil personas, en calidad de refugiados de diversa índole y procedencia.²⁶

Conscientes de esa realidad –al parecer-, nuestro país cuenta con un marco legal que protege los derechos fundamentales de las personas migrantes y refugiadas. Desde lo más alto en cuanto a la ratificación e implementación de tratados y convenios internacionales, hasta leyes particulares, en materia de migración y extranjería, que dan respuesta efectiva, en gran medida, a todas y cada

²⁵ https://es.wikipedia.org/wiki/Pueblos_Ind%C3%ADgenas_de_Costa_Rica

²⁶ <https://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/costa-rica-es-el-pais-con-mayor-porcentaje-de-inmigrantes-en-america-latina/RRHVYJ7SMNBZDBNR6FM6DL7JIE/story/>

una de las necesidades y requerimientos de administración migratoria en nuestro país. El presente trabajo de investigación desea analizar lo anterior, pero prioritariamente realizar por primera vez en nuestro país, un abordaje que permita visualizar quiénes son los extranjeros juzgados bajo el proceso especial de flagrancia en un espacio tiempo determinado.

8.1 CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CADH)

La Convención Americana de Derechos Humanos en el preámbulo de ella consigna una serie de formas verbales activas: Reafirmando, Reconociendo, Considerando, Reiterando, las cuales permiten ubicar en el contexto que el derecho positivo el cual resulta ser un medio o herramienta para crear una convivencia social global. Reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.²⁷

También reitera que con arreglo a la declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria.

Entrando en normativa propiamente de privación de libertad, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el numeral 5, incisos del 1 al 5, ratifica que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Que de encontrarse privada de libertad debe ser tratada con la debida dignidad inherente al ser humano. Debiendo procurarse la separación física entre los procesados y los condenados y, con mayor rigurosidad, si fuesen menores.

El artículo 7 de la CADH toca el tema de la libertad personal y menciona que: toda persona bajo el entendido que persona es todo ser humano, tiene derecho a la libertad, que si existiese privación física podrá hacerse por las causas y

²⁷

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

condiciones fijadas de antemano por la Constitución y Ley Especial. La detención o encarcelamiento arbitrario de una persona es prohibido, y que cuando medie detención debe ser informado de las razones, debiendo ser puesta en presencia de un juez, ante quien podrá requerir su libertad. Acá entra en relación con el artículo 8 que enumera las Garantías Judiciales a que tiene acceso la persona y que es de naturaleza irrenunciable para el privado de libertad durante todo el proceso.

Como vemos, no reviste importancia, de manera alguna, la distinción entre nacional y extranjero y la igualdad de derechos y deberes abarca, tanto a nacionales como a extranjeros en tránsito o de permanencia indeterminada, el carácter inclusivo de la normativa supranacional es clara. Se entenderá por persona a todo ser humano. Ver art. 01 inc2 CADH.

8.2 CONVENIO DE GINEBRA

Es por la gran mayoría de las personas conocido como el primer instrumento que vino a dar cobertura universal a todos aquellos que sufrían las consecuencias de la guerra, para el año de su promulgación 1949, ya el mundo había sufrido lo que hoy llamamos las dos grandes guerras mundiales, y el gran daño sufrido por la población civil era superlativo, por ello, este tratado internacional, viene a ser la semilla de los subsiguientes instrumentos internacionales, las llamadas reglas de Brasilia, protocolos reglamentos de implementación.²⁸

8.3 REGLAS DE BRASILIA

Surgen como necesidad o preocupación de dar acceso a la justicia a las personas en condición de vulnerabilidad, en el marco de la Cumbre Judicial

²⁸ Consúltese el siguiente enlace: <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>

Iberoamericana, entendiéndose como parte de la población vulnerable, los individuos que por diversas razones, ya no tanto la guerra (Convenio de Ginebra), pobreza, persecución política, trabajo, se desplazan de su país de origen a otro.²⁹

8.4 LEY N° 8764 (LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA)

En materia de acceso a la Justicia, el artículo 31 de dicha ley estipula: "... Toda persona extranjera tendrá el derecho de acceso a la justicia, al respeto de las garantías del debido proceso, al derecho de defensa, al derecho de petición y respuesta..."³⁰

8.5 PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

En situaciones determinadas sucede que se dan traslados de migrantes a un país receptor por diversos motivos: políticos, económicos, raciales, etc. En razón de ello se elaboró una herramienta marco que sirviera de plataforma de garantía de dignificación del ser humano en cualquier lugar que se encontrase, así surge el Protocolo Sobre el Estatuto de los Refugiados, que viene a unificar criterios con el Convenio de Ginebra sobre el mismo tema, y que entró en vigor, el 31 de enero de 1967.

El estereotipo de que se migra por guerra se derrumbó. La coyuntura social referente a flujos migratorios, tanto en Europa y otros continentes, ya no es únicamente atribuible a circunstancias bélicas, sino más bien comprenden, ahora, cambios de naturaleza de organización social más compleja, como políticas nacionales de distribución de riqueza, etc. Véase que el art. 1 Disposiciones

²⁹ Véase el sitio web: <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>

³⁰ Al efecto puede consultar el siguiente sitio web: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=4694&nValor3=4971&strTipM=TC

Generales del mencionado Protocolo ordena que para todos los efectos, el término “refugiado” se entenderá a “toda persona”.³¹

Vamos observando claramente como a nivel supranacional es reiterativo o recurrente el tener claro e implementar conceptos afines y simbióticamente interrelacionados, persona, igual, ser humano, sin distinción por raza, credo cultura y nacionalidad.

8.6 CONSTITUCIÓN POLITICA COSTARRICENSE (C.P.)

En nuestra Carta Magna encontramos el numeral 19 correspondiente al título tercero denominado Los Extranjeros, que preceptúa: “... Los Extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta constitución y las leyes establecen...”

No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática salvo lo que dispongan los convenios internacionales...”

Acá esta la norma puntual que servirá de puente de conexión entre los instrumentos internacionales y los cuerpos normativos nacionales.

Obsérvese como nuestros legisladores desde un inicio dejaron en claro que extranjero que se encontrase bajo nuestro territorio iba a ser tratado como un igual con ciertas excepciones y que, en última instancia, ante cualquier diferendo ello iba a ser subsanado por los respectivos convenios internacionales.

Resulta curioso por el orden en que se encuentra contenido en el siguiente título denominado Derechos y Garantías individuales, la preeminencia de La Libertad sobre La Vida, así se denota al ver que el numeral 20 C.P. indica que toda

³¹ Véase el siguiente enlace: <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>

persona, niño, niña, mujer, hombre entiéndase nacional o extranjero goza de libertad en nuestro país.

El numeral 33 C.P. comienza a perfilar el trato que debe recibir toda persona, sea el trato digno y debido como igual, como ser humano. Como persona que responderá por sus actos y omisiones de la manera y forma preestablecida por ley. Y en lo intrínsecamente penal o de restricción de la libertad ambulatoria pasamos al numeral 37 C.P. que prohíbe cualquier detención acaecida sobre una persona, cuyo origen no sea un delito y con limitaciones taxativas, que en cualquier circunstancia deberán ser validadas por un juez, en un plazo no mayor a 24 horas desde el momento de la aprehensión.

Con mayor especificidad está el numeral 39 que prohíbe el castigo a una persona, si no es en razón a un delito y previa sentencia en firme que lo valide. Tampoco será permitido el sometimiento a tratos crueles o degradantes o a penas de carácter perenne, art. 40 C.P.

8.7 CÓDIGO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE (C.P.P.)

Mediante Ley 7594 se inicia un nuevo transitar del anterior Código de Procedimientos Penales al varias veces reformado “Código del 96”, que entró en vigencia en el 98, con la nomenclatura de Código Procesal Penal y que, en su artículo primero dispone, como Principio de Legalidad, lo siguiente:

Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas.

“...La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio...”

Si bien las penas están reguladas en un cuerpo normativo general (Código Penal) y leyes especiales, dicha herramienta resulta incompleta, si no es instrumentalizada mediante un proceso, así dicho, toda pena o medida de

seguridad no podrá ser aplicada o puesta en marcha, si no obedece las garantías, facultades y derechos previstos para las personas.

Así entonces, vemos que existe concatenación y sincronía en la normativa Procesal Penal Costarricense y los Convenios y Tratados Internacionales. Art. 39 y 41 de la C.P., 8 CADH, voto 2648-2001 Sala Constitucional.

Si bien, como preámbulo hemos encontrado equilibrio y concordancia de respeto a la dignidad humana, donde no se haya vestigio alguno discriminatorio o diferenciador en la aplicación del Derecho Penal y el resguardo efectivo de los Derechos Humanos de los individuos, sean o no nacionales o extranjeros. Falta el examen de campo propiamente dicho, ver en los expedientes cuáles son los resultados que en ellos puedan obtenerse, a efectos de determinar si se aplica o no la normativa proteccionista hacia el extranjero dentro de un proceso penal en nuestro país.

(PIMR) Política Institucional para el Acceso a la Justicia por parte de la Población Migrante y Refugiada.

El Papel del CONAMAJ Y la Comisión de Accesibilidad en la Implementación de las Reglas de Brasilia.³²

Entendamos que dichas políticas no son más que mecanismos a nivel institucional de parte de los distintos países iberoamericanos, a efectos de instrumentalizar y direccionar esfuerzos para la efectiva accesibilidad de los servicios judiciales a las personas en estado de vulnerabilidad, entendidas estas bajo la denominación de Reglas de Acceso a la Justicia de las personas en grado de vulnerabilidad –Reglas de Brasilia-; personas que por su condición especial de edad, género, estado físico o mental, o que por circunstancias sociales, económicas, étnicas, culturales, se ven afectados en poder gozar de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante la justicia que les requiere.

A efectos de una mejor individualización estamos hablando de niños

³² Al efecto puede visitar el sitio web: <http://www.conamaj.go.cr/index.php/areas-trabajo/acceso>

jóvenes adolescentes sin distinción de sexo, adultos mayores, víctimas de delitos y privados de libertad, personas migrantes y refugiados. Entendidos estos últimos individuos como aquellas personas que se han desplazado fuera de su territorio nacional y que esa circunstancia pudiese constituir una causa de vulnerabilidad.

En nuestro país el Poder Judicial ha delegado en la que denominó Comisión de Accesibilidad la implementación de las Reglas de Brasilia y el desarrollo de enlaces entre los diversos despachos –Judicatura, Ministerio Público, Defensa Pública, Órganos Auxiliares de Justicia, etc.-

En lo referente a población migrante y refugiados está trabajando exclusivamente en ello, el CONAMAJ -ergo- Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia. Es propiamente desde el año 2008 que se ponen en ejecución y el principal escollo encontrado se dio en el tema de los mal llamados ilegales, siendo lo correcto personas migrantes en condición irregular, tanto como víctimas de delitos como perpetradores.

Claro ejemplo lo tenemos con los sonados casos de Charlen Tomyko extranjera que se trasladó a Costa Rica huyendo de su expareja con su única hija, enfrentó un proceso penal y de extradición, así como de la aborigen condenada en Talamanca que, sin conocer otro lenguaje distinto del suyo, fue procesada y condenada sin entender el idioma español, ambos casos, no datan dos años atrás.

Es a partir de esta comisión que se empieza por eliminar estereotipos que pesaban y aún existe sobre la población migrante y o refugiada, establecer una mejor coordinación interinstitucional con la Dirección General de Migración y Extranjería y el Poder judicial.

9 EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA EN COSTA RICA

En el año 2009 y dentro de la llamada LEY DE FORTALECIMIENTO INTEGRAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA, y que finalmente se denominó **Ley de Protección de Víctimas y Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal,**

reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal³³, fue creado y se ha venido aplicando en Costa Rica un nuevo procedimiento penal que, si bien es similar al procedimiento ordinario, sus pro movientes indican que tienen como base fundamental la realización efectiva del principio constitucional de justicia pronta y cumplida, se la ha denominado Procedimiento de Flagrancia, caracterizándose por la reducción en los plazos para tramitar la causa desde su inicio y hasta la realización del debate, lo cual viene a ser considerada una garantía, tanto para los ofendidos como para los imputados, en cuanto a la aplicación del mencionado principio constitucional de justicia, pronta y cumplida, porque su plazo máximo de duración es de quince días.

Desde su promulgación, dicho procedimiento se ha venido implementando paulatinamente a lo largo de territorio nacional, instrumentalizándose la creación de nuevos juzgados y ampliando las labores, tanto del Ministerio público y sus órganos de colaboración, entiéndase Organismo de investigación judicial, Complejo Médico Forense, etc. Así como la Defensa Pública. Inicia en el Segundo Circuito Judicial de San José, para luego, irse implementando en el resto de la república: Puntarenas, Limón y, por último, en Guanacaste, primero en Liberia Cañas y luego Santa Cruz y Nicoya, lográndose así abarcar todo el territorio costarricense.

Cuando estamos ante un caso de flagrancia, de conformidad con el artículo 236 del Código Procesal Penal, se comete un delito en flagrancia: "Habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, mientras sea perseguido, cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito" (Código Procesal Penal de Costa Rica, 2012).

Entiéndase, entonces, contrario sensu, para todo lo demás, sigue rigiendo el procedimiento ordinario o cualquiera de los procedimientos especiales

³³ Para mayor abundancia en conocimiento, puede seguirse la página web: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=65274&nValor3=76217&strTipM=TC

contemplados en él.

El artículo 422 del mismo cuerpo normativo, señala:

Este procedimiento especial, de carácter expedito se aplicará en los casos en los cuales se trate de delitos en flagrancia e iniciará desde el primer momento cuando se tenga noticia de la comisión de un hecho delictivo de tal especie. En casos excepcionales, aun cuando se trate de un delito flagrante se aplicará el procedimiento ordinario, cuando la investigación del hecho impida aplicar aquel. Este procedimiento especial omitirá la etapa intermedia del proceso penal ordinario y será totalmente oral (Código Procesal Penal de Costa Rica, 2012).

Podríamos estar ante un delito de flagrancia y requerir un dictamen que establezca la capacidad mental del individuo, en ese sentido, al existir un espacio de tiempo grande en el cual ese dictamen no pueda estar listo en uno o dos meses, ese proceso que podría ser de flagrancia deberá ser conocido en el proceso ordinario por los plazos de investigación. En síntesis, los asuntos de flagrancia, son procesos de delitos donde la prueba esté recopilada y no se necesite investigar. Se deriva de que no siempre que un delito sea cometido en flagrancia, se aplicará este procedimiento. En algunos casos, se aplica el procedimiento ordinario, lo cual demuestra que dicho procedimiento tiene una aplicación excepcional y la concreción de este principio de justicia pronta y cumplida, viene a ser extraordinario.

Lo que es cierto, además, es que todo procedimiento penal debe ajustarse a los principios que rigen un sistema procesal penal, ya sea acusatorio, inquisitivo o, incluso, mezclar ambos sistemas y precisamente esto será analizado en este capítulo.

LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN MATERIA PENAL Y PROPIAMENTE DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA

Tanto el Derecho Penal, llamado también sustantivo, como en el Derecho Procesal Penal, llamado también instrumental, se rigen por Principios y Garantías que van a determinar si un procedimiento penal viene a ser lo que llamamos Acusatorio o Inquisitivo, y, por ende, de mayor apego y respeto a principios democráticos de un Estado de Derecho o no. Por ello, se hace necesario analizar de qué forma se manifiesta estos Principios Procesales en el Procedimiento de Flagrancia regulado en Costa Rica.

Como sucede desde la época de la Ilustración y el advenimiento de la ciencia en el desarrollo social, existen áreas de las Ciencias Sociales con algunas corrientes de pensamiento, dentro del Derecho Público y, propiamente, del Derecho Penal y Procesal Penal, se ha establecido el llamado Garantismo Penal, el cual indica que, en la mayor medida de cumplimiento –efectiva y no simbólica- de una serie de principios, que deben ser desarrollados por y mediante las leyes, y que dentro de la posibilidad en que así se haga, se estará ante un sistema más o menos garantista, es decir, que se puede hablar de niveles de garantismo.

Ferrajoli, tratadista italiano es el más renombrado jurista en plantear una articulada concepción del Garantismo que, nacida en el ámbito de la reflexión sobre el Derecho y el Sistema Penal, en la perspectiva de un “Derecho Penal Mínimo”, ha sido ampliamente difundida y replicada hasta convertirse en el verdadero paradigma de la Democracia Constitucional, señalando concretamente diez principios que se conocen como garantías penales y procesales, y que siempre que se cumpla cada una de ellas, más garantista será el sistema, partiendo además de una mínima intervención del Derecho Penal.

Valga decir, en palabras sencillas que el planteamiento dado por este autor, lo vislumbro como una especie de termómetro, barómetro que en el ejercicio del

análisis del derecho penal sustantivo y procedimental de un país y el cumplimiento efectivo de dichos principios estaremos ante un cuerpo de justicia maduro, justo y respetuoso de los derechos fundamentales del ciudadano y del cumplimiento efectivo de juzgamiento criminal.

Dichos axiomas, su mayor o menor cumplimiento, o lo que es lo mismo la laxitud con la que puedan mantener su integridad o su degradación, se puede hablar de cuán democrática es una sociedad en particular.

Prosigamos, el llamado Garantismo se ha definido, entonces, según Ferrajoli, desde tres acepciones: La primera: designa un modelo normativo de derecho: Precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad>SG del estado de derecho que, en plano epistemológico, se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano público, como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad, y en el plano jurídico, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado, en garantía de los derechos de los ciudadanos. (Ferrajoli, 1995, p. 851) ³⁴

Respecto a la segunda, se señala que designa una teoría de la “validez” y de la “efectividad”: Como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados “el ser” y el “deber ser” en el derecho; e incluso propone como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas). (Ferrajoli, 1995, p. 852)

Y finalmente, como tercer concepto del garantismo de Ferrajoli lo define como: “Una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”.

³⁴ Visitar el siguiente enlace:
<http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/DERECHO%20Y%20RAZON%20-%20TEORIA%20DEL%20GARANTISMO%20PENAL%20-%20Luigi%20Ferrajoli.pdf>

Este modelo garantista vendría a ser el modelo ideal que debe prevalecer en todo Estado, principalmente en el nuestro, que de acuerdo con la Constitución Política, una República, donde deben prevalecer las garantías de los ciudadanos, haciéndose referencia principalmente a la aplicación de un derecho penal mínimo.

Como garantías, Ferrajoli señala:

A1. nulla poena sine crimine, A2. Nullum crimen sine lege, A3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate, A4. Nulla necessitate sine iniuria, A5. Nulla iniuria sine actione, A6. Nulla actio sine culpa, A7. Nulla culpa sine indicio, A8. Nullum indicium sine accusatione, A9. Nulla accusatione sine probatione y A 10. Nulla probatio sine defensione. (Ferrajoli, 1995 p 93)

Las últimas tres interesan, en mayor medida que las anteriores, dado que estamos analizando el proceso penal y, propiamente, el proceso de flagrancia.

Estos axiomas, respecto de la pena, el delito, la necesidad, la ofensa, la acción, la culpabilidad, el juicio, la acusación, la prueba y la defensa evidentemente se encuentran relacionadas entre sí, por su medio, es posible trazar un análisis para individualizar los distintos modelos de ordenamiento penal, que pueden ser autoritarios, si alguno de ellos falta, o bien, se lesiona uno o varios de ellos, ya que siendo axiomas garantistas, expresan proporciones prescriptivas, no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir, no enuncian las condiciones que un sistema penal satisface efectivamente, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o parámetros de justificación externa. (Ferrajoli 1995)

Estos principios, tanto las garantías penales como las procesales, son de gran relevancia en un sistema penal acusatorio e, incluso, se pueden considerar como la única forma como se obtiene una verdad válida, que sustente la sentencia del juez, convirtiéndose en principios jurídicos del Estado Moderno y, por ello, se ha señalado que son los presupuestos epistemológicos del garantismo penal con las condiciones que deben ser dispuestas en el plano legal y satisfechas en el judicial para permitir la parte decisoria en abstracto y en concreto de la verdad procesal.

Y que según el mismo Ferrajoli, han sido incorporadas poco a poco en las constituciones de casi todos los países, incluido el nuestro, así en los artículos 37 y 39 de la Constitución Política de Costa Rica, establecen, respectivamente que: “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido un delito”, y:

‘A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indicado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

El proceso acusatorio se caracteriza por la rígida separación entre el juez y la acusación. La igualdad entre acusación y defensa, publicidad y oralidad del juicio, a diferencia del inquisitivo, donde priva la escritura, dado que el juez investiga, juzga y evidentemente hay una desventaja.

Al igual que en todo procedimiento penal, el de flagrancia se debe regir por los principios procesales que señala Ferrajoli, propiamente el principio acusatorio, el de la carga de la prueba, relacionado también con la imparcialidad del juez y el de refutación por parte de la defensa y que precisamente vienen a determinar si se está ante un sistema acusatorio o inquisitivo, y lo ideal es que precisamente se cumpla con los principios del proceso acusatorio, sobre todo, si se parte de que en Costa Rica el sistema político viene a ser una República y será coherente con un sistema que tenga la posibilidad de tener control cruzado de las partes, con un tercero imparcial que resuelve, porque hay separación entre la función del juez y quien formula la acusación.

Winfried Hassemer dice en cuanto a la injerencia estatal y su capacidad de sanción lo siguiente³⁵

La conducta merecedora de pena como objeto de la política criminal... “La política criminal es un actuar práctico, su concepción de la conducta

³⁵ Hassemer, W.; Muñoz Conde, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Editorial Tiran lo Blanch, 1989.

criminal no puede, por tanto, satisfacerse solamente con los presupuestos de justicia y debe tener también un sentido práctico; es decir, debe ser útil. La Justicia es una condición necesaria, pero insuficiente para determinar correctamente el merecimiento de pena; tiene que ser, por tanto, complementada por la comprobación crítica de si, hasta qué punto y con qué consecuencias secundarias, puede la Administración de Justicia Penal aceptar y ejecutar en la práctica decisiones político-criminales sobre merecimiento de pena.

Sin embargo, diverso a este pensamiento y como una forma de luchar contra la criminalidad en general, han nacido pensamientos de política criminal, de mano dura y tolerancia cero ante la alarma que percibe la sociedad de los medios de comunicación, en el sentido que la inseguridad ciudadana ha aumentado, buscándose entonces formas efectivas para volver a obtener una ansiada sensación de seguridad. Así, se ha indicado que los:

Chances de dramatizar la violencia y hacer política mediante ella, son buenas: los medios atribuyen al ejercicio de violencia un alto valor como noticia e informan sobre ella, sin embargo en forma altamente selectiva, la amenaza de violencia sea real o solo supuesta. Es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal **(Hassemer, 2003, p. 50)**.

La seguridad se ha ido convirtiendo, según Hassemer³⁶ en un bien jurídico y todo lo relacionado con inseguridad se ha convertido en una alarma, precisamente, porque la violencia se ha dramatizado, y señala que si la violencia, el riesgo y amenaza se convierten en el centro de la percepción social, esto tiene consecuencias en cuanto a la actitud que toma la sociedad frente a la violencia, que a partir de que se luche, o se elimine y se cambia en derecho penal, como protección de la libertad a un derecho penal que lucha contra la criminalidad y el delito y la violencia, se convierten en fenómenos necesitados de represión.

De ahí nace el Derecho Penal eficiente, incluso toca la parte procesal penal y

³⁶ Hassemer, W. (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. (2a. ed.). Ad hoc.

de este se espera una ayuda efectiva, en caso de necesidad y la garantía de la seguridad ciudadana. (Hassemer, 2003, p. 56). Por eso es que señala el mismo autor que comienzan a nacer leyes que sancionan la violencia y vienen a agravar las penas, porque ya la política criminal moderna no opera con la descriminalización y atenuación de penas, concentrándose en los tipos y amenazas penales, y no en las consecuencias del derecho penal, y no se orienta en bienes jurídicos clásicos como la vida, integridad, libertad, etc. Sino que se tutela bienes jurídicos de la generalidad, con los cuales se puede justificar cualquier amenaza como la salud pública, la economía, el ambiente, pero no por medio de los tipos penales de daño o lesión, que requieren la producción de un daño, sino mediante delitos de peligro y generalmente abstracto.

De esta forma, se señala por Hassemer, que el derecho penal se ha convertido en un medio más de política interna y, principalmente, se considera que "esta idea se ha alejado de las tradicionales descripciones de objetivos: el derecho penal debe proporcionar protección jurídica y garantizar las libertades justamente también para quien viola el derecho políticamente solo puede ser utilizado en forma subsidiaria como ultima ratio y debe limitarse a unas pocas lesiones especialmente graves".

Derecho penal eficiente que, más bien, tiene déficit de ejecución y un ámbito creciente de efectos simbólicos, porque evidentemente el derecho penal no fue creado para solucionar el problema de la criminalidad y lo que sucede finalmente es que se flexibilizan las garantías del proceso en contra de los acusados, o como señala el profesor chirino "hay evidentes tendencias hacia una funcionalización del derecho penal", funcionalización que opera con el objetivo de alcanzar fines puramente simbólicos.³⁷

Todo lo anterior se relaciona, igualmente, con la percepción del funcionamiento de la administración de justicia, sobre todo, por el atraso de los casos penales, lo que ha provocado la búsqueda de mecanismos de

³⁷ Llobeth Rodríguez J. Chirino Sánchez A. 2011. La Criminalidad Organizada. Antología Seminario de Derecho Procesal Penal. MADJ UNA.

descongestionar los Tribunales, entre ellos, el procedimiento de Flagrancia en estudio.

Este derecho penal eficiente ha llevado a implementar políticas criminales de mano dura o tolerancia cero, y al hablar de cero tolerancia, se

Hace referencia en participar a la política implantada bajo la alcaldía de Rudolph Giuliani y la intendencia del jefe de policía William Bratton en Nueva York, entre 1993 y 1997, que consistía en una fuerte respuesta policial aun frente a actos de poca monta, comprendiéndose entre ellos, en particular el vagabundeo, mendicidad y la prostitución, se afirma que con ello se logró disminuir la delincuencia en Nueva York. Sin embargo, hoy en día existe duda de que esa política haya sido la causante de la reducción del crimen porque los índices de la delincuencia habían empezado a disminuir ante de su implantación”.³⁸ (Llobeth Rodríguez, 2010 p 86)

Y que finalmente lo que logran es convertir el derecho penal en simbólico, porque evidentemente no logra disminuir la criminalidad como se pretende, por el contrario, muchas aumentan más bien la violencia.

Como en su momento, Rivera Beiras lo indicara, a modo de pregunta, cuando realizara el prólogo a un libro realizado de forma tripartita entre José Daniel Cesano, Borja Mapelli Caffarena y Emilio Santoro ¿Cuál es el rol que desempeña el derecho en general -el penal y penitenciario en particular- en la problemática de las migraciones actuales?³⁹ Decía (...) El catálogo de detenciones, procedimientos administrativos, internamientos de distinta índole, procesos de criminalización, protocolos para expulsar migrantes sin papeles... siendo el migrante el cliente number one de las instituciones penitenciarias en Europa.

A estas políticas lo que se les ha venido criticando es precisamente la arbitrariedad con la que se pueden aplicar y donde se ven reducidas las garantías

³⁸ Llobet Rodríguez, J. 2010. Proceso Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental.

³⁹ Cesano, José Daniel; Santoro Emilio; Mapelli Caffarena, Borja Carcel, Inmigración y sistema Penal. Ediar, 2008.

clásicas del derecho penal y así se ha señalado que esta política en definitiva tiende a facilitar la detención de las personas por meras sospechas subjetivas y prejuicios según el criterio arbitrario de la policía. El carácter arbitrario no libra a nadie de ser detenido, y el apoyo a la política de cero tolerancia, supone la aceptación de este riesgo. Es una expresión de voluntad de estar dispuesto a sacrificar la libertad por la obtención de la seguridad, sin percatarse de que sin libertad tampoco habrá seguridad.

El recorte del Estado Social, la paulatina liquidación de la Cultura del Welfare, la consagración de políticas criminales altamente represivas, la paulatina construcción de la criminología de la intolerancia, la preparación de todo ello en las think tanks norteamericanas...la gestión de la "nueva pobreza" ya no es, pues, asistencial

Costa Rica no es la excepción a ese tipo de políticas, durante los últimos años se ha iniciado una política criminal a la cabeza del poder ejecutivo, secundado por el legislativo y, por último, el Poder Judicial. La cual viene a ser apoyada por los medio de comunicación colectiva para luchar contra lo que estos últimos han señalado como un "aumento en la inseguridad ciudadana", la que ante la alarma social, se encuentra basada en el discurso populista de cero tolerancia y mano dura a la delincuencia y, por ello, ha servido de base a esta decisión, las ideas del combate a la criminalidad organizada y al descongestionamiento de los Tribunales de Justicia de lo que se conoce como criminalidad convencional.

Es por ello que se han diseñado mecanismos para disminuir los circulantes que mantienen el Poder Judicial que, en su mayoría, y en materia penal, se ven aumentados por este tipo de delincuencia convencional.

Uno de ellos es el procedimiento de flagrancia, que se ha venido hablando en detalle que se creó como parte de una ley que, en primera instancia, se había denominado Ley de Fortalecimiento Integral de la Inseguridad Ciudadana, y que, finalmente, se denominó Ley de Protección de Víctimas y Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal, y que, junto a dicho procedimiento, se dio un agravamiento de pena o se

convirtieron conductas que antes eran contravención en delitos, todo como parte de la política criminal del país y lo cual no es más que “más de lo mismo”

Producción de más tipos penales, de aumento de penas, reducción de garantías, lo que genera específicamente una penalización de la sociedad. Se trata de una llamada constante al legislador para que eche mano al medio más lesivo del Estado de Derecho para proteger los bienes jurídicos, a fin de que todos estos riesgos sean adecuadamente previstos y eliminados. (Llobeth, 2011, p.179)

Se hace importante determinar si dentro de este procedimiento, tal y como se ha contemplado en la legislación costarricense vigente y es aplicado en este momento en todo el país, se cumple con los principios que integran el modelo garantista, o sí, por el contrario, se estaría ante un derecho penal simbólico, por ser parte de las políticas de cero tolerancia y mano dura, pues lo que busca es luchar contra la criminalidad.

Volviendo con Ferrajoli, los principios procesales que debe cumplir todo procedimiento penal se dividen en garantías penales y procesales y aunque todas ellas van relacionadas entre sí, las que se estudiará, serán únicamente las últimas, por cuanto tienen relación directa con el procedimiento penal. Por todo ello, es importante verificar si estos principios, se cumplen en el procedimiento de flagrancia costarricense, porque tal y como lo señala Ferrajoli, estos diez principios han sido incorporados más o menos íntegra o rigurosamente a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho. (Ferrajoli, 1995)

Lo que si se deja absolutamente claro en este procedimiento es la primacía de la oralidad sobre la escritura, lo que viene a evidenciar un acercamiento con el proceso acusatorio.

a. El Principio Acusatorio dentro del Procedimiento de Flagrancia

El principio acusatorio propiamente, es parte de una igualdad en las

condiciones de las partes, principalmente, que la acción penal la va a ejercitar el Ministerio Público, un ente distinto e independiente, tanto de la defensa como del juez, que finalmente será quien resuelve todas las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Es decir, que separa la función entre quien acusa y quien resuelve el caso en definitiva, contrario de lo que sucede en un sistema inquisitivo, donde el juzgador investiga y resuelve el caso, por lo cual deja en clara desventaja la defensa.

En este sentido, nuestra Constitución Política, en su artículo 1 señala: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente". Y aunque no lo dice expresamente, es claro que siendo el sistema político la base del sistema procesal, hace referencia a la división de poderes, como sistema de pesos y contrapesos, y este tiene su manifestación en el judicial, que es precisamente en la obligatoria división del ejercicio de la acción penal y la de juzgar, y esto se ve ratificado y plasmado en el código procesal penal, donde se hace referencia al principio del juez imparcial, cuando señala que: "Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento".

