

## PROCESO ESPECIAL DE FLAGRANCIA. EL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

Dr. Alfredo Araya Vega<sup>1</sup>

I. Surgimiento: Este artículo surge a partir de dos resoluciones votos (431-2017 y 433-2017) dictadas por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, Cámara Judicial de la cual formo parte. En estos dos casos se juzgó y condenó a personas, mediante un proceso especial para delitos en flagrancia, pese a que se acreditó en la Sede de Apelación que no existió detención flagrante, presupuesto procesal necesario para la tramitación especial. Luego de una intensa y provechosa discusión, en ambos casos, por voto de mayoría se estimó que no existió violación al principio de Juez Natural, subsistiendo el voto de minoría del suscrito. Pretende esta publicación mejorar los espacios de discusión sobre un tema poco tratado y sometido a la jurisprudencia, de forma que podamos construir una mejor Justicia para todos.

II. Casos: El primero de los casos se refiere a una persona detenida por el delito de Desobediencia a la Autoridad, al utilizar un vehículo que había sido dado en depósito judicial y tenía como limitación su uso. De acuerdo con los hechos, la Policía Judicial siguiendo lineamientos de Dirección Funcional por parte del Ministerio Público, a través de una investigación preliminar donde realizó vigilancias y seguimientos, logró constatar el hecho denunciado. Luego de esto determinó el día, el lugar, la hora y las circunstancias en que debía cumplirse la detención. El segundo corresponde a una investigación preliminar realizada por la Policía Judicial para la verificación de una denuncia anónima por venta de drogas. Dentro de las diligencias policiales se encontró vigilancias a una vivienda, utilización de agente colaborador, billetes marcados y requisas personales. Adicionalmente, una vez constatada la actividad ilícita, mediante el proceso ordinario de juzgamiento, se realizó un allanamiento en la morada (con la participación del Juez Común), con el decomiso de sustancias psicotrópicas, dinero e instrumentos del hecho delictivo. Ambos casos, posterior a la detención de la persona fueron presentados ante el proceso especial de flagrancias, donde la defensa no mostró oposición, fueron juzgados y condenados.

III. Proceso especial de para delitos cometidos en flagrancia delictiva. El proceso especial para delitos en flagrancia costarricense se encuentra regulado en los artículos 422 a 436 del Código Procesal Penal, tiene su origen con la Ley 9720 del 04 de marzo del año 2009 que entró en vigencia a partir del 23 de abril de ese

---

<sup>1</sup> Profesor Universitario y Juez del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Costa Rica.

mismo año. Se trata de un proceso rápido, sencillo y de simplificación procesal tendiente a dar una justicia celeridad a la criminalidad convencional. Tiene su sustento de política criminal en la debida organización del sistema de juzgamiento penal bajo criterios de celeridad, racionalidad, eficiencia y eficacia, pero sin afectar las garantías judiciales. Mediante este proceso de dinamización se juzgan casos

que por sus características son innecesarios mayores actos de investigación (asuntos de simple y sencilla tramitación y resolución). Es un sistema de abreviación procesal menos formalista y complejo que el proceso ordinario, donde se obvia el desarrollo de las etapas de investigación preparatoria (total o parcialmente) e intermedia, propias del proceso penal común y se va de forma directa a juicio. El propósito es reducir o eliminar etapas procesales y de esa forma aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia más celeridad sin mengua de su efectividad; esto con la finalidad de obtener una decisión rápida a un conflicto de cara a la simpleza que conlleva una detención flagrante y la existencia de casi todos los elementos de prueba desde ese mismo instante. Sin embargo, y pese a la nobleza de este procedimiento tiene como particularidades que la declaratoria de competencia y la prisión preventiva no tienen apelación, de igual modo que el plazo de juzgamiento se reduce a 15 días hábiles, con lo que el control de ingreso probatorio es limitado. La declaratoria de competencia, es el acto inicial en donde las partes informan al Juez de las razones por las cuáles la causa debe ser atendida mediante este proceso especial –distinto al proceso ordinario común-, tiene su fundamento en el artículo 422 del Código Procesal Penal que 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 en que 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. Del artículo anterior podemos derivar las siguientes conclusiones: 1.-) Mediante este proceso especial únicamente pueden atenderse casos con detención flagrante. 2.-) Hay casos excepcionales con detención en flagrancia donde al requerirse mayores actos de investigación no es posible ser atendidos en esta vía. La flagrancia si bien es un instituto de naturaleza estrictamente procesal en muchos ordenamientos se ha instaurado la figura a nivel constitucional. Se trata de un supuesto fáctico en el cual el legislador determinó de forma excepcional y justificada, es posible lesionar derechos fundamentales de los ciudadanos de manera controlada. Existen dos formas de detenciones constitucionalmente reconocidas. La primera, que es la regla, mediante una orden previa y escrita girada por una autoridad competente

contra la persona que luego de ser investigada es vinculada con la realización de un hecho criminal y la segunda, que es excepcional, en flagrante delito, es decir cuando se sorprende al sujeto en la comisión de un hecho delictivo. Para este segundo supuesto, no se requiere orden previa y existe autorización para lograr su aprehensión, con la obligación de ser entregado de forma inmediata ante la autoridad pública. El caso de la detención flagrante se ha considerado proporcional su admisión en el tanto se pretendan alcanzar los fines legalmente previstos por la propia Constitución como lo serían: 1. Impedir la consumación del delito, 2. Impedir la huida del delincuente, 3. Impedir la desaparición de los efectos o instrumentos del delito, 4. Impedir que se produzcan resultados más lesivos –caso de violencia doméstica por ejemplo–. De este modo, a efecto de

dotar de contenido el concepto de flagrancia requerido en el artículo 422, debemos ponderar el artículo 236 del mismo código de rito que define la flagrancia. “Habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.” De esta definición derivamos doctrinalmente tres tipos de flagrancia delictiva. a.) Clásica: sujeto sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. b.) Cuasiflagrancia: individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito. c.) Presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención en el hecho delictivo. Ahora bien, la flagrancia debe ser ponderada a la luz de sus principios, ya que a través de estos se delimita su existencia. Por un lado se tiene el *fumus commisi delicti* o atribución del delito, mediante el cual de forma previa, razonada e indiscutible se atribuye el delito a una persona. El concepto está relacionado con el descubrimiento o apreciación del hecho. Por otro el *periculum libertatis* o necesidad de intervención: está referida al concepto de urgencia con la finalidad de hacer cesar la acción, frustrar huida, evitar el ocultamiento y el descubrimiento del hecho. Existen notas sustantivas y adjetivas en el delito flagrante. Dentro de las notas sustantivas, el hecho en flagrancia debe contener una inmediatez temporal: la acción se está desarrollando o acaba de cumplirse en el momento que es sorprendido y una inmediatez personal: el autor del hecho se encuentre en el lugar o situación en relación con el delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales) que proclaman su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. Dentro de las notas adjetivas se encuentran: percepción directa y efectiva es decir, el sujeto es visto directamente o percibido a través de los sentidos por parte de la víctima, la policía o un tercero cometiendo el hecho, y de ahí deriva la noción de urgencia. Podría incluirse en la actualidad

la posibilidad de percepción a través de un sistema de registro (flagrancia virtual). Dentro de las características están: se descarta presunción o indicio, se requiere prueba directa no indirecta, circunstancial o indiciaria. La percepción debe ser actual e inmediata, directa y sensorial; que permita excluir la sospecha, conjetura, intuición o deducciones. El delito flagrante entonces es opuesto al delito clandestino y como tal se comete de forma pública y ante testigos. El segundo elemento es la necesidad urgente de intervención: la cual debe fundarse en la debida ponderación del principio de proporcionalidad, evitando la arbitrariedad y la lesión al derecho constitucional de libertad. Ahora bien, conviene clarificar exactamente qué casos deberían ser conocidos en este proceso especial y cuáles no; para ello podríamos establecer una serie de presupuestos materiales: la evidencia delictiva en donde se requiere un hecho cierto, patente, claro, y acreditado. Es decir una extrema probabilidad de responsabilidad. Para que haya flagrancia, la evidencia delictiva hace que no se requieran mayores actos de investigación para la corroboración del hecho ni la autoría. Por ende, no requiere un laborioso proceso lógico para el convencimiento judicial, ya que los elementos