Desde el inicio del procedimiento y a lo largo de su desarrollo, las autoridades administrativas y judiciales deberán consignar en sus actuaciones y valorar en sus decisiones, no solo las circunstancias perjudiciales para el imputado, sino también las favorables a él. Serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten. Igualmente, señala que es al Ministerio Público al que le corresponde el ejercicio de la acción penal cuando se regula:

El Ministerio Público ejercerá la acción penal en forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo el control jurisdiccional en los actos que lo requieran. Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y sus conclusiones en forma motivada y específica'. (Código Procesal Penal de Costa Rica, art. 62, 1998)

Aunque se trata de principios que rigen todo el proceso penal costarricense, es importante analizar, si en concreto, el procedimiento de flagrancia se rige o no por este principio, como debería hacerlo en principio. En este sentido, el procedimiento de flagrancia costarricense señala en su artículo 423 que:

El sospechoso detenido en flagrancia será trasladado inmediatamente por las autoridades de policías actuantes, ante el Ministerio Público, junto con la totalidad de la prueba con que se cuente. No será necesaria la presentación escrita del informe o el parte oficial bastará con la declaración oral de la autoridad actuante.

De este artículo se puede concluir varias cuestiones. Primero, que efectivamente, en este procedimiento, priva la oralidad sobre la escritura, ya que no se confecciona informe o parte policial, basta con la declaración de la autoridad y esto se realiza, en primera instancia, ante el Ministerio Público.

Por ello, puede concluir igualmente que, en concordancia con el artículo 62 de ese cuerpo normativo, la investigación en este procedimiento, como en general en el proceso penal, se encuentra en manos del fiscal, quien tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal, cumpliéndose así con la exigencia del principio acusatorio de que haya una separación de las funciones de quien investiga, acusa y quien, en definitiva, juzga, existiendo en este procedimiento un Tribunal de Flagrancia, integrado por jueces, quienes son, en definitiva, los que van a resolver en el juicio o sobre las medidas cautelares.

Se señala en dicho procedimiento, que el Ministerio Público es el que determina, si existe o no base para iniciar la investigación, no quedando duda, entonces, de que existe una distinción entre el acusador y el que juzga, cumpliéndose con el principio acusatorio, pero ello, no es suficiente para determinar que se cumple a cabalidad con él.

Es necesario determinar si las partes tienen igualdad de condiciones y, en ese sentido, también se establece en el artículo 423 del Código Procesal Penal costarricense que, desde el primer momento, cuando a una persona se detenga

como sospechosa de haber cometido un delito en flagrancia, se le debe advertir que puede nombrar un defensor de su confianza o, en su defecto, se le nombrará un defensor público, y que una vez apersonado el defensor, se le confiere un plazo de veinticuatro horas para que prepare su defensa, y hasta ese momento puede concluirse que, efectivamente, el procedimiento de flagrancia cumple con el principio acusatorio, que viene a ser una garantía procesal del sistema procesal penal acusatorio.

Lo que se ha cuestionado sobre este procedimiento en la jurisprudencia es el problema del juez natural, porque se dice que son jueces creados para un tipo específico de delito y, además, con ciertos horarios, respecto de ello, la jurisprudencia ha señalado:

En cuanto a la competencia se mantiene vigentes contenidas en el artículo 47 del Código Procesal Penal... para determinar la competencia territorial de los tribunales, debe atenderse al lugar donde ocurre el hecho delictivo... los artículos 46 y 59 de la LOPJ, permiten a la Corte Suprema de Justicia modificar las competencias. Sin embargo, el código procesal es una ley posterior y especial, por lo que prevalecerá sobre aquella, pero además la modificación de competencias solo puede hacerse hacia el futuro y con criterios generales, pues de lo contrario se corre con el riesgo de crear tribunales especiales. TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José, de las dieciséis horas del ocho de abril del año dos mil diez, voto 375-2010.

Concluyéndose, entonces, con el mencionado voto, que esta distribución administrativa de los tribunales de flagrancia y sus horarios y competencias, y unido a que el Ministerio Público sea el que determine, si se aplica o no ese procedimiento, no viene a violentar el principio de juez natural, porque se trata de tribunales creados de previo la ocurrencia de los hechos, lo que pasa es que son tribunales especiales.

En este mismo voto, además, se cuestionó, tanto la reglamentación de los horarios de los tribunales de flagrancia, como el privilegio otorgado al Ministerio

Público, para determinar si se aplica o no el procedimiento de flagrancia que, incluso, no tiene ningún medio de impugnación y el plazo con el que cuenta la defensa para preparar sus alegatos, el cual podría resultar insuficiente, en algún caso, para ejercer debidamente la defensa técnica del imputado, y siendo que el principio acusatorio comprende, como se ha indicado, tanto el ejercicio de la acción penal como por un ente distinto del que juzga, como la igualdad de armas entre las partes, para que la defensa pueda refutar la acusación, ofrecer la prueba y, finalmente, un ente ajeno e imparcial pueda resolver con absoluta legitimidad por lo que si una de las partes está en desigualdad de condiciones, no se estaría realmente ante un verdadero principio acusatorio.

El voto indicado señala, además, que:

En tal sentido, en el proceso penal, las partes, llámese fiscal, querellante, víctima, defensor, imputado deben gozar de las mismas oportunidades, teniendo las prerrogativas para aportar ofertar y materializar las pruebas, e incuestionablemente para debatirlas, impugnarlas y disputar la disposición del contrario. Cada parte defiende sus alegatos y la garantía de defensa e igualdad entre las partes está interrelacionada con los principios: dualidad de partes y audiencia, y estas no tienen razón de ser, carecerían de sentido si estuviesen limitadas para sostener y fundamentar lo que ellas consideren necesario o si una de ellas se impone sobre la otra.

Por otro lado, pero respecto de este principio acusatorio en el procedimiento de flagrancia, se ha cuestionado, además, que se podría dar una invasión de funciones del juez hacia el fiscal o un desequilibrio procesal, yendo en contra de los principios acusatorios, y de imparcialidad, porque en ese caso, el juez estaría asistiendo en la corrección de errores en la acusación al Ministerio Público.

El artículo 428, párrafo segundo del Código Procesal penal señala que: “El juez verificará que la acusación sea clara, precisa y circunstanciada y que el hecho atribuido sea típico. En caso contrario, el fiscal deberá corregirla verbalmente en el acto”. Es decir, que el juez debe advertir al fiscal, cuando el hecho acusado no sea típico, se considere que la relación de hechos no sea clara, ni precisa ni

circunstanciada, excediéndose de sus funciones de contralor, porque el fiscal, como ente encargado del ejercicio de la acción penal, debe conocer la forma correcta de formular acusaciones.

Contrario a lo señalado en el artículo, la doctrina ha indicado que, más bien, en estos casos:

El juez considera que el hecho por el que se rige el procedimiento de flagrancia no es típico, en realidad no correspondería darle la oportunidad al Ministerio Público de corregir la acusación sino proceder al dictado de la sentencia absolutoria. El control al respecto del juez, corrigiendo errores en la relación de hecho del Ministerio Público es contrario al principio acusatorio y al principio de imparcialidad. (Llobeth Rodríguez, 2009)

Lo cual, a todas luces, sería la posición correcta que debió adoptar el código. Pese entonces a que, en general, se respeta el principio acusatorio dentro del procedimiento de flagrancia, al haber una división de cada una de las partes, que intervienen en el procedimiento, lo cierto es que existe una clara intromisión en las funciones del fiscal por parte del juez, en perjuicio del imputado y su defensa, quien no tiene la posibilidad de oponerse a ello, precisamente, porque se halla establecido en forma correcta por la propia ley, tratándose, entonces, de un procedimiento acusatorio, pero que tiene este rasgo inquisitivo, el cual debilita las garantías procesales de la parte más débil del proceso, es decir, el imputado.

b. El Principio de Carga de la Prueba en el Procedimiento de Flagrancia

Como otra de las garantías procesales, señalada por Ferrajoli, la “Nulla accusatio sine probatorie”, es decir, que no es válida la acusación que no logra ser probada, por ello, es importante determinar quién debe probar esa acusación: Si el juez imparcial, el imputado que no logra demostrar su inocencia, o Ministerio Público, que debe acreditar más bien la acusación que ha planteado.

Nuestro Sistema Penal parte del Principio de Inocencia, así lo establece claramente la Constitución Política en su artículo 39:

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionada por ley anterior y en virtud de sentencia firme y dictada por autoridad competente, previa oportunidad ofrecida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. (Constitución Política, 1949)

De dicho artículo se extrae que a una persona acusada de haber cometido un delito, no tiene que demostrar su inocencia, esta se presume durante todas las etapas del proceso penal, y que más bien, es al Estado, en nuestro caso, el Ministerio Público, quien tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal, que debe acreditar los hechos acusados, ofreciendo la prueba pertinente para ello, caso contrario, se mantiene la presunción de inocencia del acusado hasta el final del proceso.

Asimismo, en el procedimiento de flagrancia se establece que, desde el inicio de la investigación, el Ministerio Público debe valorar si existe mérito para iniciar la investigación, para lo cual debe valorar toda la prueba con la que cuenta, y ver si resulta suficiente para acreditar su hipótesis acusatoria, asimismo, al nombrar la defensa del imputado, debe informarle sobre los hechos, principalmente sobre la prueba con la que se cuenta, en su contra, e igualmente, se establece que a la hora de formular la acusación ante el Tribunal, es obligación del Ministerio Público ofrecer la prueba pertinente, para el debate que, igualmente, debe ser la que permita acreditar los hechos acusados o, caso contrario, igualmente le sería rechazada, todo esto no permite más que concluir que, de manera efectiva, en este procedimiento especial de flagrancia, se mantiene la carga de la prueba por parte del Ministerio Público, en la cual, a su vez, rige por tratarse de un principio constitucional, el principio de inocencia del imputado, y así lo establecen los artículos 424, 425 y 428 del Código Procesal Penal.

Si el Ministerio Público no ofrece o no presenta la prueba adecuada al debate, lo procedente en absolverlo de los hechos que se le hayan acusado, porque, en definitiva, no es función ni del Tribunal ni de la defensa, acreditar la inocencia del imputado, teniendo el Ministerio Público a su cargo la acreditación

de los hechos que acuse al encartado y siendo respetuoso de este principio, el procedimiento de flagrancia en estudio.

c. El Principio de Defensa y Refutación en el Procedimiento de Flagrancia

Otro de los Principios del Proceso Penal Acusatorio, es precisamente la posibilidad que la defensa cuenta con una igualdad de armas y puede refutar la prueba ofrecida por el Ministerio Público, que no siempre es cierta y válida, pero que en un principio, puede parecerlo y llevar a un Tribunal a conclusiones equivocadas, principalmente, cuando se violenta el derecho de defensa del imputado, al no establecerse expresamente que él puede declarar ante el Ministerio Público, o ante el juez, durante la primera audiencia, y se llega incluso a la etapa de debate, sin que el endilgado haya sido escuchado, lo cual es una flagrante violación del derecho de defensa, que igualmente hace dudar que este procedimiento de flagrancia se puede considerar totalmente garantista.

De igual forma, sobre este principio, se puede cuestionar su existencia real en dicho procedimiento, precisamente, por su celeridad y la doble refutación de la acusación, ya que se establece un plazo máximo de quince días, para la realización del juicio, y si de manera efectiva se cumple con esos plazos, porque caso contrario, tal y como lo establece el Código Procesal Penal, los funcionarios pueden ser sancionados administrativamente, pudiendo tener problemas la defensa o el imputado para hacer llegar sus pruebas al proceso, sin que se establezca esto como una causal legal para determinar que no es aplicable el procedimiento de flagrancia y, que más bien, debe regirse por el procedimiento ordinario, cuando el Ministerio Público, si tiene la oportunidad de escoger qué tipo de procedimiento aplicar, cuando no cuenta desde el inicio con prueba suficiente que, a su criterio, respalde su tesis fiscal.

Una de las razones para la aplicación de estos plazos tan cortos es, precisamente que, de manera errónea se considera que el procedimiento de flagrancia se creó y es utilizado, sobre todo, para el juzgamiento de delitos simples, en los cuales no hay ninguna dificultad de investigación y juzgamiento, olvidando

que la defensa tiene que lograr contactar a los testigos, recabar pruebas de descargo, y elaborar una buena estrategia de defensa y que podría no ser suficiente el plazo de veinticuatro horas para realizar todas estas diligencias. En ese sentido, se ha señalado que “se parte del gravísimo error conceptual de creer que en materia de flagrancia no hay nada que investigar”. **(Chinchilla Calderón, 2009, p. 146)**

Si bien, por un lado, con este procedimiento se dice que se trata de dar cumplimiento al principio de justicia pronta y cumplida, lo cierto es que eso podría ir en detrimento de la defensa del encartado, quien antes de la etapa inicial solo cuenta con veinticuatro horas para tener pruebas que refuten la ofrecida por el Ministerio Público, y con un máximo de quince días y ofrecer pruebas para la refutación, propiamente en el debate, y una vez habiéndose admitido el procedimiento de flagrancia por el Tribunal, lo cierto es que no se establece que esto sea una causa para pasar el trámite a procedimiento ordinario, lo cual va en detrimento de la posibilidad de refutación en la defensa e, incluso, se establece que el debate debe hacerse como parte de la misma audiencia en una segunda parte, lo cual, si bien no se cumple en la práctica, podría dejar en una total desventaja a la defensa para poder refutar la prueba de cargo.

En ese sentido, Rosaura Chinchilla ha indicado que:

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 el posible que quien presente rastros del hecho no sea necesariamente el autor y para poder ejercer adecuadamente la defensa requiera más plazo que el indicado. **(Chinchilla Calderón, 2009, p.147)**

Resulta cuestionable la celeridad del procedimiento para el principio de refutación, porque resulta igualmente debatible que garantice los principios del proceso penal acusatorio, y que se garantice una igualdad de armas en las partes, cuando al Ministerio Público, desde el inicio, se le traen todas las pruebas contra el encartado que, incluso, podrían no ser válidas o ciertas, porque pueden ser

pruebas que llegan a creer erróneamente que una persona es autor de un hecho, y no lo es y además tiene la posibilidad de escoger el procedimiento aplicable, pero la defensa cuenta, en un principio, solo con veinticuatro horas para acudir a la primera audiencia, donde inclusive se valora la aplicación de una medida cautelar, entre ella, la más gravosa, que es la prisión preventiva, y con un plazo máximo de quince días para acudir al debate y refutar la prueba del Ministerio Público.

En igual sentido, en este procedimiento y como único órgano jurisdiccional se creó solamente el Tribunal de Flagrancia, que conocerá los delitos acusados mediante este procedimiento, y se elimina la etapa intermedia del proceso ordinario, con el inconveniente, además, que la defensa no puede impugnar lo resuelto preliminarmente por el Tribunal, en el caso de una aplicación de una medida cautelar, o la aceptación o rechazo de pruebas o la aceptación de la acusación, o el solo hecho de aceptar la aplicación de este procedimiento, dejando en una clara desventaja a la defensa, para realizar su principal función, cual es la refutación, o es que en el fondo se trata solo de legitimar una sentencia condenatoria contra los imputados con la presencia de la defensa.

Lo anterior, porque si bien no es lo mismo celeridad que indefensión, lo cierto es que en un plazo de solo 24 horas máximo para preparar la defensa y para refutar, tanto la acusación como la posibilidad de aplicación de la medida cautelar más gravosa como es la prisión preventiva, podría resultar insuficiente, en algunos casos, como lo señala Rosaura Chinchilla, para hacer llegar pruebas, tanto testimoniales como documentales, e incluso, periciales, que permitan realmente refutar la prueba de cargo con la cual el Ministerio Público cuenta desde el inicio del proceso, ya que al Ministerio Público se le trae, no solo al acusado, sino a las pruebas en su contra, tanto testigos como evidencias materiales y la única diligencia que debe hacer para proceder a acusar es precisamente recibir de manera oral, la denuncia o los informes policiales, así como el nombramiento de la defensa, y si no cuenta con suficiente prueba, simplemente procede a determinar que se aplique el procedimiento ordinario.

Caso contrario, la defensa no puede solicitar la aplicación del procedimiento

ordinario para hacer llegar la prueba, o por lo menos, no se encuentra previsto de esta manera, aunque tampoco se señala lo contrario.

Si bien la Sala Constitucional, en su voto 11099-2009 de las doce horas con treinta y seis minutos del diez de julio del dos mil nueve, señala que:

El hecho de que se trate de un trámite expedito no puede entenderse en modo alguno, que esto sea menoscabo de los principios, derechos y garantías que integran el debido proceso, los cuales han de mantenerse incólumes. El legislador, dentro de la competencia que le ha sido asignada por la Constitución para diseñar los diferentes procesos, puede establecer un orden diverso o particularidades específicas... siempre y cuando no se vulneren los derechos y garantías fundamentales de las partes, el hecho de que puede ser más expedito no conlleva necesariamente menos garantías.

Sin embargo, en dicho voto no se analiza propiamente la situación central, y es que si la defensa requiere un mayor plazo para prepararse, puede solicitar que se aplique el procedimiento ordinario, o que se apliquen los plazos del procedimiento especial.

En todo caso, se puede señalar que este es un procedimiento garantista, en su mayoría, pero que aún conserva rasgos autoritarios, como la previsión que el juez deba prevenir la corrección de la acusación, o que no se haya previsto la declaración del imputado previo al debate, así como los cortos plazos con los que cuenta la defensa del imputado, para poder ofrecer la prueba que refute la tesis fiscal, sin que sea motivo para solicitar que no se aplique este procedimiento a solicitud de la defensa.

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL EXPEDITO DE FLAGRANCIA

Como todo procedimiento, el de flagrancia no es la excepción. Viene a ser una cadena de etapas que deben ser cumplidas y más que ver estas formas procesales como un obstáculo al desarrollo rápido del proceso, y en esto me

quiero detener un instante, existe la moda, si no la creencia que la celeridad prontitud es la vía correcta para “resolver” las causas que se juzgan en los tribunales.

No debemos confundir la celeridad y la prontitud, con el debilitamiento o la negación de derechos que forman parte del individuo, el atascamiento o la mora deben ser atacadas y debemos –los funcionarios ser más eficientes en nuestras ocupaciones-, pero no debemos confundir y venir a creer que así las cosas serán mejor, es más es notorio que cada vez el efecto o el sentir social es de mayor inseguridad y, como es “normal”, se suelen dar respuestas populistas a un fenómeno que ni de lejos, el ámbito jurisdiccional podrá resolver.

Los Principios del Proceso no tienen velocidades ni lentas ni rápidas. Son el carril por donde deben transitar las causas, porque son las que permiten dar seguridad jurídica que el Estado no va a actuar de forma arbitraria, que el procedimiento realizado es de forma legal, y eso favorece a un Estado democrático de derecho, que requiere la credibilidad de la administración de justicia.

El procedimiento penal tiene un carácter instrumental. Es un instrumento de materialización o realización del derecho penal. Tiene un orden, ya que no se puede detener a alguien arbitrariamente y sin haber investigado no se debe emitir juicios sobre la detención de alguien en los medios de prensa, porque se condena públicamente antes de la decisión judicial y de verificación de las pruebas, porque cada acto tiene su forma y cada parte tiene su función, por ello, se considera el proceso como una actividad controlada.

Por eso, se dice que si el proceso está constituido por una serie gradual, progresiva y concatenada de actos, es decir, por un conjunto de actos que están divididos u organizados en grados o fases, con objetivos específicos que avanzan en línea antecedente, para alcanzar determinados fines, que están entrelazados unos a otros, implican que ello no quedan al arbitrio del juzgador, ni de los otros intervinientes, sino que están regulados todos por el derecho procesal de un sujeto imparcial, permite que entre las partes se controle y, más bien, las formas

procesales favorecen los derechos fundamentales y la administración de justicia.

En ese sentido, la **Sala Constitucional ha indicado al respecto en voto 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos**: Derecho fundamental a la justicia:

La existencia y disponibilidad de un sistema de administración de justicia valga decir de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio jurisdiccional del Estado- declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos, lo cual comprende a su vez un conjunto de órganos jurisdiccionales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de este aparato para resolver los conflictos y corregir los entuertos que origina la vida social, en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación (...)

En un mismo sentido, se ha pronunciado la **Sala Tercera, en el voto 560-F-95 de las diez horas diez minutos del veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cinco**, que indicó:

A cada uno de estos sujetos les corresponde velar por la legitimidad de las actuaciones propias y de los otros, para poder lograr así un proceso jurídicamente válido y eficaz: esta es la actitud que de ellos exige la más elemental inteligencia de nuestro sistema jurídico y la solución que más se aviene con el principio constitucional de justicia pronta y cumplida sin denegación, así como en el amplio abanico de derechos y garantías individuales.

Este control que se menciona no podría realizarse si no hubiera hoy formas procesales previamente establecidas. Así que la función de dichas formas procesales es permitir, definitivamente, que las partes puedan controlar las actuaciones de los demás y del juez, y que este, a su vez, pueda controlar las actuaciones de las partes, para evitar que se violenten derechos fundamentales de

ellas. Este procedimiento especial, tal y como lo señala el mismo Código Procesal Penal, igualmente tiene formas establecidas y etapas mediante las cuales se va desarrollando formas y etapas que deben ser cumplidas, tal y como se encuentran reguladas.

VALORACIÓN DE LA ACUSACIÓN Y DE LA PROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO

Se ha indicado que esta fase del proceso de flagrancia tiene la particularidad que suprime la etapa intermedia, que debería celebrarla un juez de juicio, como lo diseñó la ley principalmente, porque lo resuelto respecto de la procedencia o no del procedimiento o medidas cautelares no tiene ningún medio de impugnación, dejando en desventaja las partes ante dichas resoluciones que podrían ser arbitrarias.

La primera etapa dentro de este procedimiento viene a iniciarse ante el Ministerio Público, ante quien se presenta las pruebas y el detenido, y quien, de manera oral, recibe las pruebas que existan y este es el que valora si es pertinente que el asunto debe ser acusado y pasar ante el Tribunal de Flagrancia, así que cuando se encuentre constituida la defensa técnica, procederá a solicitar oralmente al tribunal de juicio que realice una audiencia para conocer de su solicitud, donde pueden ser variadas, desde la solicitud de prisión preventiva, hasta la imposición de cargos, medidas alternas o procedimientos abreviados y solicitud de apertura a juicio. El tribunal resolverá oralmente, de inmediato, si concurren los requisitos para aplicar el procedimiento de flagrancia.

Recibida la solicitud por parte del fiscal, el tribunal, en forma inmediata, realizará la audiencia, la cual será de forma oral y pública, relevante acá, que el juez quien celebró la primera audiencia no puede ser el mismo que celebre el juicio, ya que, en caso contrario, incurriría en la violación del principio de imparcialidad judicial, ya que incluso se establece que, en el caso que la acusación fiscal no esté bien formulada, se le debe prevenir que la corrija por parte del juez que realiza dicha audiencia.

Al establecerse en el procedimiento, tal y como supra se indicará, que si el juez que realiza esta primera parte de la audiencia y considera que se ha planteado mal la acusación, lo anterior como una forma de pronunciarse por el fondo del asunto, e incluso, como se indicara de evadir funciones del fiscal, por lo que no podría conocer este mismo juez de un juicio, para garantizar una verdadera imparcialidad para el imputado del tribunal que lo juzga en la principal etapa procesal que es el juicio.

De esta manera, de todas las audiencias debe quedar registro digital de video y audio y tendrán acceso a ella las partes por medio de una copia. En la primera parte de esta audiencia, el fiscal, primero señala por qué se está ante un procedimiento de flagrancia. En caso de ser aceptado por el tribunal, procederá a exponer oralmente la acusación dirigida en contra del imputado, donde se describa los hechos, y se determine la calificación legal de estos, así como el ofrecimiento de la prueba.

La defensa podrá referirse a la pieza acusatoria y realizar sus consideraciones sobre ella, además de ofrecer la prueba para el proceso, o de ser pertinente la aplicación de medidas, alternas al juicio o al procedimiento abreviado, siendo igualmente un problema para la defensa tanta celeridad que, incluso, podría ser causa de indefensión, porque únicamente cuenta con un plazo de veinticuatro horas para refutar las pruebas del Ministerio Público, cuando además, el horario de los funcionarios no es de veinticuatro horas, sino de ocho horas solamente, y se reduce, entonces, la posibilidad de hacer llegar las pruebas a esta primera audiencia, cuando no se ha recibido ni la declaración del imputado.

Dentro de esta primera audiencia, tanto el actor civil como el querellante pueden constituirse como partes y, ahí mismo, se valora la admisibilidad de ellas, pero estas, por su propia naturaleza, más bien parecen incompatibles con este procedimiento expedito, dejando en clara desventaja a la víctima que, para apersonar a un abogado de su confianza, igualmente, cuenta con las mismas veinticuatro horas de la defensa, o en su efecto, delegar la acción civil en el Ministerio Público

Pero igualmente se señala que en la acción civil, se debe condenar, en abstracto, remitiendo a la víctima a la ejecución de sentencia civil que, por su naturaleza, viene a ser justicia retardada para la víctima, entonces, lo recomendable en estos casos, es que cuando haya acción civil, se hagan llegar las pruebas necesarias para que dicha acción puede resolverse con condenas concretas antes del debate, y que incluso en el debate, pueda presentarla, así como la querrela que, igualmente, debe valorar el Tribunal.

Otra de las críticas que se ha planteado por respecto de este procedimiento es que, en la primera parte de la audiencia, no hay mayor control para continuar hacia la etapa de juicio. No se dicta auto de apertura a juicio, el tribunal es el que admite, tanto la acusación, querrela o acción civil, como las pruebas de cada una de las partes, al indicarse que: "al no existir etapa intermedia no se requiere que se dicte un auto de apertura a juicio de modo que no hay un control del grado de probabilidad necesario para que pase a la etapa de juicio". **(Llobeth Rodríguez, 2009)**

Sin embargo, esta crítica no es tan válida, porque existe similitud en el procedimiento ordinario, ya que aunque se trata de un tribunal diferente el que acepta los hechos y la prueba, no existe ningún recurso donde las partes puedan ejercer para controlar lo admitido, siendo igualmente cuestionable la etapa intermedia en el procedimiento ordinario, no constituyendo una mayor garantía para el imputado el procedimiento ordinario, en el sentido que exista un verdadero control jurisdiccional de las acusaciones del Ministerio Público, antes que un asunto llegue a la etapa de juicio.

Además, se puede cuestionar que, en esta etapa, no se ha previsto en la ley que se le reciba declaración al imputado, aunque tampoco prohíbe que se haga, porque precisamente, como parte de la refutación de la prueba de cargo, el imputado podría, junto a su defensor, decidir declarar como parte de su defensa material y que, igualmente, el Ministerio Público recabe la prueba que pueda venir a beneficiar al imputado, en caso de ser necesario, y nada lo impide, aunque en la práctica, generalmente su declaración indagatoria se deja solo para la etapa de

juicio, lo cual puede considerarse una violación del derecho de defensa del encartado.

Para el procedimiento ordinario, el artículo 91 del código procesal penal expresamente establece que “cuando exista motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el funcionario del Ministerio Público encargado de la investigación procederá a recibirle su declaración”.

De ahí se puede extraer el derecho de defensa del imputado y, además, el artículo 39 de la Constitución Política establece que “a nadie se hará sufrir por pena sino por delito, cuasidelito o falta previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa”. Este derecho de defensa, resulta ser, entonces, muy amplio, y así se ha entendido por doctrina que la indagatoria del imputado resulta ser parte del derecho de defensa de él, y sobre esto se señala que:

En el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente de dar vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse. Nemo tenetur se detegere es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio. (Ferrajoli, 1995 p 608)

Es decir, que la indagatoria del imputado resulta ser fundamental en el derecho de defensa y, principalmente, para el garantismo penal.

10 CASOS DE PERSONAS EXTRANJERAS PROCESADAS A TRAVÉS DEL PROCESO DE FLAGRANCIA DURANTE EL AÑO 2016

Cuadro N° 1: Primer Trimestre

Expedient e	Delito	Interviniente s	País	Estudios	Oficio	Estad o civil	Estado del proceso
----------------	--------	--------------------	------	----------	--------	------------------	-----------------------

16-000019-1260-PE	Desobediencia	Imputado: Josué David Flores Tellez	Nicaragua	Primaria	Albañil de construcción	Soltero	Incompetencia
		Ofendido: Delia Del Carmen Tellez Fernández					
16-000041-1260-PE	Robo simple	Imputado: Enrique Antonio Mayorga Caballero.	Nicaragua	Secundaria incompleta	jornalero	Soltero	Absolutoria
16-000049-1260-PE	Hurto simple	Ofendida: Ezequiel Flores Acosta	Nicaragua	Primaria incompleta	Limpieza	Unión libre	Rebelde
16-000106-1260-PE	Robo simple	Imputado: Yessell Josué Zavala Cisnero	Nicaragua	Secundaria	Construcción	Soltero	Condenatoria con abreviado
16-000109-1260-PE	Incumplimiento de medida de protección	Imputada: Rosa María García Fajardo	Nicaragua	Secundaria incompleta	Ama de casa	Unión de hecho	Rebelde
16-	Hurto simple	Ofendida:	Nicaragua	Secundaria	Comerciant	Soltero	Absolutori

000110-1260-PE		Gleda María Guevara Sequeira	a	a	e	a	a
16-000111-1260-PE	Hurto simple	Imputado: Víctor Manuel Zeledón Zeledón Ofendida: Mary Luz Martínez Rodríguez	Nicaragua	Primaria	Jornalero	Soltero	Conciliación
16-000112-1260-PE	Incumplimiento de medida de protección	Imputado: Jerónimo Marcel Valdelomar Martínez Ofendida: Eugenia Margarita Obando Vargas	Nicaragua	secundaria completa	Comerciante	Soltero	Conciliación condicionada
16-000120-1260-PE	Incumplimiento de medida de protección	Imputado: Lester Ariel Moreira Espinoza	Nicaragua	secundaria	Construcción	Soltero	Abrev. Condenado con beneficio
16-000132-	Incumplimiento de medida	Imputado: Henry	Nicaragua	No indica	Vendedor ambulante	Soltero	Abreviado

1260-PE		López García					
16- 000142- 1260-PE	Incumplimient o de medida	Imputado: José Orlando Guevara Vásquez Ofendida: María de los Ángeles Soza	Nicaragu a	Secundari a	Jornalero	Solter o	Concilia- ción
16- 000145- 1260-PE	Amenaza a un funcionario público	Imputado: Gerald José Espinoza Hernández	Nicaragu a	Primaria	Comerciant e informal	Solter o	Absolutori a
16- 000156- 1260-PE	Homicidio simple, hurto simple, robo simple	Imputado: Justo Pastor Herrera Orozco	Nicaragu a	Secundari a	Sin oficio, jornalero	Solter o	Condenato -ria
16- 000158- 1260-PE	---	Imputado: Marvin Briones Lagos	Nicaragu a	Primaria	Construcci ón oficios varios	Solter o	Sobresei- miento por conciliació n

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N°2: Segundo Trimestre

Expediente	Delito	Intervinientes	País	Estudios	Oficio	Estado civil	Estado del proceso
16-000002-1260-PE	Desobediencia	Imputada: Claudia María Sandoval Castrillo	Nicaragua	Primaria completa	Ama de casa	de Madre soltera	Suspensión del proceso a prueba
16-000020-1260-PE	Agresión con arma, usurpación y violación de domicilio	Imputada: Celia María Arbizu García	Nicaragua	secundaria	Comerciante	Unión de hecho	En trámite
16-000173-1260-PE	Conducción temeraria	Imputado: Alexis Antonio Martínez Poveda	Nicaragua	Secundaria	Oficios varios	Soltero	Suspensión de proceso a prueba
16-	Hurto simple	Imputado:	Nicaragua	Secundaria	Peón de	Soltero	Juicio

000187- 1260-PE		Yader Jiménez Cortés	a	a	construcción	o	
16- 000188- 1260-PE	Infracción a Ley de Caza y Pesca	Imputado: Eddy Andrés Tellez	Nicaragua	primaria	Jornalero	Soltero	Conciliación
16- 000210- 1260-PE	Conducción temeraria	Imputado: José Antonio Acuna Hernández	Nicaragua	Secundaria	Comerciante	Soltero	Suspensión del proceso a prueba
16- 000250- 1260-PE	Hurto simple	Imputado: Angelo Bryant Portocarrero Murillo	Colombia	Secundaria incompleta	Labores varias	Soltero	Juicio
16- 000285- 1260-PE	Agresión con armas	Ofendido: Jorvel Denis López Núñez	Nicaragua	Secundaria	Ayudante cocina	Soltero	Conciliación
16- 000290- 1260-PE	Agresión con armas	Ofendido: Samuel Antonio Gazo	Nicaragua	Secundaria	Peón de construcción	Soltero	Abrev. Condenado con beneficio
16- 000310-	Resistencia	Imputados: Juan	Nicaragua	Primaria completa	Taxista pirata y		Juicio