probatorios existentes hacen que el hecho se clarifique desde el momento inicial. Otro presupuesto es la ausencia de complejidad o simplicidad. Ya hemos referido que en los delitos en flagrancia no se requieren mayores actos de investigación y que en aquellos supuestos donde sea necesario (caso típico de la flagrancia presunta) deberá elegirse la vía ordinaria para su tramitación. Para la determinación de la complejidad deben tomarse en cuenta: la multiplicidad (partes, hechos y actos de investigación), las dificultades (investigativas y de recabación probatoria), si se trata de una organización delictiva y a nuestro criterio, la gravedad de los hechos (donde se requiere un mayor esclarecimiento de las distintas categorías del delito o haya un anuncio de un ejercicio defensivo de la faz negativa del delito y que no existan motivos razonables para dudar de la legalidad, suficiencia, fiabilidad o congruencia de los actos de investigación. Estos presupuestos materiales son importantes, ya que el tiempo del proceso en flagrancia es de quince días hábiles, inteligencia del artículo 435 que señala: “Cuando proceda la aplicación del procedimiento expedito, en ningún caso debe transcurrir un plazo superior a quince 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.”. Este artículo si bien ha sido poco desarrollado en la jurisprudencia, se ha establecido que se trata de un plazo ordenatorio y no perentorio, lógica que debe ser interpretada restrictivamente, por cuanto se podría legitimar la desnaturalización del proceso expedito, convirtiéndolo en uno ordinario. De esta forma, la interpretación viable debe

estar enfocada a que, será ordenatorio en el tanto se trate de causas donde el imputado goce de libertad para enfrentar el proceso y el período de tiempo resulte razonable y adecuado para la finalidad perseguida.

IV. Tesis mayoritaria: La tesis mayoritaria de los Jueces Mairena y Rojas sostuvo que: estimamos que en la presente causa si bien es cierto existe una tramitación irregular, tal y como se describe en el voto de minoría redactado por el juez Alfredo Araya Vega, no coincidimos con este con relación a los efectos procesales que pudieran derivarse de la misma. No desconocemos que el principio de Juez Natural es uno de los principios constitucionales que condicionan la normalidad del conocimiento jurisdiccional, siendo que en el caso del juzgamiento expedito de los delitos cometidos en flagrancia, el legislador instauró Tribunales específicos para dicha materia (Titulo VIII del Código Procesal Penal), con competencia para conocer aquellos ilícitos con características de especificidad, imposibilitándose, en tesis de principio, que pueda conocerse en esa sede conductas delictivas que no cumplan con los estándares de admisibilidad. Sin embargo, también consideramos que la inobservancia de ese principio por sí mismo, como en este caso específico, no es motivo para disponer la ineficacia de todo lo actuado, pues es necesario corroborar la existencia de un agravio o desventaja procesal concreta para alguna de las partes, y en especial para el imputado. Nótese que este caso tal perjuicio procesal no fue alegado por el recurrente, y aunque pudiese advertirse de oficio, resulta necesario que el mismo

exista. Lo anterior es el fundamento del principio de trascendencia, el cual puede resumirse en la frase “no hay nulidad sin perjuicio”, tal y como lo entendió la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 2003-889 de las 10:10 horas del 3 de octubre del 2003, en el cual indicó: “...La finalidad del proceso penal es, aparte de la aplicación de la ley sustantiva, el respeto a derechos y garantías de las partes y la solución de los conflictos sociales que están a la base del mismo. Desde ningún punto de vista puede considerarse al proceso como un fin en sí mismo, ni puede ser su finalidad el cumplimiento obsesivo de formas y ritos procesales. Es por esta razón que las violaciones a las formas establecidas en la ley procesal deben estar previamente establecidas (Pas de nullité sans texte), pero solo se pueden decretar en la medida en que causen un agravio a la parte (Pas de nullité sans grief).” (Igualmente puede consultarse en esa misma línea los votos de esa Sala N°261-F de las 9:50 hrs. del 20 de diciembre de 1985; N° 208-F de 9:45 hrs. del 7 de agosto de 1987; N° 330-F de las 9:00 hrs. del 9 de noviembre de 1990 y N° 83-F de 8:55 hrs. del 20 de marzo de 1992). Pudiese pensarse que tal solución jurídica solo resulta aplicable a los defectos relativos haciendo una lectura aislada del numeral 177 del Código Procesal Penal. Sin embargo coincidimos con la posición de la Sala Constitucional cuando establece

que para decretar una nulidad, aún absoluta, se requiere la existencia de un interés procesal, es decir, una ventaja para el reconocimiento de derechos para las partes intervinientes. Exigiendo dicha Sala, incluso, que la parte debe acreditar el interés en la declaratoria del vicio, aún cuando fuese absoluto. (Votos 2765-1992 de las 15:30 horas del 1° de setiembre de 1992; 2408-1996 de las 15:24 horas del 21 de mayo de 1996; 2229-1999 de las 15:48 horas del 24 de marzo de 1999; 5507-2000 de las 14:40 horas del 5 de julio del 2000; entre otros). Este criterio de la jurisdicción constitucional fue receptado por la Sala Tercera en el voto 2011-1480 de las 16:20 horas del 12 de diciembre del 2011 en el cual se indicó, en consonancia con los pronunciamientos de aquél otro alto Tribunal, que aún en casos de defectos absolutos, su declaratoria sólo procede en casos de que exista un interés procesal en ello. Las anteriores consideraciones tienen como base el criterio de que el derecho procesal penal no es un fin en sí mismo, sino un medio para concretar el derecho penal sustantivo. (Mora Mora, Luis Paulino. Garantías derivadas del debido proceso en el Derecho Procesal Penal Costarricense. Tomo I. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Segunda Edición. 2011. págs 5-6), lo que sirvió de fundamento para abandonar el sistema de decretar la nulidad por la nulidad misma. (Cruz Castro, Fernando. La nulidad por la nulidad, la Justicia Pronta y Cumplida y la vigencia del formalismo procesal. San José. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. 1994. Igualmente Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Editores del Puerto. Segunda Edición. Buenos Aires. 2002 pág 75). De manera que la trascendencia del vicio y la necesidad de declararlo con todas sus consecuencias está supeditado a la existencia real del agravio y no sólo al quebrantamiento de la forma. Las anteriores consideraciones deben ser analizadas en el caso concreto. La fijación de la competencia por parte del Tribunal de Flagrancia, aceptando la petición que en ese sentido formuló la Fiscalía

Especializada fue aceptada por la defensa técnica y material. No hubo resistencia alguna con relación a ello a pesar de que pudiese pensarse que no estamos en presencia de un delito cometido en flagrancia. A partir de ese momento, todos los derechos procesales que este tipo de juzgamiento otorgan a la acusada estuvieron a su disposición, siguiendo con el curso normal de tramitación para este tipo de casos, el cual culminó con la sentencia condenatoria que se recurre, la cual se dictó luego de efectuado un juicio con todas las garantías constitucionales y legales existentes. En virtud de lo anterior, considera la mayoría de este Tribunal que no existe agravio alguno que declarar y en consecuencia no se justifica disponer la ineficacia de lo actuado.