1260-PE		Antonio Moreno Benavides y Tiffen Gabriel Moraga Meneses		y secundari a	ayudante de construcci ón		
16- 000326- 1260-PE	Conducción temeraria	Imputado: Armando García	Cuba	Secundari a incomplet a	Cocinero y otros	Solter o	Suspensió n del proceso a prueba

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N° 3: Tercer Trimestre

Expedient e	Delito	Interviniente s	País	Estudios	Oficio	Estado civil	Estado del proces o
16- 000371- 1260-PE	Daños	Ofendido: Blanca Eliza Sarria Ruby	Nicaragu a	Secundaria	Estilista	Unión de hecho	Conci- liación
16- 000379- 1260-PE	Portación ilícita de arma permitida	Imputado: Keith Alan Evans	Estados Unidos	Universitari a incompleta	Estudiante	Soltero	Suspen- sión del proces

							o a prueba
16- 000410- 1260-PE	Incumplimient o de protección	Imputado: Franklin Antonio García	Nicaragu a	Primaria	Chofer	Unión de hecho	Conci- liación
16- 000419- 1260-PE	Agresión con arma	Ofendido: Miguel Ángel Aguilar Gutiérrez	Nicaragu a	Primaria	Agricultor y construcci ón	Soltero	Conci- liación
16- 000435- 1260-PE	Desobedienci a	Imputado: Josué David Flores Tellez Ofendida: Delia Del Carmen Tellez Fernández	Nicaragu a	Secundaria incompleta	Comercian te informal	Unión de hecho	Juicio
16- 000440- 1260-PE	Movilización de madera de bosque o plantación sin permiso	Imputado: René Antonio Brizuela	Nicaragu a	Secundaria incompleta	Comercian te	Separad o	Sobre- seimien -to definiti- vo

16- 000446- 1260-PE	Conducción temeraria	Imputado: Alejandro Mercedes Toruño Lira	Nicaragu a	Secundaria	Taxista informal	Soltero	Concili ación
16- 000448- 1260-PE	Conducción temeraria	Imputado: Alcides Manuel Obando Solano	Nicaragu a	Secundaria	Oficios varios	Soltero	Suspen -sión de proces o a prueba
16- 000450- 1260-PE	Maltrato, venta de drogas, sustancias o productos sin autorización legal	Imputado: Gustavo Adolfo Uribe Herrera y Gustavo Adolfo Uribe Herrera. Ofendida: Sandra Ocampo Sanabria	Colombia	Universidad incompleta	Estudiante	Soltero	Juicio
16- 000458- 1260-PE	Hurto simple	Imputado: Jorge Armando Uribe Rojas	Colombia	Secundaria	Ayudante de cocina	Soltero	Juicio

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N°4: Cuarto Trimestre

Expediente	Imputado	País	Delito	Estudios	Oficio	Estado civil	Estado del proceso	
16-000132-1260-PE	Henry López García	Nicaragua	Incumplimiento una medida protección	Primaria incompleta	Sin oficio	Soltero	Condenatoria	con abreviado
16-000156-1260-PE	Justo Pastor Herrera Orozco	Nicaragua	Homicidio simple, hurto simple robo simple	Secundaria incompleta	Taxista informal	Soltero	Condenatoria	con abreviado
16-000221-1260-PE	David Puerto Carrero Morales	Nicaragua	Robo Agravado	Primaria incompleta	Consultración	Divorciado	Absuelto	
16-000120-1260-PE	Lester Ariel Moreira Espinoza	Nicaragua	Incumplimiento de una medida de protección	Primaria completa	Comerciante	Casado	Condenatoria	con abreviado
12-000463-0412-PE	Daniel Ulises Kososki	Estados Unidos	Incumplimiento	Secundaria incompleta	Jornalero	Divorciado	Condenatoria	con abreviado

12- 001415- 0412-PE	Pedro Rafael Ruiz Obando	Nicaragua	Portación ilícita de arma permitida	Primaria incomple- -ta	Sin oficio	Soltero	Condenatoria con abreviado
13- 000129- 1260-PE	Jorge Alberto Narváez Mendoza	Nicaragua	Portación ilícita de arma permitida	Primaria completa	Sin oficio	Soltero	Condenatoria con abreviado
14- 000011- 1260-PE	Ramón Andrés Altamira- no Muñoz	Nicaragua	Hurto simple	Primaria completa	Agri- cultor	Divor- ciado	Absuelto
14- 000248- 12060- PE	Luis Enrique Urrutia Laguna	Nicaragua	Hurto simple	Secunda- ria incomple- -ta	Cons- truc- ción	Soltero	Condenatoria con abreviado
14- 000272- 12060- PE	Lenin Cruz Matute	Nicaragua	Hurto simple	Primaria incomple- -ta	Maes- tro de obra	Casado	Absuelto
14- 000341- 1260-PE	Jesse Bishop Gaby	Estados Unidos	Conducció n temeraria	Secunda- ria completa	Cocine- -ro	Divorcia- do	Condenatoria con abreviado

14- 000344- 1260-PE	Juan José Duarte Flores	Nicaragua	Conducció n temeraria	Primaria incomple -ta	Peón	Casado	Condenatoria abreviado	con
14- 000388- 12060- PE	Alexande r Josué López Palacios	Nicaragua	Conducció n temeraria	Primaria incomple -ta	Chofer	Soltero	Condenatoria abreviado	con
14- 000408- 1260-PE	Franklin Ríos Ruiz	Nicaragua	Conducció n temeraria	Secunda- ria incomple Ta	Lim- pieza	Soltero	Condenatoria abreviado	con
15- 000023- 1260-PE	Ernesto Morales Campos	Nicaragua	Desobe- diencia	Primaria incom- pleta	Cha- piador	Casado	Condenatoria abreviado	con
15- 000122- 1260-PE	Enrique Palacios Romero	Nicaragua	Portación ilícita de arma permitida	Primaria incom- pleta	Agri- cultor	Casado	Condenatoria abreviado	con
15- 000138- 1260-PE	Ever Antonio Pupiro Saborío	Nicaragua	Portación ilícita de arma permitida	Primaria incom- pleta	Elec- tricista	Soltero	Condenatoria abreviado	con
15- 000144- 1260-PE	Iraldo José Paiz	Nicaragua	Incumpli- miento de medida de	Primaria incom- pleta	Sin oficio	Casado	Condenatoria abreviado	con

	Hernández		protección						
15-000199-1206-PE	Efraín Antonio Blandón Ruiz	Nicaragua	Conducción temeraria	Primaria incompleta	Sin oficio	Divorciado	Condenatoria abreviado	con	
15-000214-1260-PE	Logan Adam Riley	Estados Unidos	Portación ilícita de arma permitida	Secundaria incompleta	Reparación de vehículos	Soltero	Condenatoria abreviado	con	
15-000222-1260-PE	Lester López Gómez	Nicaragua	Conducción temeraria	Primaria incompleta	Ayudante de cocina	Casado	Condenatoria abreviado	con	
15-000354-1260-PE	Zaida E. Artola Mendoza	Nicaragua	Portación ilícita de arma	Primaria incompleta	Dependiente	Soltero	Condenatoria abreviado	con	
15-000368-1260-PE	Ester González López	Nicaragua	Incumplimiento de medida de protección	Primaria completa	taxista	Divorciado	Abreviado		
15-000374-1260-PE	Moisés Antonio Cano Jiménez	Nicaragua	Conducción temeraria	Primaria completa	Maestro de obra	Casado	Condenatoria abreviado	con	
15-000375-	Rolando Zamora	Nicaragua	Portación ilícita de	Primaria completa	Agricultor	Divorciado	Condenatoria abreviado	con	

1260-PE	Dávila		arma permitida					
15-000394-1260-PE	Javier Palomino Flores	Perú	Quiebra fraudulenta	Primaria incompleta	Eleccionista	Soltero	Condenatoria abreviado	con
15-000431-1260-PE	Donald Dinarte Pasos	Nicaragua	Movilización de madera de bosque o plantación sin permiso	Primaria incompleta	Jornalero	Soltero	Condenatoria abreviado	con
15-000433-1260-PE	Ramón Flores Caballero	Nicaragua	Infracción a la Ley de Caza y pesca	Primaria incompleta	Oficios varios	Divorciado	Abreviado	
15-000442-12060-PE	Iván García Cruz	Nicaragua	Incumplimiento de medida de protección	Secundaria incompleta	Sin oficio	Soltero	Condenatoria abreviado	con
15-000455-1260-PE	Nelson Méndez González	Nicaragua	Portación ilícita de arma permitida	Primaria incompleta	Albañil	Soltero	Condenatoria	

15-000457-1260-PE	Olivier Hernández Arias	Nicaragua	Conducción temeraria	Primaria incompleta	Albañil	Casado	Condenatoria abreviado	con
15-000476-1260-PE	Zhenya Marino Nikolova	Bulgaria	Conducción temeraria	Primaria incompleta	Fontanero	Soltero	Condenatoria abreviado	con
15-000489-1260-PE	Manfred Spitzbarth	Alemania	Conducción temeraria	Secundaria incompleta	Mecánico	Soltero	Condenatoria abreviado	con
15-000516-1260-PE	Wilman García	Nicaragua	Agresión con arma	Primaria incompleta	Sin oficio	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16-000049-1260-PE	Ezequiel Flores Acosta	Nicaragua	Agresión con arma	Primaria incompleta	Mecánico	soltero	Condenatoria abreviado	con
16-000111-12060-PE	Víctor Zeledón Zeledón	Nicaragua	Hurto simple	Secundaria incompleta	Estudiante	Soltero	Condenatoria	
16-000112-1260-PE	Jerónimo Valdelomar Martínez	Nicaragua	Incumplimiento de medida de protección	Secundaria incompleta	Fontanero	Soltero	Condenatoria	
16-000142-	José Guevara	Nicaragua	Incumplimiento	Primaria incompleta	Vendedor	Soltero	Condenatoria	

1260-PE	Vásquez		medida	-ta				
16- 000173- 1260-PE	Alexis Martínez Poveda	Nicaragua	Conducció n temeraria	Primaria incomple -ta	Jorna- lero	Divorcia- do	Condenatoria abreviado	con
16- 000187- 1260-PE	Ander Jiménez Cortés	Nicaragua	Hurto simple	Secunda- ria incomple -ta	Peón	Casado	Abreviado	
16- 000250- 1260-PE	Angelo Porto- carrero Murillo	Colombia	Hurto simple	Primaria incomple -ta	Depen- diente	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16- 000285- 1260-PE	Jovel López Núñez	Nicaragua	Resistenci a	Primaria completa	Sin oficio	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16- 000310- 1260-PE	Juan Moreno Benavi- des, Tiffen Morera Meneses	Nicaragua	Resistenci a	Primaria incomple -ta	Depen- diente	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16- 000326- 1260-PE	Armando García	Cuba	Conducció n temeraria	Primaria incomple -ta	Lim- pieza	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16- 000410-	Franklin García	Nicaragua	Incumpli- miento de	Primaria incomple	Jorna- lero	Soltero	Condenatoria abreviado	con

1260-PE			medida de protección	-ta				
16-000446-1260-PE	Alejandro Toruño Lira	Nicaragua	Conducción temeraria	Secundaria incompleta	Sin oficio	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16-000448-1260-PE	Alcides Obando Solano	Nicaragua	Conducción temeraria	Primaria incompleta	Albañil	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16-000458-1260-PE	Jorge Uribe Rojas	Colombia	Hurto simple	Primaria incompleta	Albañil	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16-000511-1260-PE	Édgar Acosta Upegui	Colombia	Incumplimiento de medida de protección	Primaria incompleta	Construcción	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16-000515-1260-PE	Deiby Levith García	Nicaragua	Conducción temeraria	Primaria incompleta	Jornalero	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16-000527-1260-PE	José Cipriano Farinas	Nicaragua	Incumplimiento de medida de protección	Primaria incompleta	Ayudante de cocina	Soltero	Absuelto	
16-000622-1260-PE	Roberto Ruiz Reyes	Nicaragua	Incumplimiento de medida de protección	Primaria incompleta	Sin oficio	Soltero	Absuelto	

16- 000650- 1260-PE	Elvin Bustamante Zúñiga	Nicaragua	Conducción temeraria	Primaria incompleta	Sin oficio	Soltero	Condenatoria con abreviado
14- 000252- 1260-PE	Jeisson Guerrero Carmona	Nicaragua	Infracción a la Ley de Caza y Pesca	Primaria incompleta	Peón	Soltero	Condenatoria
14- 000363- 1260-PE	Carlos Villavicencio Flores	Nicaragua	Maltrato	Primaria incompleta	Construcción	Divorciado	Condenatoria con abreviado
15- 000183- 1260-PE	Óscar Villegas Ocampo	Nicaragua	Desobediencia	Secundaria completa	Jornalero	Soltero	Condenatoria
16- 000345- 1260-PE	Manuel Bustos Huertas	Nicaragua	Hurto simple	Secundaria completa	Jornalero	Soltero	Absolutoria
16- 000435- 1260-PE	Jeffrey Martínez	Nicaragua	Desobediencia	Primaria completa	Mecánico	Soltero	Condenatoria
16- 000437- 1206-PE	Olivier Mena Jiménez	Colombia	Abusos sexuales personas menores e incapaces	Primaria completa	Comerciante	Soltero	Absolutoria

16- 000513- 1260-PE	Ricardo Acevedo Ruiz	Nicaragua	Robo agravado	Primaria incomple -ta	Albañil	Divorcia- do	Condenatoria	
16- 000521- 1260-PE	Luis Monge Martínez	Nicaragua	Maltrato	Secunda- ria incomple -ta	Albañil	Soltero	Absolutoria	
16- 000524- 1260-PE	Ezequiel López López	Colombia	Transporte de droga, sustancias o productos sin autorización legal	Secunda- ria incomple -ta	Jorna- lero	Casado	Absolutoria	
16- 000555- 1260-PE	Leonard o Muñoz Campos	Nicaragua	Desobe- diencia	Secunda- ria incomple -ta	Comer -cio	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16- 000577- 1260-PE	Enrique Salazar Navarret e	Nicaragua	Hurto simple	Primaria incomple -ta	Activi- dades varias	Divorcia- do	Condenatoria abreviado	con
14- 000252- 1260-PE	Ismael González Estrada	Nicaragua	Portación ilícita de arma permitida	Primaria completa	Cons Truc- ción	Soltero	Condenatoria	
16- 000435- 1260-PE	Josué Flores Tellez	Nicaragua	Desobe- diencia	Primaria completa	Peón	Soltero	Condenatoria	

16- 000437- 1260-PE	José González Pavón	Nicaragua	Abusos sexuales personas menores de edad o incapaces	Primaria incomple -ta	Agri- cultor	Soltero	Absolutoria
13- 000031- 1260-PE	Heriberto Flores Reyes	Nicaragua	Hurto simple	Primaria incomple -ta	Lim- pieza	Soltero	Condenado
15- 000360- 1260-PE	Carlos Juárez Juárez	México	Comercio, tráfico o trasiego de flora silvestre, productos y subproduc- tos de especies en peligro de extinción sin permiso respectivo	Primaria incomple -ta	Comer -ciante	Soltero	Condenado
16- 0000005 -1265-PE	Iván Ramírez	Nicaragua	Infracción a la Ley de Caza y	Primaria incomple -ta	Peón	Soltero	Condenatoria

Pesca

16-000193-1260-PE	Alberto Jiménez Gutiérrez	Nicaragua	Conducción temeraria	Primaria incompleta	Dependiente	Soltero	Condenado abreviado	con
16-000356-1260-PE	Enrique Sandoval	Guatemala	Amenazas personales	Primaria incompleta	Vendedor ambulante	Soltero	Condenatoria	
16-000381-1260-PE	Cristian Moraga Calvo	Nicaragua	Hurto simple	Primaria incompleta	Comerciante	Soltero	Condenatoria	
16-000385-1260-PE	Ángel Contreras Villagra	Nicaragua	Infracción a la Ley Forestal	Primaria completa	Agricultor	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16-000398-1260-PE	José Piedra Núñez	Colombia	Resistencia	Primaria completa	Sin oficio	Soltero	Absolutoria	
16-000464-1260-PE	Emmanuel Castro	Nicaragua	Resistencia	Primaria completa	Empacador	Soltero	Condenatoria abreviado	con
16-000475-1260-PE	Lucas Peña Jiménez	Nicaragua	Hurto simple	Primaria incompleta	Dependiente	Soltero	Condenatoria	
16-000523-	Pedro Zamora	Nicaragua	Infracción a la Ley	Primaria incompleta	Albañil	Soltero	Condenatoria abreviado	con

1260-PE	Martínez		Forestal	-ta					
16- 000554- 1260-PE	Freddy Ángulo Moncada	Salvador	Tentativa de homicidio	Primaria incomple -ta	Empa- cador	Soltero	Absolutoria		
16- 000560- 1260-PE	Roberto Brenes Córdoba	Nicaragua	Incumpli- miento de medida de protección	Primaria incomple -ta	Expor- tador	Soltero	Condenatoria abreviado	con	
16- 000570- 1260-PE	Sergio Pérez	Nicaragua	Portación ilícita de arma permitida	Primaria incomple -ta	Albañil	Divorcia- do	Condenatoria abreviado	con	
16- 000614- 1260-PE	Erick Carmona Valles	Nicaragua	Incumpli- miento de medida de protección	Primaria incomple -ta	Sin oficio	Soltero	Condenatoria abreviado	con	
16- 000458- 1260-PE	Jorge Uribe Rojas	Colombia	Hurto simple	Primaria incomple -ta	Lim- pieza	Soltero	Condenatoria abreviado	con	
16- 000628- 1260-PE	Armando Duarte Rivero	Colombia	Infracción delitos pesqueros	Secunda- ria completa	Comer- -ciante	Soltero	Condenatoria abreviado	con	

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz)

CUADRO DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA POR TRIMESTRE

Cuadro N°1: Primer Trimestre

TIPO DE DELITO	1) Incumplimiento de medida de protección	5	45 %
	2) Hurto simple	4	25 %
	3) Robo simple	3	15 %
	4) Desobediencia	1	5 %
	5) Homicidio simple	1	5 %
	6) Amenaza a funcionario público	1	5 %
ESTADO CIVIL	1) Soltero	12	90 %
	2) Unión libre	2	10 %
NACIONALIDAD	1) Nicaragua	14	100 %
ESTUDIOS	1) Secundaria completa	6	45 %
	2) Primaria completa	4	35 %
	3) Secundaria incompleta	2	10 %
	4) Primaria incompleta	1	5 %
	5) No indica	1	5 %
OFICIO	1) Con oficio	13	95 %
	2) Sin oficio	1	5 %
ESTADO DEL PROCESO	1) conciliación	4	30 %

2) Absolutoria	3	25 %
3) Abreviado	3	15 %
4) Condenatoria	3	15 %
5) Rebelde	2	10 %
6) Incompetencia	1	5 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N°2: Segundo Trimestre

TIPO DE DELITO	1) Agresión con arma	3	25 %
	2) Conducción temeraria	3	25 %
	3) Hurto simple	2	20 %
	4) Desobediencia	1	6 %
	5) Resistencia	1	6 %
	6) Infracción a la Ley de Pesca	1	6 %
	7) Usurpación	1	6 %
	8) Violación de domicilio	1	6 %

ESTADO CIVIL	1) Soltero	8	70 %
	2) Unión libre	1	10 %
	3) Madre soltera	1	10 %
	4) No indica	1	10 %
NACIONALIDAD	1) Nicaragua	9	90 %
	2) Cuba	1	5 %
	3) Colombia	1	5 %
ESTUDIOS	1) Secundaria completa	7	51 %
	2) Primaria completa	3	34 %
	3) Secundaria incompleta	2	10 %
	4) No indica	1	5 %
OFICIO	Con oficio	11	100 %
ESTADO DEL PROCESO	1) Suspensión del proceso a prueba	4	35 %
	2) Juicio	3	20 %
	3) Conciliación	2	15 %
	4) En trámite	1	10 %
	5) Abreviado	1	10 %
	6) Condenado con beneficio	1	10 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N°3: Tercer Trimestre

TIPO DE DELITO	1) Conducción temeraria	2	28 %
	2) Portación ilícita de arma permitida	1	8 %
	3) Incumplimiento de protección	1	8 %
	4) Agresión con arma	1	8 %
	5) Desobediencia	1	8 %
	6) Movilización de madera de bosque o plantación sin permiso	1	8 %
	7) Maltrato	1	8 %
	8) Venta de drogas, sustancias o productos sin autorización legal	1	8 %
	9) Hurto simple	1	8 %
ESTADO CIVIL	1) Soltero	6	70 %
	2) Unión libre	3	20 %
	3) Separado	1	10 %

NACIONALIDAD	1) Nicaragua	7	70 %
	2) Colombia	2	25 %
	3) Estados Unidos	1	5 %
ESTUDIOS	1) Secundaria completa	4	40 %
	2) Primaria completa	2	20 %
	3) Secundaria incompleta	2	20 %
	4) Universitaria incompleta	2	20 %
OFICIO	1) Con oficio	10	100 %
ESTADO DEL PROCESO	1) Conciliación	4	40 %
	2) Juicio	3	30 %
	3) Suspensión del proceso a prueba	2	20 %
	4) sobreseimiento	1	10 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N°4: Cuarto Trimestre

TIPO DE DELITO			
	1) Conducción temeraria	17	28 %
	2) Incumplimiento de protección	14	15 %
	3) Hurto simple	13	12 %
	4) Portación ilícita de arma permitida	10	10 %
	5) Desobediencia	5	8 %
	6) Resistencia	4	6 %
	7) Infracción a la Ley de Caza y Pesca	3	4 %
	8) Robo agravado	2	2 %
	9) Abuso sexual	2	2 %
	10) Maltrato	2	2 %
	11) Agresión con arma	2	2 %
	12) Homicidio	1	1 %
	13) Infracción a la Ley Forestal	1	1 %
	14) Transporte de drogas	1	1 %
	15) Quiebra fraudulenta	1	1 %
	16) Tentativa de homicidio	1	1 %
	17) Robo simple	1	1 %
	18) Amenaza personal	1	1 %
	19) Comercio tráfico trasiego de flora	1	1 %

	20) Robo simple	1	1 %
ESTADO CIVIL	1) Soltero	63	70 %
	2) Unión libre	10	20 %
	3) Separado	12	10 %
NACIONALIDAD	1) Nicaragua	69	40 %
	2) Colombia	8	10 %
	3) Estados Unidos	3	8 %
	4) Perú	1	6 %
	5) Bulgaria	1	6 %
	6) Alemania	1	6 %
	7) Cuba	1	6 %
	8) México	1	6 %
	9) Guatemala	1	6 %
	10) Salvador	1	6 %
ESTUDIOS	1) Primaria incompleta	52	55 %
	2) Secundaria incompleta	14	20 %
	3) Primaria completa	13	17 %
	4) Secundaria	4	8 %

completa

OFICIO	1) Con oficio	71	88 %
	2) Sin oficio	13	12 %
ESTADO DEL PROCESO	1) Condenatoria con abreviado	53	56 %
	2) Condenatoria	16	22 %
	3) Absolutoria	12	17 %
	4) Abreviado	4	5 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

CUADRO ESTADÍSTICO, SEGÚN LA INFORMACIÓN DEL PRIMER, SEGUNDO, TERCER Y CUARTO TRIMESTRE DEL AÑO 2016

Cuadro N° 1: Primer, Segundo, Tercer y Cuarto Trimestre

TIPO DE DELITO			
	1) Conducción temeraria	22	16 %
	2) Hurto simple	20	12 %
	3) Incumplimiento de protección de medida	19	10 %
	4) Portación ilícita de arma permitida	11	9 %
	5) Desobediencia	8	8 %
	6) Resistencia	5	7 %
	7) Infracción a la Ley de Pesca	4	6 %
	8) Robo simple	4	5 %
	9) Agresión con arma	4	5 %
	10) Maltrato	3	4 %
	11) Venta, comercio, transporte de drogas, sustancias o productos sin autorización legal	3	4 %
	12) Robo agravado	2	2 %
	13) Abusos sexuales	2	2 %
	14) Homicidio simple	2	2 %
	15) Violación de domicilio	1	1 %

16) Daños	1	1 %
17) Amenazas personales	1	1 %
18) Tentativa de homicidio	1	1 %
19) Quiebra fraudulenta	1	1 %
20) Infracción a la Ley Forestal	1	1 %
21) Amenaza a funcionario público	1	1 %
22) Usurpación	1	1 %

ESTADO CIVIL

1) Soltero	89	53 %
2) Divorciado	12	21 %
3) Casado	10	13 %
4) Unión libre	9	5 %
5) No indica	2	4 %

	6) Separado	1	2 %
	7) Madre soltera	1	2 %
NACIONALIDAD	1) Nicaragua	99	70 %
	2) Colombia	11	10 %
	3) Estados Unidos	4	8 %
	4) Cuba	2	6 %
	5) Perú	1	1 %
	6) Bulgaria	1	1 %
	7) Alemania	1	1 %
	8) México	1	1 %
	9) Guatemala	1	1 %
	10) Salvador	1	1 %
ESTUDIOS	1) Primaria incompleta	52	40 %
	2) Primaria completa	22	25 %
	3) Secundaria incompleta	20	20 %
	4) Secundaria completa	21	15 %
OFICIO	1) Con oficio	105	95 %
	2) Sin oficio	13	5 %
ESTADO DEL	1) Condenatoria	53	40 %

PROCESO	con abreviado		
2)	Condenatoria	20	18 %
3)	Conciliación	10	14 %
4)	Abreviado	7	9 %
5)	Suspensión proceso a prueba	6	5 %
6)	Absolutoria	6	5 %
7)	Juicio	3	4 %
8)	Rebelde	2	2 %
9)	Incompetencia	1	1 %
10)	Trámite	1	1 %
11)	Sobreseimiento definitivo	1	1 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

11 CASOS DE PERSONAS EXTRANJERAS PROCESADAS A TRAVÉS DEL PROCESO DE FLAGRANCIA DURANTE EL AÑO 2019

Cuadro N°1: Primer Trimestre

EXPEDIENTE	INTERVINIENTES	PAÍS	EDAD	DELITO	ESTADO DEL PROCESO
19-000010-1260-PE	IMPUTADO: CARLOS ORTIZ SAMBRANA	NICARAGUA	32	INFRACCIÓN LEY DE AGUAS	TERMINADO SENTENCIA.
19-000084-1260-PE	IMPUTADO: WILLIAM	NICARAGUA	33	HURTO SIMPLE	CONCILIACIÓN.

HUMBERTO
ULLOA ALFARO

19-000093- 1260-PE	HÉCTOR GUTIÉRREZ POVEDA	NICARAGUA	51	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. INCUMPLIMIENTO DE MEDIDA	TERMINADO. SOBRESEIMIENTO.
-----------------------	-------------------------------	-----------	----	--	-------------------------------

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N°2: Segundo Trimestre

EXPEDIENTE	INTERVINIENTES	PAÍS	EDAD	DELITO	ESTADO DEL PROCESO
19-000161- 1260-PE	IMPUTADO: LEONIDAS FAJARDO FAJARDO	NICARAGUA	58	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. INCUMPLIMIENTO DE MEDIDA.	TERMINADO SENTENCIA

19-000162- 1260-PE	IMPUTADO: ALCELBO JOSÉ RUIZ	NICARAGUA	46	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER: MALTRADO.	TERMINADO SENTENCIA
19-000165- 1260-PE	IMPUTADO: FÉLIX ISAAC DÁVILA	NICARAGUA	27	ROBO AGRAVADO	TERMINADO SENTENCIA
19-000175- 1260-PE	IMPUTADO: SERGIO DE JESÚS ÁLVAREZ	NICARAGUA	66	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. MALTRATO.	TERMINADO SENTENCIA
19-000201- 1260-PE	IMPUTADO: ERIC JOSUÉ NAVAS GONZÁLEZ	NICARAGUA	39	CONDUCCIÓN TEMERARIA.	TERMINADO SENTENCIA
19-000213- 1260-PE	IMPUTADO: GAL HIDSHAK	ISRAEL	24	AMENAZAS AGRAVADAS.	TERMINADO SENTENCIA
19-000218- 1260-PE	IMPUTADO: LUIS ARMANDO MEJÍA Martínez	NICARAGUA	18	INFRACCIÓN A LA LEY DE ARMAS	CONCILIACIÓN.
19-000247- 11260-PE	IMPUTADA: ROSA ISELA MARTÍNEZ	NICARAGUA	20	HURTO SIMPLE	TERMINADO. ABREVIADO. CONMUTACIÓN.
19-000267- 1260-PE	IMPUTADO: JOSÉ ANÍBAL CANO	NICARAGUA	36	CONDUCCIÓN TEMERARIA	SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA.
19-000286-	IMPUTADO:	NICARAGUA	54	CONDUCCIÓN	SUSPENSIÓN

1260-PE	HILARIO ANTONIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ			TEMERARIA.	DEL PROCESO A PRUEBA.
19-000298- 1260-PE	IMPUTADO: BAYARDO VALLADARES VARGAS	NICARAGUA	54	AGRESIÓN CON ARMA	TERMINADO SENTENCIA
19-000303- 1260-PE	IMPUTADO: GIUSEPP DEL SALVO	ITALIA	82	RESISTENCIA A LA AUTORIDAD	TERMINADO SENTENCIA
19- 0003330126 0-PE	IMPUTADO: TEODORO FERRAFINO ORDÓÑEZ	NICARAGUA	46	INFRACCIÓN A LA LEY DE ARMAS Y EXPLOSIVOS	REBELDÍA.
19-000334- 1260-PE	IMPUTADO: JAVIER GUTIÉRREZ SEQUEIRA	NICARAGUA	32	AGRESIÓN CON ARMA	TERMINADO SENTENCIA

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste (Santa Cruz)

Cuadro N°3: Tercer Trimestre

EXPEDIENTE	INTERVINIENTES	PAÍS	EDAD	DELITO	ESTADO DEL PROCE-
------------	----------------	------	------	--------	-------------------------

SO

19-000354-1260-PE	IMPUTADO: JAIRO RAMÓN HERNÁNDEZ	NICARAGUA	42	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. INCUMPLIMIENTO DE MEDIDA.	TERMI- NADO. ABSO- LUTORIA.
19-000358-1260-PE	IMPUTADO: NORVIN ALEXANDER MENDOZA MELÉNDEZ	NICARAGUA	25	ROBO AGRAVADO	TERMI- NADO SEN- TENCIA
19-000192-1260-PE	IMPUTADO: ALBERTH RUIZ VALENCIA y JUAN CARLOS CAICEDO SALAZAR	COLOMBIA	35 y 54, respecti- vamente	ROBO AGRAVADO	TERMI- NADO SEN- TENCIA
19-000396-1260-PE	ROBERTO CRUZ URBINA	NICARAGUA	42	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER.	TERMI- NADO SEN- TENCIA
19-000398-1260-PE	IMPUTADO: JOHNNY ALBERTO LÓPEZ GARCÍA	NICARAGUA	20	ROBO AGRAVADO	TERMI- NADO. CONDE- NADO.
19-000431-1260-PE	IMPUTADO: PETRONILO	HONDURAS	27	HURTO SIMPLE	TERMI- NADO

	CASTILLO SUACEDO				SEN- TENCIA
19-000477- 1260-PE	IMPUTADO: ELÍ SAMUEL CRUZ MORA	NICARAGUA	36	DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD	CONCI- LIACIÓN.
19-000523- 1260-PE	IMPUTADO: EDWIN ORLANDO QUIJANO MOLINA	EL SALVADOR	49	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. INCUMPLI- MIENTO DE MEDIDA.	TERMI- NADO. CONDE- NATO- RIA POR ABRE- VIADO.