V. Voto de minoría. Violación al principio de Juez Natural. En los casos juzgados, por el voto de minoría del suscrito, se consideró que se interpretó y aplicó incorrectamente los presupuestos legales que rigen la declaratoria de

competencia del proceso especial para delitos en flagrancia previsto en los numerales 422 a 436 en relación con el artículo 236 del Código Procesal Penal; y, por tanto, no correspondía dilucidar los cargos contra la encausada en un proceso célere y especial como el proceso para delitos en flagrancia. Conforme a lo autos, el requerimiento fiscal de flagrancia sin oposición de la defensa pública fue aceptado por el Tribunal Especial de Juzgamiento para delitos en flagrancia, quien dispuso que la sumaria sería tramitada a partir de aquel momento en la vía expedita. Fue criterio de este Juzgador de alzada que dicha resolución violentó el debido proceso legal y el principio de juez natural. Así se indicó: “Si bien no fue motivo de apelación la declaratoria de competencia fijada, debe hacerse hincapié por esta instancia, que sí es posible cuestionar la declaratoria de competencia en otras etapas, esto porque no es una regla jurídica pétrea de preclusión procesal. El cuestionar la ilicitud de la declaratoria de competencia del proceso especial para delitos en flagrancia forma parte de una garantía constitucional vinculada al debido proceso, como lo es la determinación del Juez Natural que debe arrogarse la competencia. Debe recordarse que el Juez Natural como se le denominaba o el juez determinado por ley para resolver el conflicto (criterio técnicamente más adecuado) forma parte de la garantía jurisdiccional *Nemo damnetur nisi per legale iudicium* referido a que nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia firme, pronunciada por Tribunal competente. Sobre este particular el artículo 1 del Código Procesal Penal dispone que: “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. Esta norma forma parte del debido proceso legal y vigencia del principio al Juez Natural, elementos base del principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional y por supuesto del juez imparcial. A nivel internacional el principio al juez natural es derivado del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de Derechos y

Deberes del Hombre. Este principio al Juez Natural fue desarrollado y avalado por la jurisprudencia en el voto 246-2000 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de las 9:50 horas del 3 de marzo del 2000. En el presente caso hay una violación grosera al principio de juez natural o juez asignado por ley para el caso concreto, esto por cuanto no existió un delito de flagrancia y por ende el juez competente era el juez ordinario y no el especializado. Debe recordarse y tenerse muy presente que la regla constitucional es que nadie puede ser detenido sin orden judicial previa (artículo 37 Constitucional) y que la excepción a dicha regla

es la detención en flagrancia. Por ende, la determinación de si una persona fue o no detenida en flagrante delito representa la esencia misma, su legitimidad. La flagrancia es una institución procesal de carácter instrumental o medial, donde se autoriza a la autoridad judicial lesionar derechos fundamentales al amparo de las condiciones propias del delito. Dentro de los elementos esenciales de la flagrancia está el acto de sorpresa (“ser sorprendido cometiendo el hecho”) y la necesidad urgente de intervención (detención sin orden judicial). En todos aquellos casos donde para la acreditación de la responsabilidad penal nos encontremos ante la necesidad de realizar una investigación judicial previa no nos encontramos ante la existencia de un delito flagrante, por la ausencia de tales elementos. Como ya se ha dicho, la flagrancia es la percepción sensorial inmediata de una persona de la comisión de un hecho delictivo ergo no puede existir un hecho flagrante cuando ha existido una investigación judicial previa tendiente a la corroboración de la misma en el tiempo”. De igual forma, el fundamento minoritario de la violación al principio de Juez Natural varió según el caso: En el caso del voto por el delito de desobediencia, se afirmó: En el presente caso por orden del Ministerio Público se requirió de actos de investigación ordinarios policiales (vigilancias) para el descubrimiento del hecho e incluso se dispuso que día, a qué hora y en qué lugar se llevaría a cabo la detención de la persona; baste recalcar acá que conforme a lo depuesto por el oficial de investigación la orden de detención girada por la fiscalía era que no podía ser detenida con el niño en el interior del vehículo, sino una vez que lo dejara en la escuela, desentrañándose así la ausencia de la sorpresa flagrante. La flagrancia debe concebir ese descubrimiento, sorpresa y percepción sensorial del hecho, así se rechazaría la posibilidad de considerar flagrante conductas en las cuales la policía haya acudido al conocimiento previo a través de investigaciones de la actividad delictiva desarrollada y sobre esa base, pretenda justificar una detención flagrante, típico caso de información previa confidencial recibida que es corroborada posteriormente por la policía a través de actos de investigación. En esos casos donde no existe vinculación fáctica necesaria del sujeto con el hecho y el resultado de la detención se da como resultado del planeamiento investigativo o del impulso policial brindado –vigilancias policiales previas–, estaríamos ante un descarte de una detención flagrante. En este caso fue la Fiscalía y la Policía Judicial quienes en asocio determinaron el día, la hora y el lugar de detención, descartándose con ello la hipótesis legal contenida en el artículo 236 del Código Procesal Penal”. Mientras que en el caso de venta de droga, el análisis fue superior al establecer: En el presente caso, primero: debe