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

EXPEDIENTE	INTERVINIENTES	PAÍS	EDAD	DELITO	ESTADO DEL PROCESO
19-000539-1260-PE	IMPUTADO: JOSÉ MORALES GARCIA	NICARAGUA	35	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. INCUMPLIMIENTO DE MEDIDA.	CONCILIACIÓN.
19-000545-1260-PE	IMPUTADO: NORVIN ALEXANDER MENDOZA MELÉNDEZ	NICARAGUA	25	ROBO AGRAVADO	TERMINADO SENTENCIA.
19-000558-1260-PE	IMPUTADO: ALEJANDRO TORUÑO LIRA	NICARAGUA	41	CONDUCCIÓN TEMERARIA	TERMINADO. ABSOLUTORIA
19-000592-1260-PE	IMPUTADO: CRISTIAN GEOVANI MORALES PALLEI	NICARAGUA	24	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. MALTRATO.	TERMINADO SENTENCIA
19-000594-1260-PE	IMPUTADO: EMILIO RAMÓN CALIXTO CORONADO	NICARAGUA	22	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. MALTRATO.	CONCILIACIÓN.
19-000614-1260-PE	IMPUTADO: DAVID	CANADÁ	43	AGRESIÓN CON ARMA	TERMINADO.

ANDERSON

19-000622- 1260-PE	ROLANDO JOSÉ LARA GUADAMUZ	NICARAGUA	49	HURTO SIMPLE	CONCILIACIÓN.
19-000623- 1260-PE	IMPUTADO: LUIS ALBERTO SEVILLA NICOYA	NICARAGUA	39	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. MALTRATO.	CONCILIACIÓN.
19-000633- 1260-PE	IMPUTADO: ÓSCAR DANILLO PÉREZ RIVERA	NICARAGUA	31	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. MALTRATO.	TERMINADO SENTENCIA.
19-000651- 1260-PE	IMPUTADO: JOAQUÍN ALVARADO ZAMORA	NICARAGUA	27	INFRACCIÓN A LA LEY DE ARMAS Y EXPLOSIVOS	TERMINADO SENTENCIA
19-000666- 1260-PE	IMPUTADO: WALMARO TOBAL ANDINO	NICARAGUA	33	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. INCUMPLIMIENTO DE MEDIDA	CONCILIACIÓN.
19-000704- 1260-PE	IMPUTADO: GUILLERMO JOSE CARRIÓN FLORES	NICARAGUA	34	LEY DE PENALIZACIÓN CONTRA LA MUJER. INCUMPLIMIENTO	TERMINADO SENTENCIA

DE MEDIDA.

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

CUADRO DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA POR TRIMESTRE***Cuadro N°1: Primer Trimestre***

TIPO DE DELITO	7) Ley de Penalización contra la mujer.	1	33,33 %
	8) Infracción a la Ley de Aguas	1	33,33 %
	9) Hurto simple	1	33,33 %
EDAD	3) De los 18 a los 30 años	0	-
	4) De los 31 a los 40 años	2	99 %
	5) De los 41 a los 50 años	0	-
	6) De los 51 a los 65 años	1	1 %
	7) De los 66 años en adelante	0	-
NACIONALIDAD	2) Nicaragua	3	100 %
ESTADO DEL PROCESO	7) Sustitución de defensa	1	33,33 %
	8) Conciliación	1	33,33 %
	9) Sobreseimiento	1	33,33 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N°2: Segundo Trimestre

TIPO DE DELITO	1) Ley de Penalización contra la mujer.	3	18 %
	2) Conducción temeraria	3	18 %
	3) Infracción a la Ley de Armas y explosivos	2	12 %
	4) Agresión con arma	2	12 %
	5) Amenaza	1	10 %
	6) Robo agravado	1	10 %
	7) Resistencia / desobediencia	1	10 %
	8) Hurto simple	1	10 %

EDAD	1) De los 18 a los 30 años	4	26 %
	2) De los 31 a los 40 años	3	21 %
	3) De los 41 a los 50 años	2	17 %
	4) De los 51 a los 65 años	4	26 %
	5) De los 66 años en adelante	1	10 %
NACIONALIDAD	3) Nicaragua	12	80 %
	4) Israel	1	10 %
	5) Italia	1	10 %
ESTADO DEL PROCESO	1) Terminado	4	24 %
	2) Sustitución de defensa	2	12 %
	3) Incompetencia por materia	2	12 %
	4) Suspensión del proceso a prueba	2	12 %
	5) Conciliación	1	10 %
	6) Rebeldía	1	10 %
	7) Trámite	1	10 %
	8) Condenado / abreviado	1	10 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N°3: Tercer Trimestre

TIPO DE DELITO	1) Ley de Penalización contra la mujer.	3	38 %
	2) Robo agravado	3	38 %
	3) Hurto simple	1	12 %
	4) Resistencia / desobediencia	1	12 %
EDAD	1) De los 18 a los 30 años	3	38 %
	2) De los 31 a los 40 años	1	12 %
	3) De los 41 a los 50 años	3	38 %
	4) De los 51 a los 65 años	1	12 %
	5) De los 66 años en adelante	0	-
NACIONALIDAD	1) Nicaragua	5	60 %
	2) Colombia	2	20 %
	3) Honduras	1	10 %
	4) El Salvador	1	10 %
ESTADO DEL PROCESO	1) Terminado	1	11 %
	2) Sustitución de defensa	1	11 %
	3) Incompetencia por materia	2	28 %

4) Absolutoria	1	11 %
5) Conciliación	1	11 %
6) Condenado / Abreviado	2	28 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

Cuadro N°4: Cuarto Trimestre

TIPO DE DELITO	1) Ley de Penalización contra la mujer.	7	60 %
	2) Robo agravado	1	8 %
	3) Hurto simple	1	8 %
	4) Infracción a la Ley de Armas y Explosivos	1	8 %
	5) Agresión con arma	1	8 %
	6) Conducción temeraria	1	8 %

EDAD	1) De los 18 a los 30 años	4	39 %
	2) De los 31 a los 40 años	5	43 %
	3) De los 41 a los 50 años	3	18 %
	4) De los 51 a los 65 años	0	-
	5) De los 66 años en adelante	0	-
NACIONALIDAD	1) Nicaragua	11	19 %
	2) Canadá	1	10 %
ESTADO DEL PROCESO	3) Terminado	3	30 %
	4) Sustitución de defensa	0	-
	5) Incompetencia por materia	1	4 %
	6) Absolutoria	1	4 %
	7) Conciliación	5	40 %
	8) Condenado / Abreviado	2	22 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

CUADRO ESTADÍSTICO, SEGÚN LA INFORMACIÓN DEL PRIMER, SEGUNDO, TERCER Y CUARTO TRIMESTRE DEL AÑO 2016

Cuadro N° 1: Primer, Segundo, Tercer y Cuarto Trimestre

TIPO DE DELITO	1) Ley de Penalización contra la mujer.	14	39 %
	2) Robo agravado	5	15 %
	3) Hurto simple	4	9 %
	4) Resistencia / desobediencia	2	8 %
	5) Infracción a la Ley de Aguas	1	3 %
	6) Infracción a la Ley de Armas y Explosivos	3	7 %
	7) Conducción temeraria	4	9 %
	8) Agresión con arma	3	7 %
	9) Amenazas	1	3 %
EDAD	1) De los 18 a los 30 años	11	35 %
	2) De los 31 a los 40 años	11	35 %
	3) De los 41 a los 50 años	8	12 %
	4) De los 51 a los 65 años	6	10 %
	5) De los 66 años en adelante	1	8 %

NACIONALIDAD	1) Nicaragua	31	65 %
	2) Colombia	2	
	3) Honduras	1	4 %
	4) El Salvador	1	4 %
	5) Israel	1	4 %
	6) Italia	1	4 %
	7) Canadá	1	4 %
ESTADO DEL PROCESO	1) Terminado	18	47 %
	2) Absolutoria	2	6 %
	3) Conciliación	8	21 %
	4) Condenado / Abreviado	5	14 %
	5) Sobreseimiento	1	2 %
	6) Suspensión del proceso a prueba	2	6 %
	7) Rebeldía	1	2 %
	8) Trámite	1	2 %

Fuente: Información tomada de Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, (Santa Cruz).

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS ASUNTOS PENALES SEGUIDOS CONTRA PERSONA EXTRANJERA A TRAVÉS DEL PROCESO ESPECIAL DE FLAGRANCIA EN LOS AÑOS 2016 Y 2019, RESPECTIVAMENTE

En el apartado de tipo de delito para el 2016 se conoció en flagrancia 22 tipos distintos de delitos, mientras que para el 2019, esa cifra cayó drásticamente a la suma de nueve. Lo anterior se explica desde distintos factores, que van desde mayores controles migratorios y la mayor selectividad de parte del Ministerio

Público en su discrecionalidad, para remitir los asuntos a trámite ordinario, o bien, trámite de Flagrancia. Asimismo, tanto para el 2016 como para el 2019, del porcentaje total, el 100 % de asuntos conocidos, el porcentaje correspondiente a extranjeros no sobrepasó en ninguno de ambos años el 10 %, lo cual indica que, de cada diez asuntos conocidos en flagrancia, nueve son de nacionales y uno a personas extranjeras.

En el apartado de nacionalidad, para el 2016, el país que mayor predominancia tenía en el Proceso Especial de Flagrancia, lo era Nicaragua, lo cual repite en el 2019, que no extraña por múltiples razones de distinta índole: es un país limítrofe con nuestra provincia y la situación social, política y económica es más convulsa que la de nuestro otro vecino, Panamá. Históricamente, las migraciones desde el país norteño son constantes, sea por razones de guerra, trabajo, salud, etc.

Para el 2016, las personas extranjeras juzgadas a través del Proceso Especial de Flagrancia vinieron de diez distintos países, de toda América y de Europa, siendo que para el 2019, dicha cifra cayó a siete y coincidiendo en su procedencia del resto de América y Europa.

En lo atinente al resultado final de los asuntos tramitados dentro del Proceso Especial de Flagrancia, sea con una condenatoria, absolutoria o una medida alterna (conciliación, suspensión del proceso a prueba), para el año 2016 tuvimos en cuanto a asuntos condenados de personas extranjeras un porcentaje del 58 %, rubro que se toma de los que llegaron a juicio y los condenaron y quienes se sometieron a un proceso abreviado. Siendo que el restante 42 % obtuvo una salida alterna al proceso, sea como se dijo supra, por una conciliación, reparación integral del daño, o bien, una suspensión del proceso a prueba.

En lo que atañe a 2019, la cifra de condenados o mejor dicho el porcentaje de condenatorias, incluyendo abreviados y juicios fue del 61 % siendo que en absolutorias, sobreseimientos definitivos y medidas alternas, se llegó a un 39 %, observándose un incremento en las condenatorias, lo cual no es un dato menor,

pero observemos que ahora tenemos una mayor incidencia de absolutorias y de medidas alternas, por lo que podríamos decir que el Proceso Especial de Flagrancia que a nivel país tiene una década de estar en vigencia, está logrando más sentencias condenatorias, lo que para la sociedad –percepción- resulta positivo.

Lo positivo de lo anterior es que analizando detenidamente los indicadores, las sentencias condenatorias, si bien se incrementan, son más selectivas y los Tribunales de Flagrancia están permitiendo más procesos finalizados con medidas alternas y sentencias absolutorias, lo cual viene a ser indicativo de cierta “maduración” del proceso penal como tal, donde inicialmente se condenaba más y con el devenir del tiempo, esa cantidad no baja a la media, pero se mantiene a una buena cantidad de asuntos finalizando, sin llegar a juicio y arreglándose alternativamente, lo cual habla bien del proceso como tal.

En síntesis, de cada diez extranjeros, casi siete son condenados, casi el 1 % son absueltos y el restante 2 % logran solventar su problema penal de una forma consensuada con las autoridades. Este dato, contrastado con el del 2016, donde los condenados eran el 58 % y los terminados por medidas alternas y demás, el 42 %, lo cual implica un incremento de casi el 1 %, y un decrecimiento del 1 %, respectivamente.

Por lo que evolutivamente hablando es sostenible sostener que se ha posibilitado que el Proceso Penal de Flagrancia condene de cada diez personas a cinco, y no más de seis, y logre que “solventen” su problema casi la mitad, o sea, casi cinco, pero no menos de cuatro personas por cada diez, lo cual da un casi un equilibrio perfecto entre condenas y no condenas, lo cual demuestra que flagrancia es célere, resuelve los procesos casi con paridad entre lo que condena y lo que puede ser arreglado entre las partes acusadas y el Estado constituido en el Ministerio Público.

El estereotipo ampliamente asumido por la población costarricense se repite de manera continua por los medios de comunicación: que los delitos en Costa Rica son

obra de los extranjeros y, propiamente, de los nicaragüenses, es totalmente falso. En efecto, son el grupo nacional de mayor incidencia en la materialización de conductas criminales, del 100 % de asuntos condenados y propiamente en flagrancia. La incidencia de las personas extranjeras apenas representa el 10 %, entonces, el sentir poblacional considera que las poblaciones que más delinquen en un país son, precisamente, las personas extranjeras, lo cual no corresponde a la realidad.

A lo anterior agrego un extracto del libro “Las cárceles de la Miseria”, que dice:

...la sobre representación de los extranjeros en las penitenciarías del hexágono traduce, por lo tanto, además de su composición de clase más baja, por un lado, la mayor severidad de la institución penal a su respecto y, por el otro, la “decisión deliberada de reprimir la inmigración clandestina por medio de la cárcel”. **(Wacquant, 2000, p. 114)**

Si bien el instituto de las medidas cautelares no es objeto de estudio, no menos cierto es que para los extranjeros detenidos bajo el procedimiento de flagrancias, resulta imposible lograr una medida cautelar distinta de la prisión preventiva, en casi la mayoría de los asuntos por un tema de Arraigo Domiciliar y peligro de fuga, por su característica de ser extranjero. Y si bien, al final del proceso penal se les llegase a condenar, con las actuales regulaciones migratorias, no podrían realizar trámites para legitimar su permanencia en el país.

En síntesis de todo lo anterior, se puede ver como sí se ha valorado la procedencia geográfica de los imputados y, en casi todos los casos, opera como un aspecto negativo para estos a la hora de determinar, si se impone o no la prisión preventiva, porque precisamente así lo permite la legislación costarricense, ya que a la hora de señalar los presupuestos para el dictado de la prisión preventiva dentro del proceso penal en general, se señala que puede ser impuesta para concurrir el peligro de fuga, y este se define como una serie de factores, entre ellos, los sociales, que son utilizados, como en estos casos, su procedencia, su arraigo domiciliario, para fundamentar que procede privarlos de su libertad y

prácticamente sin ninguna opción de que le sea impuesta otra medida cautelar menos gravosa, y siempre a los extranjeros se les valora dicha circunstancia.

Si tenemos claro que tratándose del Procedimiento Especial de Flagrancia, es el Ministerio Público el que determina si es o no un proceso de flagrancia, porque así lo solicita al Tribunal de Flagrancia, y este conoce de la competencia, y si a eso le sumamos que el Ministerio Público es el que determina si solicita prisión preventiva, y si el tribunal lo concede, es imposible de recurrir, tanto la competencia como la medida cautelar, lo cual es un odioso, grave y nefasto resabio inquisitivo, en donde el ajusticiado no podía ejercer ninguna defensa y estaba a expensas de lo que discrecionalmente determinara la autoridad.

Aunque ahora nos afanemos en decir que nuestro sistema penal es un proceso marcadamente acusatorio, con división de roles tripartitos, debidamente delimitados, en donde la capacidad de acusar reside exclusiva, imperiosa potestad unilateral de ley en el Ministerio Público, la labor de defender a la defensa técnica, sea pública o privada, y el derecho a Juzgar en exclusiva le corresponde a la Judicatura, lo cierto es que el menoscabo de los derechos procesales y humanos del individuo, sea o no persona extranjera o nacional, se ven conculcados de manera grotesca, pero legal, propio de lo que la doctrina denomina un Derecho Penal Máximo.

Correlacionado con lo anterior, si observamos al tipo de delincuencia que se conoce en este procedimiento que, por su celeridad, son delitos contra la propiedad, en sus diversas modalidades, uso de documento falso, donde están acusadas personas extranjeras, en su mayoría, y unos pocos delitos de otro tipo, como amenazas a funcionarios públicos, incumplimientos de medidas de protección, etc., que pueden igualmente ser llamados delitos no convencionales.

Es un hecho demostrado y definitivo que estamos ante un procedimiento penal creado para calmar esa sensación de inseguridad ciudadana, porque permite sancionar, de manera célere a las clases sociales más desposeídas y en desventaja, cuando señala los presupuestos para la procedencia de medidas

cautelares como la prisión preventiva, considerando que existe peligro de fuga, ya que no existe arraigo laboral, domiciliar o familiar y, en estos casos, con dichas condiciones es fácil justificar estas faltas de arraigo, lo que no sucede con otras clases sociales.

12 CONCLUSIONES

Una vez finalizada la presente investigación, se puede obtener las siguientes conclusiones. La creación de un nuevo procedimiento dentro del procedimiento penal, se dio dentro de una etapa, tanto en nuestro país como en el resto de Latinoamérica, de efervescencia criminalística, exacerbada, quiérase o no, por la omnipresencia de las redes sociales y la inmediatez de la información.

Ante este panorama, y el creciente número de casos atascados en tribunales, se creó una vía alterna, por así decirlo, que permitiera un respiro a la mora judicial en lo atinente a materia penal, aplacar esa sensación de impunidad, en donde por una puerta entra el detenido y, por la otra sale, o dura más en llevarlo a los tribunales, que estos en sacarlo.

En ese contexto, se ideó una simplificación del procedimiento, donde los llamados delitos convencionales, “delitos patrimoniales, contra la seguridad común y los delitos especiales como la violencia doméstica” fueran “procesados” “de manera pronta y cumplida”, se aligeró el asunto en aspectos puntuales, se

acortó el proceso a solo dos etapas, y se dio amplia potestad al Ministerio Público en definir qué era “materia de flagrancia y cual no”, bajo parámetros simples de “delitos sin necesidad de investigación, o bien, delitos donde el imputado fuera detenido en el momento de la consumación de este, o momentos después”, también se eliminó la posibilidad de recurrir la medida cautelar, si está se pidiese, siendo la más gravosa la prisión, lo que claramente permitió un proceso que bajo el procedimiento ordinario podía demorar un año o más, en flagrancia se resuelva en ocho semanas, cuando mucho.

Desde la perspectiva estatal y de la sociedad civil, la visualización de flagrancia es positiva. Corta y efectiva, cárcel o medida alterna, reincidencia, cárcel y resuelto el “problema”, desde una visualización más integral, una persona condenada, tendrá menos posibilidades a nivel social de insertarse a la productividad que requiere toda sociedad, y una persona con una medida alterna, en caso de una reincidencia, está claramente pasando a engrosar la gran cantidad de personas privadas de libertad en nuestro país, personas que el resto del colectivo social mantenemos con nuestras cargas sociales, lo cual, en definitiva, es negativo.

No extraña, entonces, que el posicionamiento de los juzgadores sea el de visualizar el proceso expedito de flagrancia, como lo que vino a desahogar los tribunales de justicia del país, un proceso distinto del ordinario, que se le enaltece su celeridad, sin entrar mucho en el análisis de su justicia como tal, si bien, nuestros tribunales son de derecho y no de justicia. Si lo vemos desde el plano de la realidad y no del ideal, no menos cierto, es que existen principios que no tienen preferencia unos sobre otros, a saber: el principio de inocencia no debe estar subordinado al de celeridad; el principio de refutación no puede doblegarse y dejarse de aplicar, solo para que el proceso pueda desarrollarse, teniendo una persona detenida y que luego pueda ser absuelto, ante el resultado final, o someterse a una medida alterna.

Tanto para Robinson Molina como para Montserrat, quienes comparten un pasado como fiscales y jueces de flagrancia, por muchos años, tienen una visión

estructural funcionalista, que privilegia los resultados del sistema que los intereses de los individuos. Ambos sostienen que los problemas dentro del proceso expedito, bien fueron solucionados, o devienen en una falta de recursos, desde humanos como estructurales, para dotar de mayor aplicabilidad y uniformidad al proceso como tal, que las críticas formuladas de poco garantista han sido solventadas por fallos de Sala Constitucional, obviando que la normativa procedimental es clara y vigente, quien decide qué es flagrancia o no, es el Ministerio Público, que no es factible apelar ello, como tampoco es apelable la resolución que ordena la prisión preventiva contra una persona detenida en flagrancia.

Contrasta esa posición con el criterio del encargado de toda la materia de flagrancia en la defensa pública, Stuart Salgado, importante de tomar en cuenta, ya que la defensa pública es receptor y representa legalmente a nueve de cada diez personas que son procesadas por medio de este procedimiento.

Dicho profesional, cree en flagrancia, considera que tiene ciertos tópicos que pueden subsanarse y que en nada afectarían la celeridad del proceso, si se hicieran puntuales correcciones a ciertos aspectos procesales que no están –repito-, reñidos con la rapidez del proceso.

A casi una década de su implementación, desde la Fiscalía y desde la judicatura, señalan omisiones y falta de claridad por parte de quien desde la estructura administrativa, no ha sido o cumplido a cabalidad con la debida gerencialidad administrativa del proceso.

A la comisión especial de flagrancia, se le atribuyen omisiones o inacciones, las cuales han facilitado que, en algunos circuitos, sean materia de flagrancia ciertos delitos y en otros no; que los procedimientos no sean uniformados en todos los circuitos, lo cual es paradójico, máxime que si decimos circuitos judiciales, la palabra circuito habla de interconexión y de fluidez y, en la práctica, pareciera que opera cada quien por su propio entendimiento del proceso como tal.

Lo anterior contrasta con el criterio del Lic. Stuart Salgado, quien como jefe

en materia de flagrancia en la defensa Pública, forma parte de la comisión y “difiere” de lo antes esbozado y considera que la labor de la comisión es buena y que tienen que dar apoyo a las distintas partes para una mejor aplicabilidad del proceso como tal.

Uniformando todo ello y lo que se extrae de las entrevistas es que la salida del Lic José Manuel Arroyo del ejercicio magisterial, ocasionó cierto vacío y olvido por parte de los altos jerarcas, que ante los cuestionamientos de años recientes al funcionamiento del poder judicial, ha dejado un poco acéfala la dirección de este proceso especial abreviado, que valga recalcar, fue uno de los proyectos corte más grandes y costosos, pero que aún hoy en día y ante la atenta vigilancia del Departamento de Planificación se extiende su vigencia del por un quinquenio más.

El argumento ampliamente reiterado por los defensores y propulsores del Procedimiento Especial de Flagrancia es indicar, en primera instancia, que la base fundacional sobre la que recae todo el procedimiento y que lo legitima es el Principio de Justicia pronta y cumplida, la celeridad del proceso en dar respuesta a un delito es su punta de lanza.

Lo que no se dice, o se minimiza, es la prevalencia sobre otros principios que deberían tener igual importancia, dado que el resguardo democrático del ejercicio jurisdiccional recae sobre un cúmulo de principios, derechos y deberes fundamentales y que deberían tener una importancia igual a la que se le está dando la Justicia pronta y cumplida y me refiero al Derecho de Defensa y el Principio de refutación y doble instancia.

No podemos ignorar que, efectivamente, los procesos penales de flagrancia tienen un resolutividad bastante rápida, sobre delitos de poca complejidad investigativa, o donde la prueba es recogida muy prontamente, o donde el acusado o imputado es hallado en el momento de la comisión criminal, o momentos después. Pero, ello no es justificante a que la misma competencia del caso en particular, no pueda ser apelable, o que si se ordena una prisión preventiva, tampoco pueda apelarse, lo cual es negatoria al derecho a un trato justo e

igualitario.

Tenemos sumamente claro que, a diferencia del Proceso Ordinario Penal, en el Proceso Especial abreviado, se suprime la etapa intermedia y existen dos etapas claramente definidas, en la primera audiencia se conoce sobre la competencia solicitada por el entre prosecutor, la acusación y la imposición de medidas cautelares, si así fuese solicitado, en la otra fase o audiencia, que no necesariamente se realiza dentro de los quince días que indica la ley procesal, se realiza el juicio o debate, los defensores del procedimiento argumentan que no existe otro proceso donde se respete y ejecute con profunda claridad el principio acusatorio penal y la oralidad, se ufanan de indicar que es donde de manera diáfana y prístina, la distribución de roles o funciones está claramente definida y distribuida, lo cual es muestra de un proceso garantista.

Dicho esto, se refuta con lo siguiente, si el Juzgador en la primera audiencia encuentra errores en la acusación, por así indicarlo, la normativa procesal, se le previene corregir los defectos, lo cual claramente es un resabio de épocas pasadas, donde la instrucción residía en un juez que conocía la acusación de parte del agente fiscal llamada proceso de citación directa, vemos, entonces, que la supuesta base garantista presenta profunda fisuras de principios importantes y retomo lo indicado por el maestro Luigi Ferrajoli y Winnifred Hasemmer en el sentido de que, en tanto ciertos principios o garantías no tuviesen una aplicabilidad clara y cierta, o ellos fuesen degradados en su aplicación efectiva, estaremos frente a un proceso penal más o menos democrático y, por ende, alejado del ideal de justicia democrático de todo Estado de Derecho.

Se mire por donde se mire, un proceso penal que imposibilita impugnar la competencia, que faculta al juez al compeler al prosecutor penal a que modifique su acusación por encontrarle vicios y que no imposibilite impugnar medidas cautelares ordenadas contra el acusado o encartado, claramente no estamos ni más ni menos con un proceso inquisitivo, autoritario y célere.

El menoscabo al derecho de defensa, al de refutación se ven afectados de

manera clara, sesgada y disminuida en su aplicabilidad y, si a ello le sumamos la corrección que puede ordenar un juez sobre el ejercicio exclusivo de la acción penal, no podemos estar más que claros que el Proceso Especial de Flagrancia no es, ni mucho menos, un proceso acusatorio puro.

Las personas extranjeras imputadas, juzgadas bajo este especial procedimiento penal, en su mayoría, son personas con trabajos informales inestables, tales como jornaleros, vendedores de frutas, de implementos electrónicos (celulares), taxistas piratas, vendedores ambulantes, pescadores, vendedores de chances, operarios de construcción vendedores de ropa, peones de finca y de construcción e, inclusive, personas desempleadas, o sin oficio, amas de casa, considerando que estas labores son informales, y no dan arraigo suficiente, los imputados, se ven propensos a ser prisionalizados preventivamente.

Dicho lo anterior, las personas extranjeras juzgadas y condenadas mediante el procedimiento de flagrancia, además de pertenecer a una clase social marginada y de pocos ingresos económicos, tienen la desventaja que esos aspectos sociales se les valora negativamente a la hora de imponer, tanto una medida cautelar, como una pena de prisión, ya que el peligro de fuga, de conformidad con los artículos 239 inciso b) y 240 a) del Código Procesal Penal, Así que los jueces de van a entrar a valorar aspectos sociales de los encartados, para determinar, si existe o no un verdadero arraigo, que garantice su presencia en el proceso, entre ellos, el arraigo domiciliario, laboral y familiar y general, estas condiciones sociales son valoradas de forma negativa, cuando de clases marginadas se trata.

Se puede concluir, luego de hacer un ejercicio objetivo, que el Proceso Especial de Flagrancia es un especial procedimiento penal, que fue creado para sancionar, precisamente, la delincuencia convencional de las clases sociales con mayores carencias, tanto económicas como educativas, por lo que se encuentran en clara desventaja.

Lo anterior, unido al tipo de delincuencia que se conoce bajo este

procedimiento, la celeridad que le caracteriza, al juzgar delitos contra la propiedad, en sus diversas modalidades: uso de documentos falsos, conducciones temerarias, delitos contra la mujer que, igualmente, pueden ser llamados delitos no convencionales, lo que viene a acreditar el procedimiento Expedito de flagrancia es que fue creado como parte de las reformas instauradas en Costa Rica, dentro de las políticas criminales de emergencia, que nunca fueron provisionales y se mantuvieron y mantienen hasta la fecha, cero tolerancia y mano dura, dependiendo del lugar geográfico donde se hallen instauradas, así fueron llamadas y así se les conoce.

Por ello, son todas un placebo legal, una forma de calmar el sentimiento de inseguridad ciudadana que los medios de comunicación han venido aumentando en la ciudadanía, como una forma de combatir la criminalidad y descongestionar los tribunales, pero finalmente, siendo ni más ni menos, que un Derecho Penal Simbólico, que no ha contribuido en la lucha para disminuir la criminalidad en el país, donde los delitos de gran afectación a la arquitectura social institucional, como lo son los delitos de corrupción, cada vez minan los Estados de Derecho, tanto en América como en Europa, siendo este eslogan de la lucha contra la inseguridad ciudadana una falsedad más para encubrir el nuevo “management de la nueva pobreza”.

13 RECOMENDACIONES

Igualmente, una vez finalizada la presente investigación, es importante tomar en cuenta las siguientes consideraciones y recomendaciones, principalmente, porque se trata de una ley de la República, creada y aprobada, y que se aplica, pues

lo recomendable para su mejoría en los aspectos que a continuación se indicará –siendo correctos, es una aberración jurídico procesal su existencia-, pero en el actual estado de las cosas, intentemos siquiera arreglarla.

Se recomienda, principalmente, una reforma legal del procedimiento penal especial de la flagrancia, en el sentido que se elimine la posibilidad que el juez prevenga el Ministerio Público, para que corrija la acusación, cuando los hechos acusados no sean típicos y, más bien, si el fiscal ejerce mal en su función, el juez procederá a ejercer su labor y se absuelve al imputado, Como sucede en el procedimiento penal ordinario, con la finalidad de eliminar este rasgo, que podría ser autoritario y convertirlo en un proceso más garantista.

Igualmente, se requiere una reforma legal que le devuelva al imputado la posibilidad de que un juez distinto resuelva su detención, lo cual no debiera interferir en la celeridad del proceso, pudiéndose conceder que en las siguientes cuarenta y ocho horas de dictada la prisión preventiva, otro juez resuelva la situación.

Se recomienda una reforma al procedimiento, para que se amplíe en 48 horas el plazo, para que la defensa, en su doble representación, prepare sus gestiones para cuando les corresponda enfrentar la acusación.

Por último, se recomienda aumentar la cantidad de fiscales, jueces y defensores en materia de Flagrancia, para efectos de celeridad en los procedimientos.

14 REFERENCIAS

Aguilar-Herrera, G.; Murillo-Rodríguez, R. (2014). "Ejecución Penal, Derechos Fundamentales y Control Jurisdiccional". Editorial Jurídica Continental.

Antillón-Montealegre, W. (2012). "El Discurso de la Seguridad Ciudadana en las recientes reformas procesales". En: *Reflexiones Jurídicas frente al Populismo Penal en Costa Rica*.

Arroyo-Gutiérrez, J. M. "La ejecución penal". (2007). En: *Derecho Procesal Penal Costarricense*. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Córdoba-Ortega J.; González-Porras, A. (2011). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. IJSA.

Llobeth-Rodríguez, J. (2009). *Proceso Penal Comentado*. (4ª. ed.). Editora Dominza.

Llobeth-Rodríguez, J. (2010). *La Prisión Preventiva* (límites constitucionales). Editorial Jurídica Continental.

Manzanos-Bilbao, C. (1994). Reproducción de lo carcelario: "El Caso de las Ideologías resocializadoras". En: *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. J.M. Bosch Editor, S.A.

Mapelli-Caffarena, B. (1994). "El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional". En: *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. J.M. Bosch Editor, S.A.

Mapelli-Caffarena, B. "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario" En: *Estudios Penales y criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela. N° 16, 1992-1993.

Mosconi, G. (1994). "Paradojas y antinomias en el concepto de Tratamiento". En: *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. J.M. Bosch Editor, S.A.

Murillo-Rodríguez, R. (2012). "Populismo Punitivo, cárcel perpetua y hacinamiento crítico en Costa Rica: más inseguridad por menos libertad". En: *Reflexiones Jurídicas frente al Populismo Penal en Costa Rica*. Editorial Juricentro.

Prittwitz, C. (2007). "¿Los enemigos nos rodean? Acerca de la limitada compatibilidad entre seguridad y libertad". En: *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Editorial Ediar.

Schünemann, B. (2007). "Existen en un estado de derecho restricciones constitucionales para el derecho penal". En: *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Editorial Ediar.

Constitución Política.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y Abuso de Poder.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ley de Migración y Extranjería (Ley N° 8764).

Pacto Internacional de los Derechos Cívicos y Políticos.

Políticas Institucionales para el Acceso a la Justicia por parte de la Población Migrante y Refugiada. (PIMR).

Protocolo Sobre El Estatuto de los Refugiados.

Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los Reclusos.

Jurisprudencia consultada página oficial de SINALEVI Poder Judicial los días 05,07,14,16 setiembre 2013 votos 00948-2010 Tribunal Contencioso Administrativo. 06911-2003, 09120-2001, 09145-2001, 11576-2008 todos de la Sala Constitucional.

15 ANEXOS

- 1) Carta del Tutor**
- 2) Carta del Filólogo**

3) PROCEDIMIENTO EXPEDITO PARA LOS DELITOS EN FLAGRANCIA

**M.Sc. Daniel Sánchez Delgado
Dr. Carlos Chinchilla Sandí
Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**

1. Reseña del procedimiento expedito de flagrancia

Los últimos dos años del primer decenio de este siglo, marcaron en nuestro país un interés importante en el tema de la seguridad ciudadana. Este concepto definido por el programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, como “la condición de encontrarse y sentirse libre de violencia, amenaza de violencia o despojo intencional por parte de otros” (Valle, 2010), se veía cada vez más comprometido a la luz de los aumentos de los índices de delincuencia y de homicidios por cada cien mil habitantes, cifra en la que históricamente nos

diferenciábamos del resto de la región.

Durante la campaña política del año 2010, el tema de la seguridad ciudadana superó temas de relevancia nacional como el desempleo o el alto costo de la vida (Murillo 2009). Desde el 2006, el tema de la inseguridad ciudadana propició una serie de iniciativas para fortalecer las instituciones represivas del Estado, así como generar una serie de reformas procesales y de fondo en nuestro sistema penal. El ejemplo de estas iniciativas es el megaproyecto denominado proyecto de "Ley de Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana". De este proyecto se extrae la iniciativa del fortalecimiento del sistema judicial.

Este procedimiento, de naturaleza expedita, fue formulado con la intención de atender en tiempos cortos los asuntos sucedidos en flagrancia. Propiamente, en aquellos que cumpliendo con esta condición tenían factores en escasa investigación, sencillez, cantidad de partes. La preocupación por el atraso en los procesos penales y la incapacidad de la reforma de 1998, para diferenciar en cuanto a trámite, asuntos, sencillos, complejos, requerían una respuesta oportuna.

La finalidad de dicho proceso, no es otra que dar respuesta oportuna a aquellas personas vinculadas con conflictos penales que, por su naturaleza, impliquen menos complejidad y reúnan los requisitos establecidos por el artículo 236 del CPC. En atención a que el proceso implica la participación de los imputados vinculados por un requerimiento fiscal, pero también de los ofendidos y víctimas. El procedimiento como tal, permite a las partes una solución oportuna de su conflicto, ya sea mediante una salida alterna, un procedimiento especial compatible con la flagrancia o mediante un juicio oral y público.

El inicio del procedimiento especial en la legislación costarricense, no fue sencillo. Las críticas referentes al quebranto de derechos fundamentales y la instrumentación de su competencia fueron algunos focos de cuestionamiento que han ido cediendo ante pronunciamientos constitucionales y penales que validaban el proceso.

A diferencia de otras reformas, a poco tiempo de instauradas ya reflejaba datos

de eficiencia en cuanto a duración de los procesos. Un informe del Estado de la Nación, en el 2012, refería que los procedimientos de flagrancia duraban un tanto de seis veces menos que los procedimientos ordinarios penales. La diferencia se acentúa aún más, pues los procesos ordinarios muestran una duración de la sentencia de 27 meses y dos semanas, frente a las dos semanas y dos semanas en la vía de flagrancia, según el Departamento de Planificación del poder Judicial.

Estimamos que el procedimiento expedito de flagrancia está en pleno desarrollo y por esa razón estamos convencidos de que el presente trabajo, lejos de definir la correcta aplicación del procedimiento de flagrancia, constituye un esfuerzo de los autores, en procura de compartir con humildad su experiencia, esperando que las posiciones expuestas generen discusión, con la aspiración de que, mediante el concurso de los diversos actores, se pueda perfilar día a día, de mejor manera, un procedimiento expedito que garantice el respeto de los derechos de todos los intervinientes en el proceso penal.

2. Código Procesal Penal. Libro II. Título VIII. Procedimiento Expedito para los Delitos de Flagrancia

Artículo 422 / procedencia: este procedimiento especial, de carácter expedito, se aplicará en los casos en los cuales se trate de delitos de flagrancia, e iniciará desde el primer momento cuando se tenga noticia de la comisión de un hecho delictivo de tal especie. En casos excepcionales, aun cuando se trate de un delito flagrante, se aplicará el procedimiento ordinario, cuando la investigación del hecho impida aplicar aquel. Este procedimiento especial omitirá la etapa intermedia del

proceso penal ordinario y será totalmente oral.

Comentario

Los procedimientos especiales están destinados a dar una resolución o instrumentar los procesos que, por sus particularidades, se distancian del procedimiento ordinario. Así entonces, los casos de los delitos menores o contravenciones, miembros de los supremos poderes, casos de tramitación compleja, de flagrancia o para la imposición de medidas de seguridad e, incluso, el procedimiento abreviado, han sido diseñados por sus especiales condiciones objetivas o subjetivas, que así los diferencian.

Por ejemplo, en el caso del procedimiento abreviado frente al procedimiento para juzgar los miembros de los supremos poderes, el primero se diseña por una característica objetiva (la eliminación del juicio por la aceptación del cargo) y, el segundo, por una característica subjetiva (el cargo de la persona acusada). Algunos procesos especiales lo regulan expresamente el 379CPP (tramitación compleja), 387CPP (querrela de acción privada), 389CPP (procedimiento de aplicación de medidas de seguridad), 436CPP (procedimiento expedito para los delitos en flagrancia).

Bermúdez (2014), p.68, señala que, como corolario, el tribunal de flagrancia carece de competencia para imponer medidas de seguridad al encausado inimputable o con imputabilidad disminuida y, por lo tanto, para aplicar el PAMS, el cual no tiene cabida dentro de PEDF por tres motivos:

- Porque según se ha expuesto este es aplicable solo a delitos -sea, a injustos culpables- y no ha hechos punibles no reprochables.
- Porque el procedimiento abreviado es el único procedimiento especial que previo expresamente el legislador dentro del PEDF, propiamente en los artículos 427 y 428 del CPP si la voluntad de legislador hubiera sido que dentro del PEDF fuera aplicable el PAMS, entonces habría previsto, como lo hizo precisamente con el procedimiento abreviado.

- Porque el artículo 389 del CPP establece claramente que el PAMS se regirá por las reglas ordinarias, por lo que necesariamente debe haber una fase preparatoria y no podrá celebrarse el debate sin auto de la apertura a juicio dictado por juez penal de la etapa intermedia.

Se detalló que la tramitación de asuntos de inimputables o procedimientos para aplicación de una medida de seguridad no es inusual en la vida de flagrancia. Debe entenderse que la aceptación del delito (422 CPP), no excluye las medidas de seguridad. La aceptación es genérica, pues la determinación de delitos o injusto penal es una valoración que hace el juzgador al resolver el proceso. Se trata de relación de género (delito), a especie (injusto) que se proyecta como expectativa de la parte requirente.

- Caso / Detención inmediatamente después de cometer el hecho punible

C camina frente a la entrada principal de la Basílica Nuestra Señora de los Ángeles en la ciudad de Cartago, lleva consigo un bolso que cuelga de su hombro derecho. En ese momento se le aproxima D, el cual procede a halarle el bolso, no obstante, C logra reaccionar y sujeta fuertemente el bolso. Se produce un forcejeo entre ambos, al tiempo en que C grita pidiendo auxilio, alertando de esta forma a oficiales de fuerza pública que se encontraban a 75m del lugar, lo que motiva que D huya del sitio, sin lograr despegar del bolso a C. Los oficiales de policía dan persecución y logran detener a D a 200 m del sitio, habiendo transcurrido cuatro minutos.

El supuesto de detención ofrecido aquí se presenta claro, pues reúne aspectos de detención en cuanto a tiempo y espacio, que proporciona una inmediatez. No obstante, debe indicarse que la referencia a una detención realizada “inmediatamente después” no resulta del todo precisa, pues incluye una valoración de proximidad, tanto en el tiempo transcurrido desde el momento del hecho, hasta la eventual detención, como del espacio existente entre el sitio del hecho y el lugar de la detención.

Artículo 423 / trámite inicial: El sospechoso detenido en flagrancia será

trasladado inmediatamente por las autoridades de policía actuantes, ante el Ministerio Público, junto con la totalidad de la prueba con que se cuente. No será necesario la presentación escrita del informe o parte policial, bastará con la declaración oral de la autoridad actuante.

Comentario

En la práctica, muchos de los traslados de personas detenidas responden a una coordinación previa entre la policía y el Ministerio Público. Se trata de la valoración del caso (usualmente vía telefónica), en la cual autoridad policial expone la situación al representante del Ministerio Público, a efecto de establecer si se presentan los supuestos de flagrancia. La valoración definitiva la realizará el fiscal. Una vez que sea trasladado, el detenido recibe la declaración del ofendido, parte policial y demás elementos probatorios.

Si bien la normativa establece la formulación del parte policial de manera oral ante el Ministerio Público, la autoridad policial podrá presentar actas de decomiso (cuando así proceda), prueba material (por ejemplo, bienes ofendidos encontrados en poder del detenido o el arma presuntamente utilizada). Entre otros elementos (véase voto del Tribunal de Casación Penal de San José N°144-2011 de las 15:45 horas del 3-02-11).

Artículo / actuación por el Ministerio Público:

El fiscal dará trámite inmediato al procedimiento penal, para establecer si existe el mérito para iniciar la investigación. Para ello. Contará con versión inicial que le brinde la autoridad de policía que intervino en un primer momento, así como toda la prueba que se acompañe.

Comentario

La investigación del ente fiscal debe estar regida por el principio de objetividad. La sola existencia de una persona detenida bajo un presupuesto de flagrancia no exime al Ministerio Fiscal de responder todos aquellos elementos

probatorios que resulten útiles y pertinentes, incluso aquellos encaminados a eximir de responsabilidad al imputado. En la valoración que realiza el MP deberá determinar, si el caso en particular presenta características de investigación que lo hacen incompatibles con el trámite expedito, en cuyo caso deberá presentar el caso ante el juez penal ordinario.

Además, el parte policial deberá analizar la denuncia, entrevista de testigo, actas, prueba material, entre otros. El análisis conjunto de los elementos probatorios resulta fundamental para determinar si procede un requerimiento que justifique solicitar audiencia ante el Tribunal de Flagrancia. Cualquier otro tipo de requerimiento determinará que el caso debe tramitarse ante el juez penal ordinario.

Artículo 425/ Nombramiento de defensa técnica:

Desde el primer momento en que se obtenga la comisión del sospechoso, el fiscal procederá a indicarles que puede nombrar a un defensor de su confianza. En caso de negativa de la persona sospechosa o si no comparece su defensor particular en el término de 24 horas, se procederá a nombrar de oficio un defensor público para que lo asista en el procedimiento. Una vez nombrado el defensor de la persona imputada se brindará por parte del fiscal un término de 24 horas para que prepare su defensa para tal efecto. El MP de inmediato, deberá rendir un breve informe acerca de la acusación y de la prueba existente.

Comentario

La norma hace referencia a una fase en la que ya se ha producido la intervención fiscal del MP, que normalmente ocurre cuando la policía presenta a la persona detenida ante la fiscalía. Conjuntamente con la identificación de la persona detenida, deberá el fiscal informarle sobre su derecho a nombrar un defensor de su confianza y para tal efecto deberá facilitársele un teléfono para contactar a su abogado. (Ver sentencia de voto N°627-06 de la Sala III de la Corte, N°74-2007 a las 10:10 horas del 09-02-07).

El plazo de 24 horas señalado en la norma, constituye una de los aspectos que ha sido objeto de cuestionamiento, al estimarse que la brevedad de él implica una limitación del derecho de defensa. Debe señalarse que, si bien la norma hace referencia a que el plazo debe otorgarse por el MP, en la práctica no siempre ocurre en esa forma. Según los horarios en que funcionan los diversos despachos de flagrancia, resulta viable o no brindar dicho plazo por parte de la fiscalía.

Por ejemplo, la fiscalía de Cartago labora de lunes a viernes de las 17:00 horas a las 23:00 horas, resultaría posible conceder el plazo por parte de ese despacho, en virtud de que si se trata de un imputado representado por defensa pública, al día siguiente que se cumpla, en 24 horas la persona imputada coincidirá con su defensor que lo atendió desde el primer momento.

De acuerdo con el numeral 428 del CPP, la defensa se le otorgaría un plazo de 24 horas para ejercer su estrategia. A este numeral se señalaron críticas sobre la insuficiencia del plazo para ejercer el derecho de defensa y la imposibilidad de brindar un buen servicio público por parte de los defensores. Aunque la variable las 24 horas se estableció en el Código, no puede ir en contra del principio de razonabilidad. La forma de trabajo de horario, tanto del tribunal y despacho auxiliares de justicia las causas eran recibidas en la etapa preparatoria por un grupo de fiscales y defensores que, por cuestión de horario no iban a estar en el momento de llevar la causa ante el tribunal.

Este plazo fue ampliado en el 100 % toda vez que la complejidad de los asuntos conocidos por el tribunal fue en aumento y esto generó que en muy contadas excepciones la defensa solicitara una ampliación del plazo, en la necesidad de hacer breve indagaciones.

Artículo 426/ Solicitud de audiencia ante el juez de juicio:

Quando el fiscal considere pertinente que el asunto debe ir a juicio (art. 303 del CPP) y se encuentre constituida la defensa técnica procederá solicitar oralmente al tribunal de juicio que realice una audiencia para conocer de su solicitud; el tribunal resolverá de inmediato oralmente, si concurren los

requisitos para aplicar el procedimiento en flagrancia.

Comentario

La norma de análisis establece de manera clara y expresa, que el acceso al procedimiento especial surge a raíz de un requerimiento particular del MP. Es decir, la acusación fiscal. Esta es una importante diferencia con el procedimiento ordinario en el que el MP gestiona una serie de requerimiento (sobreseimiento o desestimación) ante el Juzgado Penal, en la etapa intermedia, para que así sea resuelto.

La referencia a la solicitud oral, será planteada en la audiencia correspondiente. El MP una vez realizada su investigación (con posibilidad por tener elementos por recabar) remitirá los autos al tribunal. Una vez recibido el expediente por el tribunal, este deberá llamar audiencia de manera inmediata. (Ver voto N° 11099-2009 de la Sala Constitucional de las 12:36 horas del 10-07-2009).

Artículo 428 / realización de la audiencia por el tribunal:

Recibida la solicitud por parte del fiscal, tribunal, en forma inmediata, realizará la audiencia la cual será oral y pública. De la audiencia quedará registro digital del video y audio; tendrán acceso a ella, las partes por medio de una copia. En la primera partes de esta audiencia, el fiscal expondrá oralmente la acusación dirigida en contra del imputado, donde se describan los hechos y se determine la calificación legal de estos, así como el ofrecimiento de prueba. La defensa podrá referirse a la pieza acusatoria y realizar sus consideraciones sobre ella, además de ofrecer la prueba para el proceso. El juez verificará que la acusación sea clara, precisa y circunstanciada y que el hecho atribuido sea típico. En caso contrario, el fiscal deberá corregirla oralmente en el acto. Inmediatamente se conocerá de la aplicación de medidas alternativas y el procedimiento abreviado. En el caso de que no proceda la aplicación de las medidas, no se propongan por la defensa o no se acepte por el MP o la víctima, según fuere la medida, o el tribunal las considere improcedentes, este último procederá a realizar el

juicio en forma inmediata y en esa misma audiencia. En este caso, deberá calificar la procedencia y la pertinencia de la prueba ofrecida.

Comentario

Una vez recibido el expediente por el tribunal, se procederá a convocar a las partes a una audiencia oral para realizarse, según lo permita la agenda, procurando la mayor inmediatez posible en consideración a que existe una persona detenida a la que debe definírsele su situación jurídica. En la fijación de la hora y fecha de la audiencia oral deberá tomarse en cuenta, si la defensa técnica se encuentra debidamente constituida y preparada (tener la posibilidad de revisar el expediente e imponerse del contenido de la prueba) y si ha tenido una comunicación suficiente con el imputado.

Dentro de las medidas tomadas por el Poder Judicial en los últimos tiempos, se han acondicionado las salas de juicio con sistemas de grabación en audio y video. La primera parte de la audiencia está destinada a definir, si concurren o no los requisitos para aplicar el procedimiento de flagrancia, es el momento cuando el tribunal determina si resulta competente, en virtud de verificarse que se está ante una detención que cumple con los parámetros establecidos en el artículo 236 CPP, ya que, en caso contrario, deberá tramitarse mediante un proceso ordinario.

Una vez que se hubiese reservado o no el plazo de las 24 horas por la defensa y ya se hayan verificado durante la permanencia del caso ante el MP, se procederá a formular la acusación por parte de la fiscalía y el querellante (si existe), la cual deberá contener un relato preciso y circunstanciado de los hechos que se le atribuyen al imputado, la calificación legal y, además, el ofrecimiento de prueba. Transcurrido lo anterior, se le concederá la palabra a la defensa para que presente sus alegatos sobre la acusación planteada.

El juzgador valorará si la acusación resulta procedente o, en su defecto, acoger los alegatos de la defensa, procediendo con el dictado del sobreseimiento, salvo que la naturaleza y el contenido del reclamo deba ventilarse y decidirse en juicio, lo cual resulta ser el momento oportuno para ofrecer pruebas en un eventual

juicio oral y público para la defensa. (Ver voto n°363-2014 de la Sala Tercera a las 09:45 horas del 07-03-14)

Artículo 429 / realización de juicio:

En la segunda parte de la audiencia inicial, se verificará el juicio, dónde se le recibirá la declaración del imputado. En forma inmediata se recibirá la prueba testimonial de la siguiente manera: inicialmente la declaración del ofendido y luego la demás pruebas; posteriormente se incorporará la prueba documental y las partes podrán prescindir de su lectura. Por último, se realizarán las conclusiones por el fiscal y luego, la defensa. En forma inmediata, el tribunal dictara sentencia en forma oral; si lo consideran necesario se retirará a deliberar y luego de un plazo razonablemente corto, el cual no podrá sobre pasar las cuatro horas, salvo causa excepcional que lo justifique y se comuniquen oralmente a las partes, sin que la ampliación de plazo exceda de 24 h. Luego de finalizada la audiencia del debate. Posteriormente, el tribunal se construirá en la sala de audiencia donde oralmente dictará sentencia de forma integral. El dictado de la sentencia en forma oral, valdrá como notificación para todas las partes, aunque estas no comparezcan.

Comentario

El procedimiento especial de flagrancia consta de una sola audiencia dividida en dos partes, la primera en la que se discute sobre la competencia, acusación, procedimientos especiales o salidas alternas y, la segunda, la celebración del juicio oral y público. A diferencia del procedimiento ordinario, se hace una especial mención en la figura del ofendido dentro del proceso.

Difiere del juicio ordinario, en primer lugar, se recibirá los peritos, luego los testigos ofrecidos por el MP y después los ofrecidos por la defensa. Luego desarrolla las reglas especiales, cuando se trate de testigos y víctimas vulnerables, pero la denominación como ofendido no es mencionada.

Asimismo, en cuanto a la prueba documental, podrán las partes rescindir de

su lectura. El procedimiento especial de flagrancia no establece un orden (salvo para el Ministerio Público y Defensa) para emitir conclusiones, de manera que tendrá que recurrirse al 356 CPP, sea fiscal, querellante, actor civil, demandado civil y defensor. El tribunal tiene un plazo de 24h para el dictado de la sentencia.

Artículo 430 / dictado de a prisión preventiva:

Cuando el fiscal considere la conveniencia de la imposición de la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar, lo podrá solicitar así el tribunal de juicio desde el inicio del proceso. En caso de que el tribunal conforme a los parámetros establecidos en este código, considere proporcional y razonable la solicitud del fiscal, establecerá la medida cautelar de prisión preventiva en contra del imputado, la cual no podrá sobrepasar los 15 días hábiles. 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 incompatibles la investigación de los hechos, procederá la prisión preventiva si existe mérito para él según las reglas establecidas por este código. El juez penal será el encargado de resolver acerca de la solicitud dirigida por parte del fiscal. En el caso del dictado oral de la sentencia condenatoria, si el tribunal lo considera oportuno, fijará la prisión preventiva en contra del imputado, por un plazo máximo de los 6 meses. Cuando en sentencia se absuelva al imputado, se levantará toda medida cautelar o restrictiva impuesta en contra de él. Para todo aquello que no se indique expresamente en este artículo, regirán las reglas de la prisión preventiva que se regulan en esta normativa procesal.

Comentario

La imposición de la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar se verifica en la primera audiencia celebrada ante el tribunal de juicio, sin perjuicio de que tratándose de personas que enfrentan el proceso en libertad, se justifique en posterioridad la imposición de una medida cautelar (rebeldía del imputado, peligro de obstaculización sobrevenido, etc.). La solicitud del fiscal se formulará

oralmente con indicación de los hechos que se investigan, los elementos probatorios que se sustentan las hipótesis fiscal, así como los peligros procesales que sustenta su petición.

La defensa podrá refutar la petición del fiscal y deberá otorgársele la oportunidad a la persona imputada para que declare, si así lo prefiere. Asimismo, la defensa técnica podrá ofrecer prueba que contrarreste los peligros alegados por el MP o para sustentar la petición de medidas cautelares distintas de la prisión preventiva. La inexistencia de una instancia superior que revise por vía apelación, la resolución que acuerda o rechaza una medida cautelar, no exime al tribunal de fundamentar de manera clara y precisa su resolución.

El plazo de seis meses de prisión preventiva dispuesto en el momento de dictar sentencia condenatoria resulta independiente del plazo ordinario de 15 días. Durante la tramitación del procedimiento de flagrancia, resulta procedente decretar prórroga de la medida cautelar, más allá de los 15 días para asegurar la realización del debate.

Artículo 431 / recursos: en contra de la sentencia dictada por el tribunal procederá los recursos conforme a las reglas establecidas en este código.

Comentario

El recurso de apelación deberá ser presentado ante el mismo tribunal, los 15 días siguientes al dictado del fallo. Sobre el particular se ha considerado que dicho plazo será computado en días hábiles ordinarios (de lunes a viernes). Aunado a lo anterior, la presentación podrá hacerse dentro de estos días en la jornada de trabajo del tribunal, que finaliza a las 23 horas. (Ver voto de la Sala Tercera n° 17-2010 de las 10:35 del 15-01-10).

Artículo 432 / sobre la acción civil resarcitoria y la querrela:

En la primera fase de la audiencia, el actor civil y el querellante también podrán constituirse como partes en cuyo caso el tribunal ordenará su explicación oral y brindará la palabra a la defensa para que exprese su posición de seguido resolverá sobre su admisión y el proceso continuará,

cuando proceda la persona legítima para el ejercicio de la acción civil resarcitoria podrá delegar en el MP para que le represente en el proceso. Cuando corresponda declarar con lugar la acción civil resarcitoria, el pronunciamiento se hará en abstracto y las partidas que correspondan se liquidarán por la vía civil de ejecución de sentencia. La parte querellante y el actor civil asumirán el proceso en el estado en que se encuentre de modo que no preceden suspensiones del debate motivadas por la atención de otros compromisos profesionales ni personales. Si la prueba ofrecida por el actor civil o el querellante resulta incompatible con los objetivos de celeridad del procedimiento expedito el tribunal le prevendrá oralmente a la parte proponente quien manifestará si prescinde de ella o solicita la aplicación de procedimiento ordinario en cuyo caso el tribunal ordenará adecuar los procedimientos. La acción civil no procederá en el procedimiento expedito cuando existan terceros demandados civilmente y no se encuentren presentes ni debidamente representados por patrocinio letrado en el momento de la apertura del debate, sin perjuicio de los derechos que se le confiere la jurisdicción civil.

Comentario

Dentro del proceso de flagrancia y conforme a la naturaleza de él se ha establecido un mecanismo de resarcimiento civil con algunas variables procedimentales. Estas variables son referentes a los plazos y términos establecidos en el procedimiento especial y que distan de los establecidos en el procedimiento ordinario.

Tanto el actor civil como el querellante, deberán formular durante la primera parte de la audiencia su requerimiento, de conformidad con los requisitos establecidos en la normativa procesal penal. Para el caso de la acción civil resarcitoria aquellos contenidos en los numerales 111 y siguientes del CPP y, en el caso de los querellantes, los requeridos en el numeral 76 del código en rito. Ambas gestiones deberán ser planteadas oralmente en la primera parte de la audiencia, otorgando oportunidad a la defensa para que se pronuncie al respecto de estas.

De seguido el juzgador resolverá sobre la admisibilidad de ella y continuará con el procedimiento. Esta valoración estará íntimamente relacionada con las disposiciones que establecen las normas de rito, así como los factores de capacidad y representación para accionar en esta vía. Uno de los cuestionamientos a la norma ha sido el poco plazo para formular dichos extremos, sea la querrela o la acción civil.

En cuanto al desistimiento de la acción civil resarcitoria, de conformidad con lo establecido en el numeral 436 CPP, sería de aplicación supletoria lo regulado en el numeral 117 CPP, que dispone dos variables para que opere: el expreso y el tácito. El primero, en cualquier estado del procedimiento sin perjuicio del pago de costas que así se declare. En cuanto al segundo, se indica tres momentos específicos o condiciones objetivas para que opere, a saber, concurrir a: *presentar declaración testimonial, o práctica de prueba que le requiera luego de ser citado, *a la audiencia preliminar y *a la primera audiencia o no presente conclusiones. De estas tres opciones solo sería de aplicación para el procedimiento especial las opciones 1 y 3, en virtud de que el procedimiento expedito de flagrancia no tiene una audiencia preliminar propiamente dicha.

Siendo así, al no tener audiencia preliminar la parte se constituye durante la primera fase de la audiencia, siendo solo aceptable que opere el desistimiento cuando no comparezca a rendir su declaración testimonial o a la práctica de alguna prueba que requiera su presencia y en los casos en los que no se presente a la primera audiencia del debate o a las conclusiones. La delegación de la acción civil al MP es apercibida oralmente durante la toma de la denuncia.

Artículo 433 / garantías:

Para todos los efectos especialmente los laborales se entenderá que la víctima y los testigos tendrán derecho a licencia con goce de sueldo por parte de su patrono público o privado cuando tengan que asistir a las diligencias judiciales o comparecer ante el llamamiento judicial y por el

tiempo necesario para ello con el objeto de comprobar la asistencia a tales actos, el tribunal que conoce de la causa deberá extender el comprobante respectivo en el cual se indique la naturaleza del acto y la duración efectiva del trámite.

Comentario

De la misma forma que lo establece el numeral 204 CPP, se determina la existencia de permiso con goce de sueldo para asistir a declarar. Asimismo, el deber del tribunal de emitir el respectivo comprobante. Resulta prudente que el tribunal pueda considerar en la medida que así lo permita el proceso aquellos casos en los que los deponentes sean oficiales de policía o ciudadanos, cuyo trabajo implique que su deposición sea rendida luego de su jornada laboral.

En algunos casos, oficiales de policía son citados a rendir declaración cuando han laborado ininterrumpidamente desde el día anterior y sin poder descansar. En aras de garantizar la pureza de la prueba y la posibilidad de escuchar la deposición del testigo en condiciones óptimas para el proceso, es necesario considerar estos factores.

Artículo 434 / localización y horarios:

Mediante reglamento se definirán la localización y los horarios de los jueces de las causas en flagrancia que establece esta ley. La fijación de los días y horario de atención al público de estos jueces deberá establecerse en jornada nocturna de fines de semana y feriados, para la mejor prestación del servicio de administración de justicia en forma tal que los términos establecidos en la presente ley puedan cumplirse efectivamente.

Comentario

Entiéndase como reglamento los pronunciamientos que sobre la localización y horarios ha dispuesto Corte Plena. Se trata de una serie de

pronunciamientos que han ido definiendo competencias territoriales, localizaciones y horarios entre los distintos tribunales del país. Esto tiene una explicación lógica en cuanto a lo novedoso del sistema expedito y su trabajo a las 24 h. Así, entonces, se ha tenido que experimentar en el curso y con la experiencia como consejera, sobre la mejor manera de disponer de la localización y horarios de los tribunales.

Artículo 435 / duración del proceso

Cuando proceda la aplicación del procedimiento expedito en ningún caso debe transcurrir un plazo superior a 15 días hábiles entre el inicio del procedimiento y la celebración de la audiencia por parte del tribunal. El incumplimiento de ese plazo será causal de responsabilidad disciplinaria para el funcionario responsable de la demora.

Comentario

Existen dos abordajes importantes al respecto de este plazo. El primero de ellos respecto de su naturaleza y características. Sobre este, la jurisprudencia adjunta desarrolla con claridad que se trata de un plazo ordenatorio, no perentorio. Además, que deberá entenderse la referencia: "la celebración de la audiencia por parte del tribunal", como la única audiencia que describe los artículos 428 y 429 CPP.

La superación del plazo de los quince días no acarrea una incidencia de pérdida de competencia del tribunal de flagrancia, sino por el contrario, lo que podría derivar en una responsabilidad para el o los funcionarios que provocaron el atraso, siempre y cuando no esté debidamente justificado.

El segundo aspecto es un acercamiento a un principio de eficiencia judicial, circunstancia que puede ser fácilmente ponderable con los datos del departamento de estadística del Poder Judicial, referente a la duración de los procesos. Como vemos, un proceso deberá durar no menos de quince días hábiles.

Artículo 436 / normas supletorias:

Para lo no previsto en este título se aplicarán las regulaciones de este código de manera supletoria en tanto sean compatibles con la naturaleza célere del procedimiento expedito.

Comentario

El numeral en marras, tiene una regla de interpretación que permite al operador jurídico integrar la aplicación de las normas con el resto de los principios y normas que integran en CPP. Como se desprende del mismo artículo, esta integración debe ser coherente con la naturaleza célere del procedimiento expedito.

La celeridad o rapidez marca la regla de integración de las normas, no puede estar por encima de los derechos de las partes. Los principios generales del proceso penal, buscan la solución del conflicto, pero más aún, una interpretación restrictiva de aquellas normas que limiten sus derechos, así como el derecho a una decisión definitiva dentro de un plazo razonable.

2) PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA

M. Sc. Daniel Sánchez Delgado

1. RUPTURA DE LOS PARADIGMAS. TAREAS PENDIENTES

El derecho en general, pero sobre todo, el proceso penal, está permeado de los vicios de una ciencia social tardía. Con esto, nos referimos a la forma atrasada con la que los cambios se suscitan en este campo, pues la gran mayoría de las veces camina detrás de los acontecimientos.

Esta es la realidad por la que pasan los operadores del derecho, que generalmente permiten que los cambios se han vistos con recelo y desconfianza. Lo mismo sucede con el tema de Flagrancia, el cual inicia como un “Plan Piloto” autorizado por la Corte Plena.

Inicialmente, el proceso de flagrancia en asuntos de investigación mínima o nula, con partes presentes se realizaba una audiencia preliminar y de medidas cautelares a menos de 24 horas de los hechos.

Una vez que haya precluido esa etapa, se podían mantener los términos de diez días del art. 316 CPP o si existía renuncia, se iniciaba el debate una vez superada la etapa preliminar. En vista de este procedimiento, iniciaron las críticas respecto al juez natural y competencias. Por lo que la ley de víctimas y testigos fue reformada, e incluye el procedimiento de flagrancia como un “procedimiento especial”.

A. De los Paradigmas

El primer paradigma a la reforma de CPP, se rompe al no cumplirse ni siquiera con los plazos de audiencia preliminar y el paso a juicio. La cantidad de asuntos saturados estaba lejos de la expectativa del código.

El segundo paradigma, lo vemos con el procedimiento expedito de flagrancia (art. 22 CPP), lo cual generó recelo para algunos sectores. Principalmente los plazos, tiempos del proceso y la efectividad del sistema, resultó una nueva forma

de ver las cosas en materia penal.