establecerse que la competencia funcional ya había sido fijada de modo ordinario por parte del Juez Penal de Buenos Aires, órgano que no sólo se impuso de los hechos investigados sino que además ordenó la realización de un allanamiento,



registro, secuestro e identificación de billetes para la realización de una compra controlada de drogas; por lo que no era posible su declinatoria, ya que nos encontramos ante ninguno de los presupuestos del artículo 48 del Código Procesal Penal. Segundo: Resulta inadmisibles que un proceso iniciado el 11 de marzo del 2017, donde el imputado fue detenido el 23 de marzo se haya decretado la competencia hasta el 07 de abril del 2017. La lógica del proceso especial, que por su naturaleza es célere, requiere que la persona detenida en flagrante delito sea presentada ante el Ministerio Público y el mismo día se conozca de la competencia de la causa. Si bien en la práctica el Ministerio Público podría ordenar la libertad del imputado por aspectos de razonabilidad y proporcionalidad, lo cierto es que la competencia del proceso especial por parte del Juez debe ser impuesta ese mismo día y no a posteriori por tratarse de una garantía fundamental de seguridad jurídica y prontitud judicial; además de la posibilidad probatoria que podría impulsar la defensa desde el primer acto del proceso. Tercero: no existe un delito de flagrancia permanente en materia de drogas y por ello ante una investigación judicial previa no nos encontramos ante la existencia de un delito flagrante. Como ya se ha dicho, la flagrancia es la percepción sensorial inmediata de una persona de la comisión de un hecho delictivo ergo no puede existir un hecho flagrante cuando ha existido una investigación judicial previa tendiente a la corroboración de la misma en el tiempo. La diferencia entre el delito instantáneo y el delito permanente versa sobre la capacidad de ser sorprendido el sujeto en la comisión del hecho. Así, pueden existir conductas con efectos permanentes o instantáneos que podrían no estar en el supuesto flagrante; esto dependerá de la inmediatez del hecho y de la percepción sensorial del tercero. En los casos de delitos instantáneos no existe dificultad en admitir el presupuesto de hecho flagrante, ya que la acción delictiva es percibida sensorialmente por el tercero de forma inmediata. En casos donde la ejecución es permanente no es posible deducir la existencia de un delito flagrante ya que el hecho no fue inmediato de modo personal y temporal al momento de cometerse, tampoco fue percibido sensorialmente de modo directa, razonada, suficiente e inmediata por parte del tercero. En el presente caso se requirió de actos de investigación ordinarios policiales (vigilancias, precompras, decomisos a terceros) y la obtención de las autorizaciones judiciales necesarias (allanamiento, registro, secuestro, requisita e identificación de billetes) para el descubrimiento del hecho. La flagrancia debe concebir ese descubrimiento, sorpresa y percepción sensorial del hecho, así se rechazaría la posibilidad de considerar flagrante conductas en las cuales la policía haya acudido al conocimiento previo a través de investigaciones de la actividad delictiva desarrollada y sobre esa base, pretenda justificar una detención flagrante, típico caso de información previa confidencial recibida que es corroborada posteriormente por la policía a través de

actos de investigación. De esta forma, para la existencia de una permanencia delictual se requiere la percepción sensorial