De los temas principales que se pueden mencionar respecto al nuevo procedimiento están:

- i. El plazo: para ejercer la defensa la cual se le otorgó un plazo de 24 horas para ejercer su estrategia (art. 428 CPP). Frente a este numeral surgieron críticas señalando la insuficiencia del plazo para ejercer el derecho de defensa y la posibilidad de brindar un buen servicio público por parte de los defensores. Aunque la variable de las 24 horas se estableció en código, el mismo no puede ir en contra de principio de razonabilidad. En primer lugar por la forma de trabajo de horarios del tribunal y los despachos auxiliares, en segundo lugar por la complejidad de los asuntos. Por lo que ese plazo de 24 horas ha sido solamente un papel, puede generar inquietudes dudas y suspicacias, empero, al ser sometido a la realidad, el plazo no generó ese quebranto al derecho de defensa que preocupó a tantos.
- ii. La sentencia oral: Su utilización fue obligada mediante el art. 429 CPP. : No ha sido un instrumento exclusivo de los tribunales de flagrancia, puesto que ya se implementaba dentro del organismo. Lo cierto es que permiten un mejor análisis de las ventajas y desventajas de la oralidad, que posibilita la mejor en el procedimiento, determinar distractores, vicios y así emitir un criterio.
- iii. El derecho al tiempo: Beneficio que surgió como producto de la ineficiencia judicial. El desinterés de la víctima por el proceso como resultado de la mora procesal. Esta realidad fue arraigándose, al mismo tiempo, perjudicando o beneficiando, según sea el caso, a personas ligadas a los procesos penales, encontraban en el paso del tiempo un favoreciendo a sus intereses. Es así como el tiempo, por si solo, se convierte en lo que denomino un "derecho", el derecho al tiempo.
- iv. Derecho de Apelación de la Prisión Preventiva: Las medidas cautelares son carentes del recurso de apelación. Con lo que se alzó

la voz sobre el derecho de defensa y doble instancia. Sin embargo, cabe destacar que el derecho de doble instancia es un derecho relacionado con la sentencia de fondo, no así con las medidas cautelares. Y en segundo lugar, la resolución es dictada por un juez de tribunal resolución que no tiene apelación bajo el principio de taxatividad.⁴⁰

La aplicación del art. 437 del CPP como objeto de la Acción de Inconstitucionalidad, es un motivo sobre el que la Sala ya se pronunció de forma negativa en su jurisprudencia. En efecto se ha establecido que la aplicación de la citada norma en cuanto solo admite el Recurso de Apelación contra resoluciones de los Tribunales de procedimiento Preparatorio e Intermedio, siempre que sean declaradas apelables, causen gravamen irreparable, pongan fin a la acción o imposibiliten que esta continúe, no violenta el debido proceso, porque no es obligación del legislador otorgar una segunda instancia para todas las resoluciones y actuaciones del proceso, sino solo respecto de la sentencia condenatoria o aquellas que causen un gravamen irreparable (art. 8.2 Convención Americana sobre los Derechos Humanos).

El tercer paradigma tiene relación con el conflicto y las salidas alternas. Muy ligada al paradigma anterior, el novel procedimiento de flagrancia acercó la solución del conflicto se realizara por vías pacíficas, cosa que no pasaba en el proceso penal. Pese a la existencia de un capítulo de salidas alternas desde la reforma del 98, estas sufrían el calvario de la duración de los procedimientos judiciales.

Así entonces una persona por un delito de portación de arma permitida, podía acceder a una salida alterna varios meses o incluso un año después de los hechos. Esta cercanía no solo permite revitalizar las salidas alternas, sino que la

⁴⁰ Sala Constitucional. Sentencia n°2004-10040 14:27 28/01/05. Citada en la resolución n°11099-2009. Sala Constitucional.

inmediatez con el acontecimiento desarrolla una víctima más comprometida con el cumplimiento de condiciones en una conciliación o, incluso, una suspensión del procedimiento a prueba.

Este es un paradigma invisibilizado por mucho tiempo como logro del tribunal. El desmedido interés de la prensa por las notas periodísticas vinculadas con las condenatorias y el más que evidente interés de la antigua coordinación del tribunal por buscar ese protagonismo, generaron que los primeros cuatro años de existencia del procedimiento de flagrancia fueran reconocidos en los medios de prensa por sus sentencias condenatorias.

Y el cuarto paradigma es producto de las sentencias del tribunal, y la novedad, que no solo implica el procedimiento, sino toda la puesta en práctica de este. El procedimiento de flagrancia no puede solo evidenciarse por los 14 artículos que comprende el Título VIII del Libro II del Código Procesal Penal. La reforma implicó nuevas formas de trabajo que comprendían el uso de tecnología (para resguardar las denuncias y partes policiales), así como la plena incorporación de la oralidad en la tramitación de todas las audiencias.

En virtud de estas reformas de trabajo, estimo que algunos temas sufrieron redimensionamientos importantes, y por qué no, orientaciones distintas de las que se venían desarrollando jurisprudencialmente. Se hace referencia a los nuevos abordajes y nuevos temas que surgen a raíz de la implementación del procedimiento especial de flagrancia. Uno de ellos es la

- i. **Denuncia que pasa a ser de escrita a grabada en video y guardada en soporte electrónico.** Un sistema lento que pocas veces generaba la constatación de los escritos por parte del denunciante o incluso la forma en la que se redactó. Frente a este anacrónico instrumento, se observa una denuncia donde se observa al ofendido exponer con su voz los hechos, referir detalles a preguntas del Ministerio Público, e incluso, en algunos casos, contestar interrogantes de la defensa. Se trata de un elemento probatorio producido de manera directa y así plasmado de lo indicado por el denunciante y no por instrumento tamizado por un tercero que recibe la denuncia. Este particular

muestra un elemento probatorio mucho más rico, variables en elementos para análisis judicial, para valoración de testimonios y demás. Así se ha hecho ver en el caso de apelaciones⁴¹:

La presencia de la Defensa durante la toma de la denuncia es una novedad del procedimiento ordinario, donde la denuncia está muy lejos de ser observada al momento de su génesis por representante alguno del imputado. Este sistema no está ajeno a vicisitudes prácticas, pues la saturación del recurso, no siempre la defensa está disponible para la toma de la denuncia empero son circunstancias que tendrán que irse mejorando institucionalmente.

- ii. **El reconocimiento en Sala y la presencia de los imputados.** La dinámica producida por los acontecimientos de flagrancia que generó como que tribunales nos replantearemos el tema anterior, no es un tema novedoso, como se dijo, sin embargo, cuenta con modificaciones hechas al tenor del procedimiento de flagrancia. En otro sentido, de su relación con el derecho o no del imputado de retirarse de la sala o estar oculto a la vista de las partes, quizá como parte de una estrategia. Lo cual permite al juzgador observar reacciones, conductas y actitudes que conformaran su razonamiento con el resto de la prueba.

B. Las Tareas Pendientes

Como toda innovación, el procedimiento de flagrancia tiene tareas pendientes, a saber:

- i. **Replanteamiento de políticas de persecución criminal:** Sin duda, el Ministerio Público, es el que ha tenido que adaptar más sus funciones a la nueva reforma. Reducir la investigación, la oralidad en la tramitación de las causas y la celeridad que exige el sistema. Este

⁴¹ Voto de Mayoría, Tribunal de Apelación de sentencia II Circuito Judicial de San José n°1899-2013.

protagonismo ha puesto de manifiesto algunas tendencias o políticas que estimo pueden ser consideradas como tareas pendientes o sujetas a estudio. Actualmente los tribunales reciben una gran cantidad de asuntos de delitos de hurto donde figuran como ofendidos cadenas de supermercado y comercios de ropa y artículos para el hogar. En todos estos asuntos las cuantías están muy lejos del antiguo monto de la mitad del salario base entendido como elemento objetivo de tipicidad. Las víctimas con considerable capacidad económica se echa de menos institutos como la conversión de la acción pública o privada. La no utilización de esas aristas legales genera un ministerio público tramitando asuntos que en otras jurisdicciones e, incluso, en otras épocas, eran consideradas bagatelas.

- ii. **El problema penitenciario:** Uno de los grandes temas que saltaron a la vista con la creación de los Tribunales y luego de algunos meses de establecido este, fue la falta de previsión o, a nivel penitenciario, los posibles resultados del tribunal. Esta circunstancia genera considerables problemas de convivencia y respeto de los derechos humanos de los internos. El divorcio entre el procedimiento y la previsión del sistema carcelario puede significar dos cosas, una un resultado inesperado y, por conexión, una separación importante entre el procedimiento de flagrancia y la lucha contra cierto tipo de criminalidad.

En un segundo caso, el más que evidente desinterés de nuestros gobiernos de ahora y siempre por las poblaciones carcelarias. Me inclino por la segunda y, al mismo tiempo, señalarla como un pendiente sumamente importante del Ministerio de Justicia. Sin embargo, al igual que los resultados de flagrancia solamente se han visto visibilizados a nivel de sentencias condenatorias, uno de los grandes pendientes del Ministerio de Justicia está en la oficina de adaptación social, propiamente, las relacionadas con el control de

salidas alternas que ofrecen un importante insumo en el consumo de trabajo del tribunal, y que están considerablemente saturados y carentes de recursos para procurar la finalidad de las salidas alternas.

- v. **La sentencia oral:** Como hemos venido señalando, la sentencia oral no es un instrumento exclusivo de los Tribunales de Flagrancia. Como hemos indicado desde unos años antes de la existencia de estos Tribunales, y con ocasión del uso de sistemas de audio y video, se empezó a experimentar con este mecanismo de notificación del fallo. Empero el Tribunal por imperativo de ley ha generado en estos últimos cinco años, un sinnúmero de sentencias que puede permitir estudiar pro y contra de dicho instituto, replantear su duración, metodología, vicios y virtudes. Los Tribunales de Flagrancia ofrecen un espacio de análisis de la sentencia oral que estimo debe explorarse y determinar, si los detractores de este instrumento tienen razón en sus críticas, si debemos reconsiderar ir atrás con la oralidad o, en criterio de quien escribe, mejorar el instrumento.
- vi. **Las medidas cautelares:** Lo que se discute es la apelación de estas. Determinar la autoridad competente para conocer la apelación y darle lugar a la impugnación dentro del ordenamiento jurídico. Construir un recurso que no entrase el procedimiento. Posiblemente este es uno de los temas de menor interés en la lista de pendientes de flagrancia, empero, es uno del que se debe empezar a seguir soluciones, sobre todo, de aquellos que con mayor interés lo han criticado.
- vii. **Definir el perfil de los tribunales de flagrancia:** Los tribunales de Limón, Alajuela, Puntarenas, Cartago y San José trabajan con el procedimiento especial, lo que los diferencia es que todos ellos dependen de un tribunal ordinario, excepto el tribunal de flagrancia de II Circuito Judicial de San José, ya que es un tribunal independiente administrativamente. Esto genera que tanto los vicios como las virtudes de los Tribunales ordinarios sean adquiridos por los

Tribunales de Flagrancia. No en vano, muchos de estos Tribunales reciben recargos en materia ordinaria o sus peculiaridades.

En síntesis, como todo proceso de ingenio e innovación, el procedimiento especial de flagrancia no ha sido invicto de las críticas. Desde su nacimiento generó críticas, vítores y pasión. La prensa, los poderes de la república y la ciudadanía formaron parte de este coctel de opiniones sobre el novel procedimiento y del joven Tribunal.

Mucho no se dijo y un tanto más no se escribió del procedimiento que crecía entre dudas y apuros de los operadores jurídicos y como un sistema de quebrantamiento de derechos humanos a los que fue sometido. Sin embargo, los resultados que ha venido surtiendo este sistema han superado algunos criterios a los que fue sometido.

Si bien es cierto, los datos estadísticos no pueden determinar una disminución dramática de la delincuencia, gracias a la creación de la Jurisdicción especial de Flagrancia, estimo que sus verdaderos resultados están en la revitalización del principio constitucional de Justicia Pronta y Cumplida.

LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL DE FLAGRANCIA

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Decano Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

Reflexionar sobre el proceso de flagrancia, tal y como quedó delimitado en nuestra legislación procesal, en una relación más que sospechosa entre la legislación de emergencia y el presunto involucramiento colaborativo del Poder Judicial. En la construcción de la política criminal del Estado, resulta ser una necesidad más que evidente.

Es de buen ver y de mejor sentir, considerar que esto manifiesta una firme voluntad del Poder Judicial por no dejar hechos impunes, y que se hará todo lo posible por juzgar hechos de escasa relevancia con todo el derecho de persecución que es exigible al Ministerio Público. Se decía y aún se sostiene que el proceso de flagrancia impediría los altos números de impunidad que se reflejaban en pequeños hurtos y robos, que dejaba la sensación en la colectividad de falta de reacción y eficiencia en la falta de acción del sistema penal.

Hechos penales que más afectan a la colectividad, otros son los fenómenos que este castigo inexorable ha provocado en la realidad criminológica costarricense, entre otras: abarrotamiento de la cárcel con una población creciente cada vez más joven y cuyas posibilidades de reinserción se reducen en la misma proporción en que su encierro produce efectos en sus biografías.

Más allá de una baja importante en el número de homicidios por 100 mil habitantes, pero no como producto directo de la acción de los tribunales de flagrancia. Se tomó en cuenta las experiencias que se empezaban a vivir por doquier, especialmente en Argentina, donde algún crítico ácido los denominó "juicio express" (Zaffaroni).

Las causas para modificar el procedimiento y crear una forma expedita de tramitación de las causas, están más allá del mero planteamiento populista, hay razones lógicas del propio procedimiento penal diseñado en 1996, que en una lógica de eficientismo intentan modificar las garantías del justiciable y construir un juicio que dé resultados en el menor tiempo posible. Dentro de estas lógicas eficientistas se encuentra la oralidad.

Sea o no contracultural insistir en audiencias orales no resulta de suyo en algo objetable desde el punto de vistas de garantías, se trata simplemente de seguir las líneas de un rito que ahora se traduce de forma oral que, sin duda, puede servir para agilizar la administración de la justicia, pero es claro que la justicia penal no se basa únicamente de estas formas orales para proveer a un procedimiento más ágil, sino que concretamente en flagrancia, se decidió reducir ciertas condiciones de intervención de las partes en concreto de la defensa para promocionar esta justicia más rápida.

El problema de la oralidad como constructo de agilidad no es específico del juicio de flagrancia, sino que es un tema de discusión en el proceso penal, que ha sido observado en diversos contextos, algunos de ellos amigables con el principio y otros con un acercamiento crítico. La oralidad como un principio, que humaniza, que amplía las posibilidades de acceso a la justicia y que traduce las expectativas de comprensión del justiciable por la vía de un lenguaje que permite comprender la extensión del conflicto, analizando la solución jurisdiccional planteada, así como también del control público de lo decidido.

En realidad, el contexto del análisis de la oralidad siempre ha sido el de un principio que facilita la realización de la justicia, en este caso, de la justicia penal. La promesa es que la oralidad abrirá puertas cerradas con la escritura, aportará informaciones imposibles de adquirir por medio de un expediente físico y con indudables aportes en términos de contradicción y de inmediación que conforman la lista de los principios más importantes por realizar por medio de este medio procesal.

En todo caso, el problema es la forma en que se ha traducido este principio en la práctica y ahí dirigimos nuestras observaciones principales.

A. Manifestaciones de la Oralidad en Flagrancia

En la práctica, la oralidad en el proceso penal se ha convertido tan solo en una forma de oralizar lo que antes estaba escrito, junto a una aplicación de tecnologías de grabación de audio y video, que han convertido en la traducción de esa oralidad en la práctica general del proceso.

Hoy la revisión de las sentencias de flagrancia pasa por el ejercicio relativamente complejo de ir a las constancias procesales, audiovisuales, no con poca frecuencia. Otras disfunciones evidentes para la defensa y el imputado, no es solo la restricción de oportunidades efectivas de defensa, sino también por el momento procesal en que tiene lugar el procedimiento de flagrancia, lo que ocasiona una disminución real de opciones de defensa.

La velocidad usual en estos procedimientos pueden llevar también a que los jueces traten de limitar la producción de pruebas que podrían beneficiar las

posiciones jurídicas del justiciable (*Tribunal de Apelación de Sentencia n°2012-2541*)⁴²

B. Verdad Procesal y Flagrancia

Cuando se trata del tema de implementación de la oralidad, se suele dejar de lado que en esencia se busca un medio para producir en el proceso penal una verdad específica, la cual se construye de una manera distinta o, quizá mejor de la que era adquirible a través de un medio escrito o por medios discursivos performativos, que se derivan del quehacer argumentativo por escrito.

Digámoslo de una vez, no se trata de un lenguaje de guerra, se trata de comunicación constructiva, es decir, de aportes lingüísticos, la mayor parte de ellos performativos, que persiguen una acción o actividad o al menos generar una transformación de la idea que hay sobre el objeto procesal que se está discutiendo.

El Ministerio Público y la Defensa, son los que quieren convencer de sus mejores razones y la manera en que entienden la aplicación de la prueba. La discusión de la verdad procesal con la intervención del Ministerio Público y la defensa crea condiciones diferentes, un juego donde se confrontan versiones de la verdad, en una especie de juego teatral. Es más cercano a un proceso de construcción de la verdad mediante la discusión oral. Junto con lo anterior, surge también la división que se hace entre oralidad y democracia; entre escritura y autoritarismo.

Por otra parte, el acto de comunicarse tiene intenciones que puede tenerla de apertura y democratización hasta de publicidad y de controlar por ese medio el ejercicio de poder. De la misma manera, podría controlar los ejercicios de comunicación para provocar justamente lo contrario.

C. Los Problemas de Legalidad Ligados

En algunos supuestos de aplicación de la oralidad se ha discutido su presunta legalidad e inconstitucionalidad, como ha sucedido con el dictado de las

⁴² Tribunal de Apelación de Sentencia

denominadas sentencias orales en materia penal.

El tema tiene especial importancia, pues el cambio hacia las sentencias escritas ha trasladado en énfasis a sentencias respaldadas en un formato digital, cuya conservación depende de una serie de tecnologías de seguridad diferentes del antiguo expediente escrito, que aun dejan que desear sobre la forma de conservación y el acceso, la posible revisión en el futuro, cuando los tribunales de revisión o casación tengan que reproducir estos registros, con el objetivo de discutir aspectos contemplados en la fundamentación del fallo oral.

De la misma manera, la conservación de los registros en forma digital dificulta la lectura y acceso al fallo al sentenciado, quien en prisión debería tener todas las facilidades para leer su fallo, discutirlo con su defensor y crear condiciones para poder discutir el fondo de las cuestiones que integran la condena.

Esta forma de implementación de la oralidad en la justicia penal, que en principio no ofrece problemas, en la medida que es una forma de organizar los supuestos de oralidad ya previstos en la legislación, choca con ciertas formas de escrituras conformadas como garantías para el justiciable, como lo es en concreto la sentencia escrita para el encartado.

Implementar las sentencias orales sin esa base legislativa, a pesar de sus eventuales ventajas o sus posibles beneficios. Es claro que la celeridad que le imprime el proceso es solo parcial, producto que el desbalance y el retraso se trasladan a la fase de revisión del fallo, pues los tribunales de casación y apelación quedarían sometidos a una revisión de estos fallos orales que, por las faltas del software disponibles la hace lenta y compleja, con indudables dificultades para la parte a la hora de preparar un recurso para el tribunal, a efectos de revisar integralmente el fallo.

2. LA AUDIENCIA INICIAL EN EL PROCEDIMIENTO EXPEDITO PARA LOS DELITOS EN FLAGRANCIA: EL ROL DEL JUEZ IMPARCIAL ANTE EL PLANTEAMIENTO DE LA ACUSACIÓN

Xiomara Gutiérrez Cruz

Jueza

A. ¿Qué es la Audiencia Inicial?

El art. 426 CPP señala que, en los casos en que el fiscal considere procedente la realización del juicio, una vez constituida la defensa técnica, debe pedir al tribunal de juicio audiencia oral, en la cual el tribunal determina si concurren los requisitos para aplicar el procedimiento de flagrancia. En esa misma audiencia, se resuelve sobre la aplicación de medidas cautelares.

Si el MP considera que no existen peligros procesales, puede dejar en libertad al sujeto aprehendido y citarla otro día, en el que se realizará la audiencia inicial ante el tribunal. Pero en caso de que si considere que existe peligro, la persona queda detenida a la orden del tribunal de flagrancia que recibe el expediente, a la espera de que se realice la audiencia.

La audiencia inicial se divide en dos partes (art. 428 y 429 CPP), en la primera de ellas, el fiscal expone oralmente la acusación y ofrece la prueba, el juez verifica que la acusación sea clara, precisa, circunstanciada y atribuya un hecho típico. De seguido, en la audiencia se discute si es posible o no aplicar alguna medida alterna o el procedimiento abreviado; luego el tribunal resuelve sobre la prueba ofrecida por las partes, y se realizará la segunda parte de la audiencia que corresponde al juicio oral y público.

B. El juez imparcial en el Estado Democrático y la separación de funciones del sistema acusatorio

Los parámetros para la fijación de los roles derivan en términos generales de la normativa procesal penal, que dispone cuál debe ser el papel del Ministerio Público, la defensa y los jueces, así como las otras partes que eventualmente intervienen.

Ello surge de los principios constitucionales y está enriquecido por las reglas del modelo acusatorio que se busca adoptar íntegramente con predominio de la oralidad. La forma en que los actores ejerzan sus roles es de vital importancia, pues de ella dependerá el respeto de los derechos de los involucrados en el hecho supuestamente delictivo que originó el proceso.

El modelo procesal acusatorio también implica una división de funciones en el ejercicio del ius puniendi, por parte del Estado. Este modelo procesal se ajusta a los principios democráticos en el tanto implica también una separación en el ejercicio de las funciones que conlleva un proceso, la cual significa una garantía para los individuos que son sometidos al sistema penal, pues el juez resuelve con total independencia e imparcialidad los asuntos sometidos a su conocimiento.

C. El rol de los intervinientes en la audiencia inicial oral

La oralidad incorporada a los procesos penales, propicia la división de funciones propuesta y el control cruzado de la actividad de las partes.

Es importante que en la audiencia inicial cada una de las partes según su rol, aporte la información necesaria sobre los aspectos que le interesan para que el juez pueda resolver fundadamente.

El peticionario o solicitante debe explicar claramente su requerimiento, cuál es la decisión que pretende, cuáles hechos y pruebas la fundamentan y cuál es su justificación legal.

A la contraparte le corresponde responder los alegatos del petente, que presenten debilidades y aportar nuevos elementos para la decisión del tribunal, sus argumentos también deben estar respaldados en la prueba y los hechos.

El juez debe conducir adecuadamente la audiencia, mantener el orden, otorgar a cada parte el tiempo necesario para plantear y fundamentar sus alegatos, controlar que no se refieran a temas distintos del objeto de la audiencia.

D. Rol del juez ante la acusación en la audiencia inicial

De acuerdo con el 428 CPP, el juez debe verificar que la acusación sea clara, precisa, circunstanciada y que el hecho sea típico. En caso contrario, el juez deberá hacerle la observación al MP para que corrija de forma oral su acusación. Sin embargo, de ser así, estaría interviniendo en la labor del fiscal y parcializándose hacia la tesis de MP, contra los intereses del acusado. La corrección solamente debería producirse si el propio fiscal se da cuenta del error, previo a que el juez resuelva, pero nunca por instancia del juez.

En los procedimientos ordinarios se ha planteado la discusión sobre la posibilidad de que defectos sustanciales de la acusación sean corregidos en la etapa intermedia o en la etapa de juicio. Mayoritariamente, la jurisprudencia se ha inclinado por considerar que las correcciones sí pueden producirse en la etapa intermedia, mas no en juicio.

La función de juez, cuando se plantea acusación en la audiencia inicial, es resolver conforme las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico. Tomando en consideración que el principio de imparcialidad le impide advertir los errores o corregirlo, si se les presenta un cuadro fáctico que los contiene debe analizar en qué consisten para determinar si a pesar de su existencia, el asunto puede ser remitido a juicio, o si corresponde rechazar la solicitud de juicio y dictar sobreseimiento definitivo.

3. TRIBUNALES DE FLAGRANCIA. UNA REALIDAD INVISIBILIZADA. (Un perfil del Tribunal de Flagrancia distinto al señalado en medios)

M.Sc. Daniel Sánchez Delgado

Con las variables propias de un Tribunal gremial, los Tribunales de Flagrancia, denotan, en poco tiempo, resultados muy alentadores para sus creadores y, por supuesto, sumamente atractivo la prensa nacional. Para muestra, a menos de un mes de iniciar las labores, los tiempos de respuestas (desde que un imputado llegaba detenido hasta sentencia) era de aproximadamente seis días en promedio. Esto utilizando las medidas implementadas por la Corte Plana en un

protocolo de actuaciones diseñado para tal efecto.

Hasta aquí el Tribunal de Flagrancia parecía un simple proyecto, pero representa una parte de toda una reforma integral que se procuró a través del proyecto de Ley de fortalecimiento integral de la seguridad ciudadana. En el mes de marzo del 2009 se instaura el proceso de flagrancia legalmente como un apartado del CPP. Esta reforma, como se indicó, se introduce a la Ley 8720.⁴³

Lo interesante de este proyecto es que la referencia al procedimiento expedito de flagrancia es mínima y se enmarca en lo que el mismo proyecto denomina "Acciones en materia de sanción". Dice así:

Aunque el tema de la sanción estrictamente hablando les corresponde a las autoridades judiciales, el Poder Ejecutivo se convierte en un actor fundamental a efecto de garantizar las acciones de coordinación, financiación e iniciativa de ley que procuren el fortalecimiento y modernización de la administración de justicia para la adecuada investigación y persecución criminal (...).

A. Origen Confuso. ¿Hijo de las reformas de Seguridad y los Derechos de la Víctima?

Nuestro entorno sociológico tiene un ingrediente constante con mayor ruido en los años en los que se introduce el procedimiento expedito en todas las sociedades modernas. Nos referimos al tema de la seguridad ciudadana. Este ingrediente tiene especial especial relación con el proceso penal, de ahí que sus vínculos han llegado a ser discutidos en foros jurídicos de alto nivel, pero además a niveles más populares.

La seguridad ciudadana es un tema novedoso. No porque no fuera importante antes, sino porque se trataba de un problema de seguridad de la nación. La noción de la seguridad ciudadana pareciera a simple vista un concepto simple de entender, fácil incluso de manejar en cuanto a sus dimensiones, sin embargo, ha sido utilizado bajo diferente vías o formas de pensamiento y para diferentes

⁴³ Deriva al mismo tiempo del Proyecto Ley de Fortalecimiento integral de la seguridad ciudadana.

fines.

El concepto de seguridad ciudadana ha sido usado de distintas formas. Existen ciertas dimensiones que menciona M. Valle, 2005, la primera tiene que ver con los hechos y el segundo con el sentimiento de seguridad. Ambos pueden señalar al mismo destino, pero no proporcionalmente. Lo que se pretende demostrar es volátil, que puede ser el segundo de estos aspectos en el tanto la percepción o el sentimiento sobre el tema es un producto cultural, que se genera a raíz de la forma en la que hacemos uso o visualizamos los temas de seguridad. Mucho de esto tiene que ver con el uso que de la temática hagan los medios de comunicación, los Estados o candidatos presidenciales.

La percepción o sentimiento de inseguridad ciudadana como trampolín, casi que para lo que se quiera. Lo cierto del caso es que el concepto de seguridad ciudadana implica conceptos muchos más integrales, pero en los últimos tiempos, en nuestro país, el sistema penal tiene un ligamen ineludible con esta rama.

No consideramos que el derecho penal no tenga con el tema de seguridad ciudadana, pero sí pensamos que se trata de una de las tantas variables que están inmersos en este gran tema, sin embargo, su protagonismo se ha potenciado excesivamente, acuñándole al sistema penal funciones que estimamos no corresponden a su naturaleza, de ahí surgen los temas de la tolerancia cero, la mano dura y, al otro lado de la acera, el garantismo penal.

El sistema penal ha ido evolucionando y generando discusión sobre formas procesales concepciones y demás que han generado más efectivos al sistema procesal penal. El tema de la efectividad está ligado a los objetivos que se pretenden alcanzar. De ahí que si pretende seguridad ciudadana, con base en un concepto de lucha contra la delincuencia, únicamente lo que se va a lograr es fortalecimiento de cuerpos policiales, endurecimiento de leyes y aumentos de condenados.

Paradigmáticamente, esto no va a generar disminución a una mejora sustancial en la seguridad ciudadana, al menos en su apartado de hechos como lo señala Valle (2005).⁴⁴ No así en el apartado de sentimiento (percepción de

⁴⁴ VALLE, M. (2005). "Una política de seguridad ciudadana para Costa Rica".

inseguridad).

Galeano (2006) en una reveladora y como siempre consistente cita, indica:

En un mundo que prefiere la seguridad a la justicia, hay cada vez más gente que aplaude el sacrificio de la justicia en los altares de la seguridad. En las calles de las ciudades se celebran las ceremonias. Cada vez que un delincuente cae acribillado, la sociedad siente alivio ante la enfermedad que la acosa. La muerte de cada mal viviente surte efectos farmacéuticos sobre los bien vivientes, la palabra farmacia viene de pharmakos, que era el nombre que daban los griegos a las víctimas humanas de los sacrificios ofrendados a los dioses en tiempos de crisis.

B. El Tribunal de Flagrancia y el Entorno Social (Un recorrido sobre algunas discusiones de presa respecto a la seguridad ciudadana)

En Costa Rica, se ha discutido a nivel de prensa sobre la seguridad ciudadana. En particular, el tema ha girado en torno a la corriente “garantista” y los seguidores de tendencias cercanas a la mano dura o de efectividad del ordenamiento jurídico. Estas discusiones no han sido exclusivas para los juristas, sino que han participado ciudadanos, aportando intereses y opiniones al respecto.

En su Editorial del 23 del año 2008, *La Nación* detalla los resultados del Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. Se hace especial hincapié en la desmejora en el tema de la seguridad ciudadana y el gran tema es ¿Cuál es la solución? Evidentemente, la más integral. El editorial menciona la necesidad de atender focos de problemas en poblaciones de alto riesgo (Programa Avancemos), e intenta incrementar los policías comunitarios.

Por otra parte, avala las reformas legislativas referentes a los Tribunales de Flagrancia como “ un logro para impedir la impunidad”. También, avala las acciones de rango legislativo para luchar contra la impunidad y menciona un programa como paliativo para atender focos de delincuencia. Es evidente la disparidad de fuerzas con las que se atacan las fotos del programa a criterio de este autor. Parece que la editorial pierde objetividad en el llamado a un

tratamiento integral y no se percata de la disparidad de acciones.

Por un lado, la acción de un Tribunal específico con asignación presupuestaria y creación por ley. Al frente un programa (sumamente respetable), que incluso enfrentó problemas de efectividad en años recientes. No se puede negar acá que las medidas represivas llevan la batuta y son claramente aplaudidas.

URCUYO, incluye en la Ley de Crimen Organizado lo siguiente⁴⁵:

Justificar la legislación de excepción por la novedad de las amenazas equivale a eliminar la normalidad de un derecho igual para todos; al establecerse excepciones crecientes a las garantías, nos aproximamos a la lógica sin límite de los infractores, llámense estos delincuentes, terroristas o narcotraficantes. El derecho no es fuerza ni arbitrariedad, es racionalidad endosada y desarrollada en el principio democrático. La fortaleza de la democracia deriva de su negativa a sumergirse en la lógica de la fuerza de la coacción desnuda y de la excepción. La cohesión social solo se mantiene por el respeto que inspira nuestra manera de convivir, basada en el gobierno de las leyes y no en la lógica de la guerra que ante el enemigo justifica el uso de cualquier instrumento. La superioridad moral es el fundamento de la autoridad, entendida esta como el respeto a las normas de la convivencia y del saber por el valor intrínseco que tienen de estas. El poder puede surgir como decía Mao, de la punta del fúsil, pero la democracia surge del voto del autogobierno y la participación, del respeto a la Constitución, y a las garantías. La convivencia que vale es la discutida y deliberada no la puesta, ya sea por los números, la represión o las balas. Cuando una sociedad abandona el derecho y busca el estado de excepción, el régimen democrático tiene sus días contados. Ningún enemigo justifica el abandono de los derechos de defensa del principio de inocencia, de la necesidad del contradictorio en todos los niveles del proceso penal, así como de la independencia de los jueces. Cuando se abandona, entramos en la excepción en el derecho fabricado para el caso y los autores esto es

⁴⁵ Creación de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica; Ley Contra el Terrorismo; Ley contra la Delincuencia Organizada; Ley de Protección de Testigos y Víctimas; Ley contra el Matrimonio Simulado”.

síntesis de la justicia.

Frente a esto la Corte Suprema anuncia “buenas nuevas, del compromiso del Poder Judicial para mejorar el funcionamiento del sistema.

Se hace referencia por el presidente a.i. de la Corte, Alfonso Chaves que:⁴⁶

En el tanto se desarrolla ese debate indispensable para nuestra realidad social, es importante señalar que la Corte Suprema de Justicia ha emprendido una serie de acciones, entre ellas la promoción de una ley de víctimas y testigos, de crimen organizado en el marco de la Comisión de Alto Nivel, convocada por el Poder Ejecutivo. De conformidad con el compromiso asumido con la ciudadanía, el pasado 21 de enero aprobó una propuesta de la Sala Tercera, cuyo objetivo es solventar los problemas que generan las contravenciones y delitos en flagrancia. Contando ya con el presupuesto extraordinario recientemente aprobado por la Asamblea Legislativa, se acordó el 9 de junio pasado, por el Magistrado José Manuel Arroyo presidente de la Sala Tercera, se separe de sus funciones habituales y se dedique al diseño y organización de la logística que nos permitirá poner en marcha este plan a corto plazo.

Con ocasión de manifestaciones sobre el Poder Judicial y la lucha contra la criminalidad, el Presidente de la Corte, Dr. Luis Paulino Mora, explica en un artículo en *La Nación* y de una forma sumamente ecuánime, el tema de la seguridad ciudadana y la función del Poder Judicial. Explica el Jurista:⁴⁷

Ningún sistema de administración de justicia del mundo puede a punta de expedientes, devolverle la paz social a una sociedad, porque la administración de justicia, está diseñada para actuar cuando el conflicto se da, no para prevenirlo. Es cierto que puede coadyuvar a que se reduzcan los niveles de impunidad (haciendo cumplir la ley), pero no puede evitar que la gente se siga matando, consumiendo drogas, robando, violando, pegándole a la mujer, asesinando jóvenes, asaltando etc. Todas esas otras patologías sociales que nos tienen agobiados a todos como ciudadanos,

⁴⁶ CHAVES, A. (2008). “Compromiso del Poder Judicial”, Opinión, *La Nación* 13 de junio.

⁴⁷ MORA, P. (2009). “Enfocados y Comprometidos”, Opinión, *La Nación*, 2 abril.

lamentablemente no se arreglan solo a punta de sentencias. Por eso es urgente que, como país trabajemos en las causas de esas patologías si queremos recobrar el equilibrio social.

No cabe duda, de que se atenúan las palabras rendidas en el 2008 por el presidente de la Corte, en el tanto se aceptan los límites de la función jurisdicción y se deja patente una realidad funcional importantísima, y que la justicia no está para prevenir el conflicto.

Plasma el Dr. Mora una realidad que vuelve las aguas a los rumbos del análisis integral del problema. Hasta acá el tema de la criminalidad y la corte corría en aguas mansas, se destacaba por un discurso en discusión permanente, en el que la corte sorteaba las presiones cada vez más insistentes de la ciudadanía y los medios.

Si los Tribunales son para luchar contra la impunidad o lo que se pretende con las reformas legales, es ser más eficientes con el trabajo encomendado por la Ley y la Constitución, que no es otra que juzgar a quienes sean sometidos a la justicia.

El Tribunal de Flagrancia debe verse, entonces, como un equilibrio entre el efectivismo, visto como condena y el garantismo. Esto último en cuanto a la discusión que sobre la duración de los procesos se planteó cuando inició el tribunal. Es lo cierto, no existe un derecho fundamental al tiempo, claro está, salvo el necesario para preparar una defensa, pero, esta variable está regulada legalmente en nuestra legislación de Flagrancia y en un análisis sistemático del ordenamiento podría permitir, incluso, la ampliación del plazo del art. 428 CPP. La misma Sala ha referido que la rapidez en el proceso de flagrancia no implica afectación de los derechos fundamentales.

C. Realidad Mediática Vs. La Realidad Estadística

Algunos aspectos que hemos venido discutiendo han sido considerablemente potenciados por la prensa respecto de la función del tribunal de flagrancia. El punto de partida de este análisis parte de la percepción, cada vez más general de

la presencia del Tribunal de Flagrancia en notas de prensa. Con esta percepción, se ponderó la realización de un análisis de campo, para determinar la naturaleza cuantitativa y cualitativa de las notas de prensa, que incluían como tema al Tribunal y a la forma en que se disponía de la información.

Para tal efecto, se determinó que existe una amplísima cobertura de una faceta del Tribunal: su presencia en asuntos que implican condenas, penas, sanción y términos similares. Por el contrario, se ubica pocas referencias a sentencias absolutorias y salidas alternas.

La finalidad de dicha metodología era determinar y demostrar que los medios, inmersos como actores sociales en el tema de la seguridad ciudadana, aportaron una cuota de discusión. Una cuota marcadamente dirigida a incentivar percepciones de eficiencia, íntimamente ligadas a las condenas que producía el tribunal. Con esto, no solo se comprometía la percepción que cualquier ciudadano deba tener de un Tribunal de Derecho, sino que se ligaba su trabajo a la lucha contra la delincuencia.

Este marcado interés por resaltar el número de condenatorias, detenciones o dictados de prisión preventiva soslayó, y sigue soslayando una de las facetas más importantes de dicha jurisdicción. Se trata de la aplicación de las salidas alternas de la solución pacífica del conflicto. Por ejemplo:

De acuerdo a la información estadística del Tribunal entre el 2008 y 2010, existe un considerable número de salidas alternas que prácticamente representan el 50 % de la estadística del Tribunal. Con mayor precisión podemos indicar que la cantidad de condenas alcanzó el 50,54 %, las absolutorias el 5,58 % y las salidas alternas el 43,87 %. Asimismo en otro análisis estadístico, pero esta vez con intervención de la prensa se denota que el 77 % lo presenta con notas periodísticas como prisión, ladrón, castigo, prisión preventiva, etc. El 17 % es de penas, el 49,4 % le corresponde al trabajo del Tribunal y las salidas alternan con un 17 %. Uno más reciente, el del 2012 al 2013, muestra que los Tribunales en relación a las absolutorias y salidas alternas con un 50 %, y el 93 % de las notas de la prensa que resaltan temas relacionados con las condenas.

D. Análisis Cualitativo de algunas notas

A nivel cualitativo, los resultados arrojados por el análisis cualitativo se asientan aún más en perfilar que la imagen que instala la prensa en el colectivo es de mano dura. Más cercana a la tolerancia cero y populismo, que al garantismo.

Veamos algunas notas en particular:

- i. **Estrategia para combatir inseguridad.** *“Corte enjuiciará en horas a capturados infraganti. Delincuentes serán llevados ante el Juez y sentenciados en cuatro días. Plan Piloto será puesto en marcha en San José, Heredia, Alajuela y Cartago (La Nación 30-01-08).* Esta primera nota de prensa destaca en sus títulos y subtítulos, la vinculación del Poder Judicial a la lucha contra la inseguridad. No descartamos que el Poder Judicial tenga su cuota en este tema de amplísimas aristas, pero el enfoque es de exclusividad de solución al problema.
- ii. **El más ágil tardó cinco horas, Juicios rápidos dejan 37 Condenados en 45 días (La Nación 16-11-08):** Más claro no puede quedar el interés efectivista del proceso. Pero sobremanera, la producción de sentencias condenatorias en un plazo de tiempo considerablemente corto. La finalidad de la justicia pronta se está cumpliendo con lo que se identifica un objetivo importante del Tribunal. El objetivo es la resolución pronta de los asuntos es per se justicia pronta, independientemente de la naturaleza de las sentencias.
- iii. **Período octubre-diciembre, Jueces condenan a 3 de cada 4 hampones infraganti:** La celeridad de los procesos y su vinculación al principio de justicia pronta y cumplida, se refiere a que el proyecto tiene un valor agregado referente a su efecto preventivo.

E. Una Renovación en la que se Conciben las Salidas Alternas al Proceso

Hemos venido señalando la manera en que la prensa deja de lado el tema

de las salidas alternas, como parte de la producción jurisdiccional del Tribunal. En primer término, debemos decir que las salidas alternas encierran un interés ideológico introducido por la reforma en 1998, a través del cual, se pretendía otorgar a las partes la posibilidad de arreglar sus diferencias por mecanismos más pacíficos y menos agresivos. Aunado a lo anterior, las salidas alternas constituyen un pulmón extra para descongestionar los despachos.

Las salidas alternas y, en particular, la suspensión del procedimiento a prueba, tienen pocos mecanismos de contención y control. Tanto a nivel jurisdiccional como fuera de este, los controles son pocos o inexistentes. La carga de trabajo hace que la representación fiscal dé poco seguimiento a las condiciones del plan reparador y un tanto igual sucede con la oficina correspondiente en el Ministerio de Justicia.

A nivel jurisdiccional, el control se establece prácticamente conforme al vencimiento del plazo requisito establecido por ley, para poder dictar el sobreseimiento. Esto indiferentemente del cumplimiento o no de la medida.

Con esto, no solo se identifica un factor positivo en la labor comunal del encartado, sino que se reproduce en la sociedad que lo percibe. Existe, entonces, un perfil de prevención general y especial positiva, que gracias a los controles establecidos permite validar y potenciar la salida alterna.

Esta es una realidad considerablemente invisibilizada, y sobre la cual se debe trabajar aún más para afinar sus controles. Evidentemente, la salida alterna del trabajo comunal y las donaciones no son el tema más apetecido de los matutinos. Incluso, las pocas notas que hacen referencias a salidas alternas, lo hacen de forma tangencial o, incluso, en tono peyorativo.

La importancia de mostrar estos resultados deviene de la necesidad de ponderar efectos procesales beneficiosos para el sistema y sus administrados. Haciendo una analogía médica, la salida alterna resultaría en el tratamiento para sanar el problema y el juicio, la cirugía. Está claro que el tratamiento es mucho menos costoso, financiera, emotiva y socialmente, que la cirugía.

Pero si el tratamiento es malo, eventualmente se requerirá una cirugía mayor. Es decir, los mecanismos de salidas alternas pueden ser una oportunidad a

nivel de prevención general positiva, como contención de futuras acciones delictivas. Claro está, si ella tiene sistemas de control que se legitimen frente al encartado y la víctima. Si los controles se limitan al paso del tiempo, valoro que estamos ante un vicio mucho más pernicioso.

4. EL PROCEDIMIENTO EXPEDITO DE TRAMITACIÓN DE DELITOS EN FLAGRANCIA: ORÍGENES, ASPECTOS PROCESALES Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

María Iris Muñoz Cascante
Directora de la Defensa Pública

Este artículo procura describir los orígenes de la Jurisdicción expedita de Flagrancia en nuestro Sistema Procesal. Aunado a lo anterior dar un vistazo de la situación sociojurídica imperante en esos momentos y como la reacción de los medios ha dibujado un perfil de tribunal dirigido a potenciar su alto índice de condenas y de eficiencia contra la delincuencia. Se discute sobre el tema de la seguridad ciudadanas y las reacciones del Estado para enfrentar estas en variables de cero tolerancia y garantismo observadas incluso a nivel mundial. Se concluye en esta investigación que el perfil generado por los medios acerca de la jurisdicción de flagrancia invisibiliza una considerable parte de la labor judicial dedicada a la solución del conflicto, merito mucho más importante en un sistema de derecho penal democrático que la misma condena.⁴⁸

En el año 2008 se implementó este procedimiento, mediante un plan piloto para los delitos cometidos en “Flagrancia”, con el fin de establecer un

⁴⁸ Licda. en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Máster en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia. (Graduación de Honor), Máster en Administración de Justicia, de la Universidad Nacional (Graduación de Honor), Juez Titular del Tribunal de Flagrancia desde el año 2008.

procedimiento ágil, rápido y sencillo en flagrancia. Para la puesta en marcha de este plan piloto, se aprobó también por la Corte Plena un protocolo de actuación, que permitía aplicar la normativa básica del proceso penal actual, que se había aprobado desde 1996.

Este plan piloto reguardaba mayores garantías para la persona acusada, ya que los plazos para preparar la defensa quedaban a criterio del juez y se respetaba la segunda instancia, en relación con las medidas cautelares por aplicar, es decir, la defensa podía apelar la resolución que dictaba prisión preventiva contra el acusado o la acusada.

Con la Ley 8720, desaparece este plan piloto y se implementa un nuevo Procedimiento Expedito para los Delitos en Flagrancia. En la actualidad, este procedimiento se ha convertido en una maquila de condenatorias. Es un procedimiento que, lejos de introducir las mismas garantías del proceso penal ordinario, viola la garantía de la persona acusada y su defensor o defensora de ejercer su defensa con plenitud, y en concordancia con los principios constitucionales del artículo 39 y 41, principios de un Estado Democrático de Derecho. Además, este procedimiento tiene una serie de violaciones al derecho de defensa, las cuales analizaremos:

A. La Reparación de la Estrategia de la Defensa en 24 horas

El art. 245 del CPP, permite que se hagan juicios en las 24 horas siguientes a la detención de la persona acusada en flagrancia, además, establece un plazo máximo de 15 días para que finalice la causa con sentencia.

Una vez detenida la persona, el plazo para la realización del juicio es poco razonable para la debida preparación de la defensa.

Este artículo es el que establece que la Fiscalía es la que brindará un plazo de 24 horas para que el defensor (a) prepare la defensa, plazo que queda al arbitrio del representante del Ministerio Público ampliarlo. No se establece recurso a favor del acusado ante el juez para la ampliación de este término de 24 horas. Es indiscutible que en este plazo no es posible ejercer debidamente, tanto la defensa técnica como material, al no otorgarse un plazo razonable para ofrecer pruebas,

preparar adecuadamente la estrategia de defensa, en busca de la inocencia o del resultado más beneficioso para los intereses de la persona acusada.

Por su parte, el Estado no podría demostrar la culpabilidad en tan corto tiempo, ya que, de esta manera, se atropellaría la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa, dando como resultado una sentencia en clara violación del art. 39 de la Constitución Política. Es evidente que este procedimiento de flagrancia introduce una serie de violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, al establecer los plazos cortos para preparar la defensa en franca de la misma Convención Americana de los Derechos Humanos en su art. 7.5 y 8.1.

Asimismo, en concordancia con el art. 39 de la Constitución Política, este procedimiento también violenta el principio de legalidad, que establece el art. 1 del CPP. A diferencia de las disposiciones introducidas con esta reforma legal, el plan piloto de flagrancia si establecía mayores plazos que permitían preparar de manera adecuada la defensa e, igualmente, aseguraban la celeridad del proceso.

B. Imposibilidad para la Defensa obtener una prueba a favor de la Persona Acusada

Estos plazos tan cortos imposibilitaban la obtención de pruebas con rapidez, en atención a la celeridad del proceso, que fijan plazos de 24 horas y máximo de 15 días para resolver el caso. En estos plazos, le resulta difícil a la defensa recabar pruebas a favor del acusado, y aun cuando se cuenta con una unidad de investigadores, estos son solo 10 para todo el país.

En esto lleva ventaja la defensa particular, que puede contratar servicios de investigadores para la obtención de la prueba. Una de las situaciones que más afecta son los horarios en que funciona este procedimiento, como en los que se trabaja de 5 p.m. a 11 p.m. o, en el caso del II Circuito Judicial de San José, de 12 m. d. a 6 a.m. Horarios que resultan complicados para que los testigos puedan comparecer a declarar.

Además, en estos horarios no se cuenta con peritos en las diferentes disciplinas para realizar peritajes durante la tramitación rápida de las causas que se conocen mediante este procedimiento. Cuando la Defensa ha solicitado

dictámenes periciales, se ha indicado que no es el momento procesal oportuno, o que es una táctica de la defensa para atrasar los plazos de flagrancia.

Tampoco es posible nombrar o contar con peritos y consultores de parte, de acuerdo con los art. 216, 219, 125 y 126 CPP., ya que al contar con plazos tan cortos y en horarios nocturnos, el nombramiento de peritos y consultores para la realización de diligencias y juicios se hace poco factible.

C. Suspensión del Derecho de Impugnar la Resolución de Medidas Cautelares

La ley no contempla la posibilidad de impugnar la imposición de medidas cautelares, lo que puede generar un abusivo y arbitrario de estas, lo cual contraviene el art. 7.6 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 33 de la Constitución Política, que establece el principio de igualdad, ya que viene a constituir un régimen discriminatorio en perjuicio de las personas sometidas al proceso de flagrancia, pues si la causa se tramita mediante procedimiento ordinario, el imputado sí puede apelar la resolución que le dicta prisión preventiva.

Esta suspensión del derecho a impugnar la resolución que impone medidas cautelares provoca un perjuicio, tanto para el imputado como para la víctima.

D. Inaplicación por parte del Ministerio Público del art. 22 párrafo 1 del Código Procesal Penal (Criterio de Oportunidad por Insignificancia del Hecho). Falta de análisis por parte de los jueces de juicio de los principios que informan la ausencia de antijuricidad material

El Ministerio Público ha dejado de aplicar el art. 22 del CPP (Criterio de Oportunidad por Insignificancia del hecho), lo cual ha generado que se tramiten bajo este procedimiento, delitos considerados de bagatela, e invirtiéndose grandes y onerosos recursos del Poder Judicial, que podrían ser destinados en la atención de casos de delincuencia organizada.

Consideramos que, tal y como sucede en la práctica, no existe proporción entre el daño que se ocasiona en casos como el hurto de un atún o de unos chocolates, que no exceden unos cientos de colones y el costo que para el Estado

costarricense conlleva someter estos casos al procedimiento de flagrancia, asciende a millones de colones.

Por otro lado, los juzgadores omiten una valoración del perjuicio propio de la antijuricidad material, por lo tanto, casos como los mencionados no se someten a una verdadera valoración jurídica, que implicaría el dictado de una sentencia absolutoria. En los siguientes casos consideramos que el Ministerio Público debió valorar la aplicación de criterios de oportunidad:

- i. **Caso n° 12-000003-1283-PE: Por robo de un queso, dos jamones y un paquete de lomito:** Dos mujeres fueron acusadas por el supuesto robo de un queso, dos jamones y un paquete de lomito, siendo que aparentemente una de ellas desprendió parcialmente el sensor de seguridad del queso, razón por la cual el hecho fue calificado como Tentativa de Robo Agravado por la Fiscalía, sin embargo, en el caso concreto no se analizó la supuesta fuerza empleada. Finalmente, luego de múltiples impugnaciones, se logró recalificar el delito a hurto, por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- ii. **Caso n° 12-000005-1283-PE: Por tentativa de hurto de 10 latas de atún, valorada en la suma de ₡11 300:** Un señor de 50 años, sin antecedentes penales previos, se le acusó por el hurto de 10 latas de atún y por ello, durante la tramitación del proceso, se le impuso sin fundamentación cinco días de prisión preventiva, medida que no pudo ser apelada, pues este procedimiento expedito de flagrancia no contempla el Recurso de Apelación, posteriormente, el señor fue condenado por el delito de hurto simple en grado de tentativa, imponiéndosele la pena de prisión de 12 días de prisión preventiva, los que se conmutaron en días de multa, señalándose la pena de mil colones por día para la suma total de ₡12 000, y se le otorgó el beneficio de ejecución de condicional de la pena por el término de tres años. En el presente caso, lo procedente era la aplicación de un criterio de oportunidad, ya que estamos ante un caso de bagatela o insignificancia del hecho, en el que se está criminalizando la pobreza,

pues no hay lesión verdaderamente relevante al bien jurídico tutelado. En esta causa, se discutió un hurto de \$20 aproximadamente, que si lo analizamos en contraposición con el costo de un proceso penal, resulta sumamente oneroso para el Estado.

- iii. **Caso n° 12-000134-1283-PE: Por hurto de 19 chocolates:** Un joven, en conjunto con dos mujeres de identidad ignorada, hurtaron 19 chocolates valoradas en la suma de ¢25 650. Se le impuso inicialmente prisión preventiva por quince días, siendo que el imputado se sometió a un proceso Abreviado por el delito de hurto agravado en grado de tentativa y, por ello, se le impuso la pena de seis meses de prisión.

E. Datos Estadísticos y Análisis del Procedimiento Expedito de Flagrancia

En el año 2008, con el inicio de este plan piloto de Flagrancia, se produjo el ingreso de 86 personas privadas de libertad. En el año 2009 se aprueba la ley n° 8720 que, debido a este procedimiento tan expedito, se empieza a incrementar las cifras de personas privadas de libertad y estas van en aumento, a partir de este año ya hay un incremento y contamos con 371 personas privadas de libertad.

En el año 2011 se incrementa y se reporta 803 personas, para llegar a tener una cifra que sorprende, ya que reportan en el año 2012 un ingreso de 1296 privadas de libertad por el procedimiento de flagrancia.

En total, del 2008 al 2012, hay un incremento de 3944 personas privadas de libertad.

4) CÁRCEL INMIGRACIÓN Y SISTEMA PENAL (ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLOGÍA Y DE POLITICA CRIMINAL)

José Daniel Cesano, Borja Mapelli Caffarena y Emiliano Santoro

La presente obra afronta un tema delicado, grave de suma actualidad, como lo es el vinculado gobierno penal del fenómeno migratorio en al menos tres países: Argentina, España e Italia. Se trata, por ello, de una obra no solo valiente, sino también absolutamente indispensable. Asimismo, entiendo que en los tres trabajos que la integran, se inscribe el contexto del deterioro que el sistema penal de raigambre liberal e iluminística padece en las últimas décadas, al verse cada vez más despojado de sus bases funcionales.

Por ello, creo que la mejor manera de comenzar el prólogo a la presente obra, debería ser trazando los contornos de un espacio de producción de políticas penales, que hoy quedan delimitadas por el entrecruzamiento de distintas orientaciones decididas ya hace algunos años.

1. La paulatina penetración de la criminología de la in-tolerancia y las políticas de tolerancia cero

Como es conocido, a menudo se nos presenta una globalización que, la mayor parte de las veces, no es otra cosa que una "*norteamericanización*" del planeta, en aras a la construcción de un mercado único y global. Si esto es así, deberíamos prestar una atención muy especial a lo que desde aquella órbita cultural y geográfica se proponga, pues antes o después, aquella producción empezará a interrumpir en nuestros contextos y a difundirse de modo aparentemente "natural" en nuestras sociedades.

Si dentro de semejante mundialización del modelo norteamericano atendemos en concreto a las políticas penales, policiales, de seguridad, carcelarias, etc., el problema se torna especialmente complejo. Hace tiempo ya, que EE.UU., consagró el "Estado Penal" y liquidó toda forma de asistencialismo. Hace más de

dos décadas que EE.UU., presentó el diseño de lo que daría en llamarse la “política de la tolerancia cero”.

La confluencia de determinados acontecimientos propició el inicio de un tipo de orientación policial, que empleó la conocida estrategia de las ventanas rotas, por la cual se estableció que hasta las más mínimas infracciones o, incluso meras sospechas deben ser drásticamente perseguidas, para evitar que el delito vaya más allá.

El crecimiento del sistema penal, que había comenzado en la década anterior, experimentó un notable ascenso. Cuerpos de policías, organización ganancial en las “comisarias”, aumento de las estructuras judiciales, planes de construcción penitenciaria y privatización carcelaria.

El recorte del estado social, la paulatina liquidación de la cultura, la consagración de políticas criminales altamente represivas, la paulatina construcción de la *criminología de la intolerancia*, la preparación de todo ello, constituyen algunos ejemplos de la penalidad fabricada y exportada por y desde aquellos ámbitos. La gestión de la “nueva pobreza” ya no es, pues, asistencial.

2. La cultura y la legislación de la emergencia y excepcionalidad penal

Es sabido que tras la Segunda Guerra Mundial, Europa, inauguró el movimiento llamado *constitucionalismo social*. Emblemáticas en tal sentido fueron las constituciones alemana e italiana. Poco tiempo después, la mayoría de los países europeos emprendían sus procesos de reformas penitenciarias bajo aquel firmamento constitucional. La resocialización –la prevención especial positiva– se erigía en finalidad suprema de las “nuevas” penas privativas de libertad.

Más contemporáneamente a ello, el fenómeno de la violencia política y el terrorismo también irrumpían en Europa y, para atajarlo, los Estados recurrieron a unas legislaciones y a unas prácticas, antiterroristas que fueron después conocidas con el nombre de “cultura de emergencia y/o excepcionalidad penal”.

Veamos un poco en qué consistió semejante "cultura jurídica".

Como se esbozó, casi contemporáneamente a la época que se está señalando irrumpió en diversos países europeos el fenómeno de la violencia política. En el convencimiento de que para combatirlo eran insuficientes los instrumentos ordinarios de que disponían los estados, se decidió echar mano de nuevas herramientas que se consideraron extraordinarias.

Ello se verifica en distintas fuentes:

- ✓ **Ámbito Legislativo Sustantivo:** Mediante el surgimiento de las llamadas leyes antiterroristas, que aumentaron las penas para estos delitos, previeron cierres editoriales y de periódicos, reintrodujeron la antigua categoría del "delito político".
- ✓ **Legislación Procesal:** Permitiendo la incomunicación de los detenidos a quienes se les aplicara esta nueva normativa durante numerosos días en las dependencias policiales, o restringiendo garantías procesales o legalizando la figura de los llamados "arrepentidos".
- ✓ **Competencias y Prácticas Policiales:** Dotando de mayores márgenes de maniobra a los cuerpos y fuerzas de seguridad de los estados o creando cuerpos de élite, en aras de fortalecer el fetiche policial.
- ✓ **Creación de Jurisdicción y Tribunales Especiales:** Para el enjuiciamiento de los delitos terroristas fuera de las áreas geográficas donde aquellos eran cometidos.

3. Emergencia y excepcionalidad en el ámbito penitenciario

La irrupción de la legislación y de la cultura de la emergencia, como se anticipó, produjo naturalmente sus particulares consecuencias en el ámbito penitenciario. Conviene ahora, entonces, tratar esta cuestión de manera específica.

Son muchos y variados los aspectos del universo carcelario, que fueron paulatinamente trastocados por la irrupción de la "emergencia". Consideremos algunos:

- ✓ **Edilicia y Arquitectura Penitenciarias:** Cabe recordar que en la década de los años setenta se inauguró la edificación de las llamadas "cárceles de máxima seguridad". Estas unidades, diseñadas con los más modernos recursos tecnológicos y telemáticos, levantaron numerosos pabellones de aislamiento celular que demuestran cómo se renunciaba al ideal resocializador desde los mismos planos de construcción arquitectónica de la cárcel. La posterior tendencia a la construcción de macro-cárceles para albergar a los reclusos, digamos "comunes".
- ✓ **Articulación de Específicos Regímenes Penitenciarios:** También se ha ido verificando paulatinamente una generalizada tendencia a restringir el disfrute de los llamados "beneficios penitenciarios", primero a reclusos condenados por delitos de terrorismo, otros por cuestiones relativas de la delincuencia organizada, más tarde, por tráfico de drogas, por delitos contra la libertad sexual, etc.
- ✓ **Política de Traslado de Presos:** Hace ya al menos dos décadas que se inauguró la llamada "política de dispersión" carcelaria. La misma supone el constante traslado a las cárceles más alejadas del entorno socio-familiar del penado, para vencer su resistencia, sustraerle de una supuesta coacción de otros reclusos y demás justificaciones.
- ✓ **Configuración de Sofisticados Sistemas de Aislamiento Carcelario:** Es sobradamente sabido que el aislamiento carcelario, especialmente el prolongado, provoca la paulatina destrucción psíquica de determinados condenados. Ha sido esta un arma de permanente utilización contra destacados líderes de grupos que ejercieron la violencia política en la República Federal de Alemania, Irlanda, Italia y España.

4. El Rol del Sistema Penal y Penitenciario en el Control de las Migraciones

En esta visión, la política asume rasgo característico del conflicto, puesto que cualquier divergencia de intereses puede, en algún momento, transformarse en rivalidad o antagonismo entre personas o grupos sociales. El grado más alto de conflicto – político – se da, entonces, cuando el recurso a la fuerza debe ser empleado. En esa dirección, el punto más agudo del conflicto político está, sin duda, representado por la guerra, tanto la externa como la interna: el combate contra el enemigo.

Y conviene no olvidar que cuanto hablamos de política, estamos tratando del uso de la fuerza, es decir, del empleo de la violencia y del monopolio de ella. Más exactamente, se trata –en el terreno político criminal-, de gobernar mediante la utilización de la coacción física, llegando, si fuera preciso, a la aprehensión de los cuerpos, ya sea matando, encerrando, desterrando, expulsando, etc. Algunas de esas modalidades son las que precisamente abordan los autores de la presente obra.

¿Cuál es el rol que desempeña el derecho en general en la problemática de las migraciones actuales? Sin perjuicio de cuanto se diga más adelante, señalamos, por ahora, a modo introductorio, que el catálogo de detenciones, procedimientos administrativos, internamientos de distinta índole, procesos de criminalización, protocolos policiales para expulsar inmigrantes, papeles y distintos tipos de deportaciones, constituyen un entramado que, por sí mismo, habla del protagonismo que el sistema penal ha adquirido en el control de los flujos migratorios.

El migrante se ha constituido así, particularmente en Europa Occidental, en el “cliente” más asiduo de las instituciones penales y el “privilegiado” por excelencia en las distintas modalidades de privación penitenciaria de la libertad.

Por ello, indican los tres autores en esta obra, que el sistema penal y, en particular, la cárcel, están siendo utilizados como un instrumento destinado al

gobierno de las migraciones.

5. Caída del Mito Resocializar y re-funcionalización de la Cárcel

La caída de la función ideológica, como es ampliamente conocido, ni mucho menos ha puesto en cuestión la institución carcelaria, ni ha provocado su crisis, ni por descontado, su reducción. Antes, al contrario, despojada definitivamente de su (imposible) aspiración reeducadora y liberada de ese incómodo corsé, la institución penitenciaria se refuncionaliza en su utilidad incapacitadora y de selección de individuos.

Los tres autores, en los ensayos que componen la presente obra la abordaron con claridad, aunque se trate de enfoque o métodos a veces diversos de trabajos. Y aquí reside uno de los más valiosos aportes del libro, pues tanto Cesano como Marpelli y Santoro examinan el doble plano de la legalidad y de la realidad carcelaria, en Argentina, España e Italia.

Cesano informa ampliamente sobre la legalidad argentina, apartados en las cuales examina detalladamente el estatus de una persona extranjera presa. Posteriormente, pasa al examen sobre uno de los aspectos más novedosos de un derecho penitenciario de la globalización.

Mapelli, dedicado al examen de la doble cuestión, ya indicada en España, va señalando los procesos del paulatino alejamiento del paradigma correccionalista. Semejante aislamiento, lo verificamos con la lectura del trabajo, al recordar medidas como los planes de construcción arquitectónica de las macro-cárceles, o el aumento cuantitativo en la duración de las penas y cualitativo en el endurecimiento del acceso a los llamados beneficios penitenciarios a la penitenciarización de la justicia penal.

Santoro, la re-funcionalización de la cárcel antes apuntada adquiere una presencia aún más amplia. En efecto, tras un minucioso examen de la política migratoria italiana, dicho autor apunta y desarrolla una sugestiva tesis de declarada vocación foucautiana.

Para Santoro, la cárcel no es más que un engranaje de una compleja

maquinaria política que, más allá de la simple regulación de los flujos migratorios, se inscribe en el más amplio campo de la transición de una ciudadanía incluyente hacia una de carácter excluyente.

6. Manipulación Electoralista, Vulneración de Derechos Humanos e Hipocresía Social (un nuevo aprovechamiento de la fuerza-trabajo)

Para ir terminando. Es importante recordar, también, cómo el “problema de inmigración” es tratado y manipulado en estos ciclos políticos. En efecto, está constituyendo uno de los temas estelares de la campaña electoral, en la cual los partidos políticos más importantes muestran sus promesas también en este campo.

El Partido Popular, por su parte, ha ido desgranando sus propuestas en materia migratoria. Desde su constante recuerdo que los delitos aumentan, en gran parte, como consecuencia de la inmigración descontrolada, a su promesa de establecer para quienes desean migrar hacia España un “contrato” de inmigración, donde el extranjero se obligaría a respetar las costumbres españolas.