de un tercero que descubre un hecho, puesto que el concepto de flagrancia preconice una sorpresa, caso contrario se vulneraría la excepción constitucional y legalmente dada. En esos casos donde no existe vinculación fáctica necesaria del sujeto con el hecho y el resultado de la detención se da como resultado del planeamiento investigativo o del impulso policial brindado –en el caso de agentes colaboradores o encubiertos–, estaríamos ante un descarte de una detención flagrante. Cuarto: Es consideración del suscrito juzgador que no se soluciona las deficiencias de un sistema de justicia penal atendiendo de forma mecánica asuntos, en especial incluyendo casos en un proceso especial expedito que no cumplan con los parámetros objetivos de admisibilidad (detención flagrante). Si bien a través de estos procedimientos especiales se pretende una justicia más cercana, no menos cierto es que no debe incurrirse en violaciones a las garantías ni a una disminución de calidad de la justicia; ya que en casos de determinada gravedad, y este es uno de ellos donde la alta penalidad a la que se expone el imputado (8 a 15 años de cárcel) exige una actividad probatoria completa, ya que no cumplir con dicha exigencia podría ineludiblemente incurrir en un error por exceso de deficiencia, sea imposibilitando a las partes la amplitud probatoria que se requiere en asuntos de especial gravedad penológica. En casos de este tipo, la prueba es esencialmente indiciaria, de ahí que el recaudo de la prueba y de los indicios contingentes requiere de un margen de convicción suficiente, mismos que se logra a través de medios completos, diligentes y amplios, que sólo se logran a través del proceso común. Menoscabar los tiempos de un asunto especialmente complejo en gravedad conlleva la posibilidad de incurrir en errores judiciales y afectaciones a bienes jurídicos relevantes que harían del sistema una perversidad en sí mismo y una violación quizá irreparable para las partes en conflicto. En este caso, conjuntamente con todas las afectaciones ya dichas, es criterio del suscrito juez que la admisión del proceso especial expedito para delitos en flagrancia no concurrió en la especie e imposibilitó a las partes opciones probatorias amplias, atentando contra el derecho fundamental de las partes (derecho de defensa que vincula al imputado pero también al Ministerio Público) en la facultad de probar. Si las partes no cuentan con un ámbito suficiente y amplio para acreditar sus afirmaciones, y las actividades probatorias son mínimas por el tiempo con que se cuenta (15 días hábiles), se incurre en un vicio de procedimiento que atenta contra los principios más elementales del sistema de justicia democrático como lo es la defensa. Por último, el proceso penal de flagrancia no tiene por qué reemplazar a los procesos ordinarios, sino que los complementa, los hace ágiles y expeditos, esto en virtud del descubrimiento delictivo, la contundencia probatoria directa y la innecesariedad

de mayores actos de investigación producto de la solidez de la prueba existente. De esto modo, en casos como estos, donde se requirió de vigilancias, compras controladas, agentes encubiertos, videos, participación de oficiales investigativos, fiscales de investigación etc, el proceso debió conducirse por el medio ordinario normal (proceso común), con la finalidad de posibilitar a las partes el equilibrio procesal necesario. Admitir como se hizo, que únicamente es el Ministerio Público quien tiene acceso a plazos ilimitados de investigación (se tardó

casi 22 días en la corroboración de la información confidencial) y limitar el ejercicio defensivo a través de una nueva significación del proceso, pasando del proceso común al especial, es sin duda alguna, además de un despropósito, una muestra clara de un ejercicio abusivo de un derecho y una ilegitimidad procesal por parte del Ministerio Público.