El Partido Socialista ha respondido que las leyes deben ser cumplidas por todos, sin necesidad de contratos y que en relación con el acatamiento a las costumbres españolas propuesto por los populares, nadie define tales costumbres en la sociedad cada vez más abierta. Eso sí, el actual Ministerio del Interior, del mismo Partido Socialista, recordó que se siente particularmente orgulloso de haber expulsado a muchos más extranjeros en situación ilegal, que en las épocas del gobierno del partido popular.

EXTRANJEROS EN PRISIÓN: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y CRIMINOLÓGICA DE LA CUESTIÓN ARGENTINA

JOSÉ DANIEL CESANO

El fenómeno de la inmigración constituye un capítulo central en la historia social de este último siglo. Es llamativo que más de la mitad del incremento de los

migrantes de 1910 a 2000 se dio en las últimas tres décadas y media del siglo XX. En este período 75 millones de personas emprendieron traslados a través de fronteras para establecerse en países distintos de los de su origen (Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales).

La República Argentina no permaneció ajena a esta realidad. En efecto, en un principio y a partir de la conformación del Estado argentino, con posterioridad a las luchas civiles del fenómeno inmigratorio, estuvo representado por flujos provenientes en forma prevaeciente de Europa.

Desde una perspectiva de análisis criminológico, existe amplio consenso en que, junto con este incremento de los flujos migratorios, es posible observar, también, un significativo aumento de la población extranjera en prisión. Lo grave de la cuestión es que en algunos países -particularmente en Europa-, es posible hablar de una auténtica *sobrepoblación*. Esta sobrerrepresentación carcelaria de los extranjeros es un fenómeno que está aumentando constantemente.

Tal circunstancia, sin embargo, dada la ahora moderada expectativa de crecimiento, no autoriza a soslayar los innegables problemas jurídicos y criminológicos que caracterizan a este grupo. Como lo ha puntualizado Matthews:

Los sufrimientos del encarcelamiento son percibidos de forma exacta por los extranjeros. La intensificación de los problemas del encarcelamiento entre este grupo es a menudo, resultado de los problemas de lenguaje y comunicación, carencia de información, aislamiento de la familia, los amigos y en particular la incertidumbre que resulta de saber muy poco acerca del sistema de justicia penal y de estar consecuencia, inseguros acerca de los procedimientos y la duración del tiempo que implican los casos que se escucharán y sobre los que se va a decidir. Existen problemas relacionados con la organización de una adecuada representación legal y el seguimiento del desarrollo del caso. Los extranjeros tienen menos posibilidades de recibir órdenes de fianza y puede que no se los considere aptos para la libertad domiciliaria o el beneficio de políticas de liberación anticipada. Debido a estas razones, los prisioneros extranjeros tienden a

*estar marginados dentro del propio mundo de los marginados.*⁴⁹

A quien pueda parecerle superfluo este razonamiento, solo le recordamos que desde la Organización de Naciones Unidas, se proyectó un acuerdo modelo sobre el Tratado de Reclusos Extranjeros, enfatizándose en un considerando del documento internacional que “*el mejor modo de lograr la inserción social de los delincuentes es dar a los reclusos extranjeros la oportunidad de cumplir sus condenas en el país de su residencia o nacionalidad*”.⁵⁰

Con el propósito de cumplir con el cometido consignado, realizaremos un análisis –previa sistematización– de las escasísimas normas legales y reglamentarias dedicadas a los internos extranjeros, procurando precisar, no solo un estatuto sustancial, sino también aquellas normas jurídicas que, con indudable naturaleza procesal internacional, se ocupan de la ejecución de sentencias condenatorias, pronunciadas por tribunales argentinos, respecto de condenados de nacionalidad extranjera.

A. Normativa Penitenciaria Sustantiva Vinculada con los Problemas Específicos de la Población Penitenciaria Extranjera

Refiere Mapelli Caffarena, que un estudio del derecho penitenciario europeo comparado “muestra la escasa atención que se dispensa en los condenados extranjeros a penas de prisión”. Enfatizando enseguida, la mayor parte de los textos “ni siquiera los menciona”. Nuestro país no ha escapado a esta orientación general.⁵¹

- i. Si bien es cierto, que no se trata de una norma específica, una de las consecuencias que se derivan del art. 8 de la ley 24.600, es la de asegurar al

⁴⁹ Matthews Roger. (2003). *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Bellatera, pp. 290-291.

⁵⁰ Bueno Arus, Francisco. *El procedimiento de traslado y los convenios firmados por España*.

⁵¹ Mapelli Caffarena, Borja. *Las prisiones internacionales una propuesta para mejorar la situación de la población penitenciaria extranjera*.

interno extranjero (entre otras categorías de sujetos) un derecho a una ejecución penitenciaria igualitaria. En tal sentido, la norma referida, asegura la aplicación de las disposiciones de la ley. Sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza (...) o cualquier otra circunstancia. Aclarando que las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.

- ii. Por otra parte, el art. 159 de la ley de ejecución garantizada que los internos de nacionalidad extranjera, gozarán de facilidades para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares acreditados. Amparándose, asimismo, las naciones de los estados sin representación diplomática o consular en el país, los refugiados y los apátridas. El poder ejecutivo nacional, en ejercicio de sus facultades reglamentarias, dictó el conocido reglamento de Comunicaciones de los Internos. Allí, en tres disposiciones aborda las "Visitas de Representantes Diplomáticos y de Organismos Internacionales". En especial, tres aspectos:
 - El primer término se establece en relación con las frecuencias de tales contactos- que los representantes diplomáticos o consulares podrán entrevistar a los internos que lo soliciten una vez por semana, dos horas. Y en caso de no ser necesario, se autoricen entrevistas adicionales.
 - El decreto concede las mismas posibilidades y facilidades previstas para que los representantes diplomáticos respecto de los funcionarios integrantes de los Cuerpos Orgánicos de la Cruz Roja Internacional, con misiones específicas y afines a la materia penitenciaria. Esta previsión es de aplicación general.
 - Para las dos hipótesis, los visitantes deberán acreditar su identidad y exhibir la credencial extendida por la autoridad correspondiente.
- iii. La situación de los extranjeros que hayan sido condenados por tribunales argentinos y viceversa, previniendo la posibilidad, por ambos casos, de

ejecutar las penas impuestas en sus países de origen.

B. Régimen Penitenciario y Condenados Extranjeros algunos Problemas Dogmáticos

Varias de las instituciones vinculadas con el régimen penitenciario pueden generar dificultades, desde una perspectiva de su aplicación igualitaria, cuando se trata de internos extranjeros. El tema reviste particular gravedad, dado que dichas instituciones, a su vez, están íntimamente vinculados con el objetivo resocializador que constitucionalmente se impone a la ejecución.

¿Cuáles son las razones de estas posibles dificultades?

Una de ellas guarda la más significativa relación con el hecho de que todas estas instituciones, de manera más o menos explícita, tienen como presupuesto común, que el interno tenga cierto arraigo, condición que precisamente, por su calidad de extranjero, no poseen estos penados.

Por su parte, en lo concerniente a la libertad condicional, uno de los requisitos establecidos por el CP, a fin de conservar el beneficio ya acordado, se vincula con la obligación a cargo de externado de resistir en el lugar que determine el auto de soltura (art. 13 CP).

Tal criterio, sin embargo, dista mucho de ser pacífico. En efecto de la vigencia de la ley vieja de migraciones, algunos tribunales admitieron la concesión del instituto sobre la base de la siguiente argumentación. Si la ley de migración no prohíbe la concesión del beneficio para los extranjeros expulsados, lo lógico sería que existiese una autorización legislativa, que permitiera al extranjero condenado gozar de la libertad condicional.

Parece importante hacerse cargo de un pseudo problema. En efecto, no ha fallado quien a partir de una lectura sesgada de esta norma, ha interpretado que ella resulta inconstitucional, por cuanto, por su efecto, afectaría el principio de

igualdad ante la ley. La casación correctamente ha rechazado este planteo sobre la base del siguiente argumento:

El fundamento para desbaratar la supuesta afectación, por parte de la norma en examen, del derecho previsto por el art. 16 de la Constitución Nacional de Jurisprudencia del Máximo Tribunal". La garantía de igualdad ante la ley, radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en formas distintas situaciones que considere diferentes, en tanto dichas decisiones no se formulen con criterios arbitrarios de indebido favor o disfavor o de la legítima persecución⁵².

En rigor, y si bien estamos de acuerdo con la diferenciación que realiza la ley, no configura ninguna violación al principio de igualdad, no parece tan claro que a través de esa medida se haya procurado garantizar el fin resocializador de la pena.

Retomando la solución adoptada por casación, cabría la siguiente interrogante: Si el tribunal entendía que en atención a la situación particular en que se encuentra el interno extranjero, sus posibilidades de reinserción son ilusorias. Entonces, sobre qué base se legitima la ejecución parcial de la pena impuesta.

Alderete Lobo, en su muy lúcido comentario lo dice con toda precisión:

Según el imperativo constitucional la única forma de justificar la ejecución total o parcial de una pena privativa de libertad se apoya en la finalidad resocializadora asignada a ella, no parece legítimo alegar que los extranjeros, se encuentran por su condición de tales, ajenos a tal finalidad y al mismo tiempo aceptar que permanezca en encierro hasta ser expulsados. Si el Estado no puede garantizar que la ejecución de la pena responda al objetivo de reinserción social fijado, pierde la potestad de privar de la libertad a la persona de que se trate, por cuanto ese encierro quedaría huérfano de una realidad legítima.⁵³

⁵² Fallos 323:1566 de la Sala 1 CNCP.

⁵³ Alderete Lobo, Rubén A. La expulsión del país de personas extranjeras en situación irregular, que

C. Cumplimiento de las Sentencias dictadas por Tribunales argentinos en el país de origen del condenado extranjero

- i. **Dinámica Normativa:** De conformidad con lo previsto en los convenios y tratados internacionales que ha suscrito Argentina (art. 221- Ley 24.660), esto significa concretamente que, por un lado, los extranjeros condenados por los tribunales del estado argentino podrán cumplir la pena impuesta en su país de origen y, recíprocamente, las naciones que fuesen condenadas en el extranjero podrán cumplir la respectiva sanción en nuestro país. Entre las normas que regulan estos casos están los celebrados con España, México, Costa Rica, etc.
- ii. **Esquema de la transferencia internacional de condenados de nacionalidad extranjera por tribunales argentinos (en los Tratados Bilaterales y en la Ley 24.767):** Tratándose de condenados de penas privativas de libertad de nacionalidad extranjera, tanto los diversos tratados bilaterales vigentes sobre esta materia como la ley 24.767. Requisitos que permiten formular precisiones:
 - La primera exigencia se vincula con la nacionalidad, el condenado debe ser nacional del estado receptor o de cumplimiento.
 - Que la sentencia penal de condena dictada en su contra, se encuentre firme.
 - El traslado debe restar un tiempo mínimo de cumplimiento de la pena impuesta, el cual varía, según el convenio.
 - Es necesario que el condenado haya dado ante el juez de ejecución y con asistencia letrada su libre y expreso consentimiento al traslado, después de ser informado de sus consecuencias.

se encuentran cumpliendo pena privativa de libertad (ley 25.871, art. 64).

- Debe existir un acuerdo entre el estado de condena y el de cumplimiento con el objeto de llevar adelante la medida.
 - Ningún otro adicionamiento, la índole del delito puede dar lugar a la negativa de traslado.
- iii. **Condenas de Cumplimiento en Libertad Condicional:** Previo a la sanción de la citada ley migratoria, como alguno de los convenios celebrado en esta materia por Argentina, también se había autorizado el cumplimiento de los períodos que integran el régimen penitenciario pudiera ejecutarse en el país de origen del interno. Previsiones de lo anterior:
- El condenado podrá cumplir el régimen de libertad condicional en su país de origen.
 - La solicitud deberá ser presentada ante el juez de ejecución o juez competente por el penado.
- iv. **El cumplimiento de la pena en el estado receptor:** El principio general es que, producida la transferencia de un condenado a su país, la ejecución de la pena se cumplirá, de acuerdo con las normas jurídicas del estado receptor. Siendo así:
- En materia de indulto, amnistía y conmutación de la pena, tales facultades son retenidas por el Estado de la condena, pudiendo conceder dichos beneficios, de conformidad con su constitución o sus restantes normas jurídicas.
 - Igualmente, el Estado sentenciador reserva para sí, todo lo atinente a la facultad de resolver los procedimientos de revisión del pronunciamiento condenatorio. Obviamente, en caso de que como consecuencia de tal impugnación, se dejase sin efecto el título que da lugar a la ejecución, será responsabilidad del trasladante notificar en forma inmediata al receptor.
 - Es competencia del Estado receptor informar al trasladante el cumplimiento de la pena, así como cualquier vicisitud que entrañe la necesidad de una

decisión vinculada con competencias reservadas por el país sentenciador.

DE LA CIUDADANÍA INCLUSIVA A LA CIUDADANÍA EXCLUYENTE: EL ROL DE LA CÁRCEL EN EL GOBIERNO DE LAS MIGRACIONES

EMILIO SANTORO

A. Boom penitenciario y encarcelamiento de los inmigrantes

Ya desde hace años los datos referidos a la población detenida en los principales países europeos muestran una impresionante tendencia de crecimiento, con la única importante excepción de Francia. En cada uno de ellos, se procede a la construcción de nuevas cárceles y se incrementa los gastos destinados a las “fuerzas de la ley y el orden”, en primer lugar, a las fuerzas policiales y al personal carcelario asignado a la custodia.

De igual manera, se verifica en estos países una proliferación de medidas tendientes a prevenir o reprimir lo que podría turbar el tranquilo desarrollo de las relaciones públicas.

El control electrónico es siempre el más utilizado, aunque no tienda a reemplazar, sino a agregarse a la encarcelación. Además, han cambiado radicalmente las teóricas que acompañaban la detención, configurada cada vez menos como instrumento de reinserción social y más como medio de no capacitación y neutralización de los autores de los delitos.

La rápida progresión con la que en los países crece el índice de población considerada en marcado conflicto con la justicia, de la que se difunde la convicción de que es sometida simplemente a medidas represivas, expone un problema de transformación cualitativa de las políticas penales.

Los datos parecen sugerir que ha sucedido algo que a ojo de los gobiernos y de la opinión pública vuelve necesario, por una parte, un recurso a la

institucionalización de las personas mucho más amplio respecto de décadas precedentes y, por otra, una defensión que se ocupe esencialmente de excluir a quienes son objetos del encierro de las relaciones sociales normales.

B. El gobierno de las migraciones: Entre la producción de ilegalidad y las leyes de normalización

Con el término regularización se entiende la autorización de residir de manera temporal concedida por el Estado a ciudadanos extranjeros presentes ilegalmente en su territorio. Esta política fue adoptada hasta fines de los años ochenta, también por los países europeos.

Ya desde hace un par de décadas se ha difundido entre los gobiernos extranjeros la praxis de recurrir a programas de regularización, para administrar a los emigrantes desprovistos de documentos de estadía.

En la regularización de todos los que podían pretender una inserción laboral y no tenían antecedentes penales. En Francia, existía un sistema de regularización permanente que permitía, en todo momento, en que pudiera demostrar su estancia en territorio nacional por más de 10 años, adquirir un estatus legal. Esta posibilidad fue revocada en el 2006.

En cuanto a Italia, se ha convertido en destino de inmigraciones en el extenso período en que adquiriría consistencia la idea de un mercado único mundial. En Italia, las leyes de normalización han representado, sin lugar a dudas, el canal privilegiado de adquisición de estatus de residentes legales, por parte de los inmigrantes y, por el otro, ya desde hace años los datos relativos a los extranjeros detenidos muestran una impresionante tendencia creciente.

En España, donde se verifica un arribo masivo de inmigrantes para el mismo período, la administración del fenómeno ha sido en todo similar a Italia, pocas posibilidades para entrar legalmente, gran difusión de trabajo en negro y una extensa serie de leyes de normalización.

- i. **La restricción de los canales legales de inmigración:** El continuo recurso de normalización de las leyes y el enorme número de inmigrantes sin permiso de estadía habría debido impulsar a los gobiernos a tornar más fácil el proyecto de ingreso de los extranjeros, permitiendo, en primer lugar, la conversión del permiso de estadía por motivos de trabajo subordinado o autónomo, siempre que el inmigrante, en el período de permanencia en el territorio, haya estado en condiciones de poder acceder a ellos. Los estados europeos, en cambio, han recorrido la vía inversa. Reconoce a cada estado un poder soberano respecto de la admisión, rechazo expulsión y extradición del extranjero que emigra por motivos de trabajo. En este ámbito, los estados europeos, en lugar de extender las posibilidades de ingreso para la búsqueda de trabajo, a fin de combatir la inmigración clandestina, han tendido, por una parte, a restringir los canales de ingreso y, por otra, han concebido un sistema de visas que liga la regularidad del permiso de estadía con el contrato de trabajo. En cuanto a la degradación del derecho a la unidad familiar de los menores, en simple situación de hecho para tratar con benevolencia, se ha tornado evidente en las últimas leyes de normalización aprobadas o discutidas en los países del norte de Europa. Estas medidas que pueden considerarse “medidas de gracia”, asumen como criterio para conceder un permiso de estadía a una familia ilegal la presencia de niños, cuya vida está fuertemente arraigada en el país huésped.
- ii. **Las políticas italianas inmigrantes y clandestinos:** El análisis de las políticas migratorias italianas tiene como punto de partida disciplinar por primera vez, de manera orgánica, la inmigración, tratando de evitar que se formen paquetes de ilegalidad. A este fin, el legislador prevé el dictado de un decreto gubernamental anual, para la definición de los criterios de admisión de los trabajadores inmigrados y de las medidas aptas a su inserción social.

Eventualmente, el legislador ofrece a los extranjeros presentes ilegalmente en el territorio nacional la posibilidad de blanquear su situación. Los efectos de la inestabilidad de los permisos expedidos de acuerdo con la ley de normalización se hacen sentir en el curso de 1992. El Instituto Nacional de Estadísticas observa que dicho resultado era en parte previsible dado que la ley apuntaba esencialmente a sacar a la luz la cuota ilegal de la presencia extranjera y, por lo tanto, permitía a los ilegales blanquear su situación con gran facilidad. Además, después de la ley, como es sabido el legislador no ha dejado de recurrir a las leyes de normalización. Los datos demuestran que las leyes de normalización y no los mecanismos que presiden el ingreso, han sido desde 1990 en adelante, el principal medio a través del cual los inmigrantes han podido acceder al estatus de residentes en regla:

El mensaje que se desprende de las políticas migratorias es que si un emigrante desea entrar a Italia, debe estar preparado para afrontar un período de clandestinidad en nuestro territorio y también quizá atravesar clandestinamente la frontera.⁵⁴

- iii. **Las horcas caudinas de la ilegalidad gobernar a los inmigrantes a través del derecho penal:** Las progresivas restricciones de los previos y estrechos canales regulares de acceso y las continuas leyes de normalización muestran el emerger en toda Europa de una clara voluntad política de privilegiar el mecanismo de la estadía irregular como instrumento de inserción social de los inmigrantes. La política europea de la inmigración parece cada vez más caracterizada por el uso de la irregularidad como una horca caudina, por lo que un gran número de inmigrantes debe agachar la cabeza, si quiere lograr el acceso a la condición de legalidad.

⁵⁴ Dato suministrado por el gobierno en el Documento programático relativo a la política de inmigración y de extranjeros en el territorio del estado 2004-2006.

La opción de gobernar el fenómeno de la inmigración a través de las leyes de normalización tiene naturalmente pesados costos en términos de sacrificios de la legalidad. Es obvio que la presencia de una masa relevante de clandestinos sean inmigrantes ingresados irregularmente o sujetos ingresados legalmente, admite un número enorme de acciones ilegales y un número consistente de acciones penalmente sancionadas.

Las personas irregulares presentes en el territorio incurren, solo para diligenciar sus exigencias vitales, inevitablemente en irregularidades administrativas y delitos. La tasa de detención de extranjeros comunitarios regularmente residentes era igual a 0,10 %. Sí existe, estadísticamente, una población que tiene propensión a cometer delitos penados con la detención, no es la población de los inmigrantes privados de permisos de permisos de estadía.

C. Un nuevo paradigma de gobierno: De la ciudadanía inclusiva a la ciudadanía excluyente

Para responder a las preguntas que las políticas de gobierno de la inmigración europea hacen surgir como espontánea. Creo que es necesario establecer algunas premisas. En primer lugar, la situación descriptiva muestra que las sociedades europeas son sociedades liberales, esto es, sociedades tolerantes, abiertas por vocación, que receptan identidades colectivas aun contrapuestas unas con otras, sociedades que aceptan, no solo comportamientos incorrectos sino altas tasas de ilegalidad, que implícitamente consideran fisiológicas.

Una discusión de las políticas adoptadas por las sociedades europeas contemporáneas para integrar a los inmigrantes y a las clases sociales marginales, debe tener en cuenta el hecho de que los estados del viejo continente están haciendo las cuentas con el progresivo debilitamiento de sus soberanías internas, frente a la fuerza de irracionalidad del mercado global.

Su potencia, su existencia más bien, en cuanto a entidades que pueden definirse todavía en un sentido, no solo formal, sino también soberano, depende del grado en que sus habitantes envisten su propia valoración, arriesgan el propio capital, aprovechan la libertad de acción que logran conquistar y las oportunidades que se les presenta.

- i. **Interesarse por la población:** Estas se presentan como instrumentos indispensables para el gobierno de los individuos en las sociedades modernas, sin duda, mucho más complejas. La disciplina es el sistema de prácticas que enviste el cuerpo de cada individuo para hacerlo socialmente compatible y económicamente productivo, es la tecnología mediante la cual se expresa este poder.

En el ejercicio de los propios derechos los individuos deben comportarse, según criterios morales y racionales “la disciplina” conforma los individuos, según los criterios del orden en que se encuentran inmersos. La policía en efecto es el conjunto de las técnicas intervenciones y medios que aseguran que vivir, el hacer más que simplemente vivir, es coexistir, comunicar, serán realmente convertibles en fuerzas del Estado:

*El interés de un estado de policía tiene que ver con lo que hacen los hombres, su actividad, su ocupación. El objetivo de la policía es el control y el hacerse cargo de la actividad de los hombres en cuanto a dicha actividad puede constituir un elemento diferencial en el desarrollo de las fuerzas de un estado.*⁵⁵

- ii. **Desde la disciplina a la gubernamentalidad:** La disciplina produce individuos partiendo de los cuerpos que ella controla. La disciplina está en condiciones de resolver el problema del orden garantizando la adecuación del comportamiento individual al colectivo. Para crear una sociedad liberal democrática estable, es necesario preparar una

⁵⁵ Foucault 2004.a. 329-330.

serie de instituciones disciplinarias, no solo penitenciaria, sino también manicomios, hospitales...

El tema central de los cursos es, por una parte, la incapacidad del proyecto disciplinario para alcanzar su objetivo de lograr individuos ordenados y productivos. Y, por otra, el análisis de una tecnología de control que surge tras la insuficiencia mostrada por la disciplina y que se acerca a las políticas que se genera alrededor de ella, consideradas marginales. Con el descubrimiento del individuo y el descubrimiento del cuerpo que se puede adiestrar el descubrimiento de la población es el otro gran núcleo tecnológico entorno al que se transformaron los procedimientos políticos de Occidente. El surgimiento de la población como objeto principal de gobierno está relacionado con la percepción de un cambio importante: La legitimidad de poder de un soberano sobre un territorio es el conocimiento y el desarrollo de las fuerzas con las que puede contar un Estado.

Cuando el mundo se perfila como espacio en el que se verifica la competencia entre estados, el problema principal se torna en las técnicas racionales que permiten desarrollar las fuerzas de cada uno de los estados. La bio-política nace y se desarrolla por la convicción de que la población es naturalmente dependiente de múltiples factores que pueden ser modificados de manera artificial.

Se trata, por lo tanto, de un problema político. La población es gobernable a través de la tecnología de la policía a la que es confiada la gestión del problema población-riqueza en sus diferentes y concretos aspectos: lo relativo a lo físico, la carestía, la disminución de la población, el ocio, mendicidad, vagabundeo, etc.:

Uno se da cuenta de que la relación de poder con el sujeto o más exactamente, con el individuo no puede basarse solamente en la sujeción, que permite al poder extraer bienes, riquezas al sujeto y

*eventualmente también su cuerpo y su sangre, sino que el poder debe ejercerse sobre los individuos en cuanto constituyen una especie de entidad biológica, que debe ser tomada en consideración si se quiere utilizar a la población como máquina para producir riqueza bienes u otros individuos.*⁵⁶

*La población no es la simple suma de sujetos que habitan un territorio, una suma que sería el resultado de la voluntad, por parte de cada uno, de tener hijos o de una legislación que favorecería o desalentaría los nacimientos.*⁵⁷

- iii. **Gubernamentalidad, mercado y población:** Foucault tiende a reconocer disciplina y gubernamentalidad como formas similares de ejercicio del poder, presentándolas en oposición a soberanía y derecho. Esta característica, tanto de la disciplina como de la gubernamentalidad, como modalidad del ejercicio productivo del poder, le permite definir las como dos técnicas de gobierno que operan en manera sinérgica, reduciendo cada vez más drásticamente el espacio de la soberanía a favor de la regulación. La población es el campo en el cual se despliega esta sinergia. La disciplina es seguramente una técnica productiva de poder, pero no permite al Estado sostener competencia económica que garantiza su poder.

El camino de alejamiento lineal de la soberanía que se expresa a través de la ley de desarrollo progresivo de técnicas productivas de gobierno esconde algunas fallas importantes. Los individuos que componen la población se consideran como sujetos que se constituyen y se deben constituir, libre del condicionamiento de las mecánicas disciplinarias. Son sujetos que, al menos cuando operan en el mercado, siguen las razones del interés y se mueven en los diferentes archipiélagos sociales

⁵⁶ Foucault, 1976, 164.

⁵⁷ Foucault, 1979, 78.

del mundo, usando una libertad que debe serles garantizada constantemente, so pena de verles dirigirse hacia otras playas donde hacer fructificar sus energías.

- iv. **Seleccionar la población:** La invitación a practicar una política de selección de la población inmigrante, pero tal vez hipócritamente también la de seguir con políticas que favorecen la inmigración ilegal en perjuicio de la legal. La comisión sugiere sustancialmente una doble vía en el gobierno de la inmigración. Por un lado, están los trabajadores inmigrantes y, por otra parte, están los talentos que pueden enriquecer el capital humano del estado anfitrión, y que deben ser seducidos con el acceso a un conjunto importante de derechos de ciudadanía. La pérdida de la convicción de que la población es un recurso dado que debe ser tomado a cargo y cuidado para aumentar la fuerza del Estado.
- v. El fin, en otras palabras de la bio-política, empuja, por lo tanto, hacia una sociedad en que el bio-poder pierde gran parte de su relevancia hacia una sociedad en que la política deja de encajarse a los sujetos, tanto singular como colectivamente, de dedicarse a –o de predisponer el ambiente para- su transformación. Estamos ante una crisis histórico-política que ha dejado al menos por el momento, carentes de modelos que puedan guiar la integración social. En este cuadro, la inserción social de los sujetos es considerada pragmáticamente un experimento y todo experimento debe tenerse bajo control.

D. De la irregularidad a la criminalización: La cárcel como filtro de la población

- i. **Gobernar a través de la criminalización (de los inmigrantes):** En un marco como el descrito, la política se reitera a un rincón y su rol parece ser el de garantizar la seguridad de un estrecho *demos* que vive en la

policía democrática, limitando los riesgos provocados por el mercado. Lo que interesa a la mayoría de los electores de los países europeos es impedir que un acceso indiscriminado de los inmigrantes a los derechos de ciudadanía pueda reducir considerablemente las garantías sociales de las que tradicionalmente gozan.

La criminalización de los inmigrantes se está volviendo una de las principales banderas de la reunificación de la sociedad. Reunificación realizada a expensas de los mismos inmigrantes, que son usados como recursos del sistema productivo y, al mismo tiempo, excluidos de los circuitos existenciales y previsionales. La hipocresía de este razonamiento, se torna evidente, apenas se desvía la mirada desde la criminalidad hacia los procesos de criminalización. Los extranjeros son víctimas de una doble sospecha. En general, son mal vistos, a causa de su extrañeza, acento, su falta de dominio de lo que consideramos buenas maneras, su religión, su color de piel, etc.

La criminalización de los inmigrantes es un instrumento útil, porque permite levantar una barrera de protección. Esto no significa que la criminalización de los inmigrantes sea el fruto de la manipulación del control social por parte de élites racistas y xenófobas. Más bien, se presta a ser usada como una barrera contra el acceso automático de los inmigrantes a la ciudadanía social, porque aparece como una gran consecuencia lógica de las conductas de los mismos inmigrantes.

- ii. **¿Hacia una dictadura de la clase satisfecha?** La integración social es gestionada más a menudo a través de políticas penales y que la cárcel surge en su matriz fundamental. Esta definición, aunque sugestiva, nos provee instrumentos heurísticos para comprender las perspectivas a las que nos enfrentamos. No solo la política que elige el mercado como medida de valoración puede ponerse como objetivo la socialización de los consumos y de los réditos.

También debe considerarse que el mercado tiene necesidad de la desigualdad para funcionar, la desigualdad es el motor de la competencia, que garantiza la optimización de la función distributiva desempeñada por el mercado: “la competencia basada en los precios supone y produce procesos de diferenciación, por consiguiente, una política social que tuviera como objetivo una equitativa distribución social, aun relativa, resultaría antieconómica, en el sentido de que valoraría los principios económicos formales de la misma libre competencia.

Las políticas gubernamentales, entonces, tutelan y reproducen un espacio diferencial que garantiza la multiplicidad y diferenciación de las empresas. Bajo el concepto de gubernamentalidad representa una auténtica ruptura, al permitir teorizar sobre las técnicas de gobierno. Todas ellas apuntan, efectivamente, desde siempre, incluidas las técnicas disciplinarias por neutralizar el conflicto social.

- iii. **Encarcelación de los inmigrantes y dualismo del sistema penal:** en sociedades caracterizadas por un difundido anonimato, entre el ciudadano honesto y el criminal, no depende tanto de la condena penal como de la pena detentiva. La obra de criminalización de los extranjeros no podría, entonces, regirse sin una fuerte tasa de encarcelamiento. También bajo este perfil, las políticas de gobierno de los fenómenos migratorios, centradas en el binomio permanencia irregular de normalización migratoria son funcionales.

Los mecanismos de diversión y probación en que diversas formas caracterizan las modalidades de ejecución penal en todos los países comunitarios comportan que sea mucho más probable que un inmigrante ilegal termine en la cárcel, mientras que un ciudadano inmigrante legal por la misma condena normalmente descuenta la pena en medida alternativa.

La dificultad de los inmigrantes ilegales, a la espera de ser regularizados, para responder a una serie de requerimientos que van desde la posesión de los documentos de identificación a una residencia legal y estable, un trabajo o una renta tiene como consecuencia una mayor aplicación en su perjuicio de la prisión preventiva.

Si como describe Foucault (1973, 40): *“La forma-prisión de la penalidad corresponde a la forma-salario del trabajo”*. La cárcel parece la institución disciplinaria que ha sabido rediseñar inmediatamente su función, adaptándose a la crisis hasta transformarse en el baluarte fundamental del orden. A medida que la cárcel pierde la finalidad resocializadora, la detención de los migrantes pierde toda finalidad que no sea la de estigmatizarlo como *“clase peligrosa”*.

Mientras que para los ciudadanos europeos no existe un *“otro lugar”* donde sea posible colocarlos, para sujetos como los inmigrantes, para los cuales este *“otro lugar”* existe. La necesidad de controlar a los inmigrantes devino un motivo frecuentemente aludido para justificar los aspectos de las nuevas políticas penales que más se contraponen con la tradición constitucional noroccidental. Para hacer emerger con claridad las lógicas que subyacen a ellas. Eran las condiciones factuales en que vivían los inmigrantes las que producían, en la fase de ejecución de la pena, un derecho diversificado para los extranjeros, una doble vía por la que la paridad de pena por expirar respecto al ciudadano italiano, los extranjeros se encontraban sometidos a un exceso de sufrimiento legal.

Las políticas penales estaban caracterizadas formalmente por un racismo en salida, no obstante, la ausencia de todo racismo en entrada, a pesar de políticas a menudo dirigidas explícitamente a establecer cargos y ventajas con absoluto respeto del principio de igualdad y hasta asumiendo su daltonismo como su criterio inspirador.