VI. Voto de minoría. Defecto absoluto Nuevamente, en el voto de minoría se consideró que se estaba ante un defecto de carácter absoluto por violación al principio de juez natural, por ello no es posible considerar que ha operado un proceso de convalidación por omisión de cuestionamiento por parte de la defensa respecto a la competencia funcional ya que el principio de convalidación y el saneamiento procesales no caben cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable, que comprometen derechos y garantías fundamentales (artículos 175 y 178 del Código Procesal Penal), sino únicamente cuando no se observan las formalidades previstas en la Ley para el desarrollo de un acto procesal –se circunscribe a los defectos no absolutos. Nuestra normativa procesal establece la actividad procesal defectuosa como mecanismo procedimental tendiente a la rectificación de los actos procesales llevados a cabo en vulneración de las garantías procesales de las partes. Así entre los artículos 175 al 179 se establecen los defectos absolutos y relativos. Para la aplicación del régimen actividad procesal defectuosa, doctrinariamente se han señalado los siguientes principios: A.- Principio de legalidad o especificidad. De acuerdo al artículo 175 del CPP no es factible declarar la invalidez o nulidad de un acto procesal, sin que expresamente exista un texto legal que así lo ordene. De igual forma, no será posible convalidar un acto que contenga defectos absolutos si no estamos en presencia de los casos del artículo 177 del CPP. Este supuesto ha sido acogido a nivel doctrinario y jurisprudencial y se parte de que los actos procesales son válidos hasta tanto no sean cuestionados por los medios que la ley establece de acuerdo al artículo 422 del Código Procesal Penal. B.- Principio de trascendencia. No existe nulidad sin perjuicio; el vicio sólo tiene trascendencia en tanto tenga un contenido, por ello, no basta la simple infracción a la norma procesal, si no le ocasiona un perjuicio al interesado, o éste puede ser saneado. En ese sentido tenemos que las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio en los casos y formas previstos por este Código,

siempre que no hayan contribuido a provocar la nulidad. Sin embargo, el imputado podrá impugnar una decisión judicial aunque haya contribuido a provocarla. C.- Principio de instrumentalidad o finalidad. Opera como límite al saneamiento. No se debe sanear un acto procesal defectuoso que no modifique el desarrollo del proceso, ni perjudique la intervención de los interesados, puesto que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas. Por ello, la invalidez del acto no debe declararse a menos que vaya a producir una ventaja para alguna de las partes. A contrario sensu, cuando el acto aunque defectuoso haya cumplido el fin propuesto no debe anularse o invalidarse. (Art. 177 CPP). D.- Principio de convalidación. Todo acto procesal defectuoso es susceptible de saneamiento siempre que no nos encontremos ante los casos previstos en el artículo 178 CPP. Este presupuesto se

apoya en cuando haya transcurrido una etapa procesal no se puede volver a la anterior; cuando todas las etapas procesales se han cerrado (sentencia definitiva, cosa juzgada material) se precluye la posibilidad de impugnar casi todos los actos defectuosos (nulidades relativas). De esta manera se pretende que las partes no atrasen innecesariamente el proceso, presentado solicitudes que sólo tienen como fin retrotraerlos a etapas anteriores. Los artículos 177 y 15 del CPP recogen el principio de preclusión procesal, pues existe la posibilidad de sanar los defectos cuando las partes no hayan solicitado el saneamiento oportunamente, o cuando se haya aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto. La regla opera de jure, de modo que cuando las partes no procedan conforme a la ley, el acto se convalida, porque se presume que si no lo han hecho oportunamente, renuncian a invocar el defecto. E.- Principio de saneamiento. Este principio es derivado del principio constitucional de economía procesal, porque opera preventivamente evitando atrasos innecesarios. El saneamiento es el remedio procesal contra el acto procesal defectuoso. En lugar de la nulidad (invalidación del acto: efecto negativo) se busca el saneamiento (subsanciación: efecto positivo). Los supuestos de saneamiento del acto son tres: a) la renovación del acto; b) la rectificación del error; y, c) el cumplimiento del acto omitido. La diferencia con la convalidación es que el saneamiento opera de oficio o a petición de parte. Las nulidades absolutas adoptadas con la denominación de defectos absolutos deben surgir inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente, y normas expresas del propio CPP) y, en especial, de las normas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado (Art. 175 relacionado con el artículo 178 CPP). Los defectos absolutos pueden ser advertidos de oficio sin necesidad de protesta previa y no son convalidables. (artículos 177 y 178 del Código Procesal Penal). En el presente caso ha operado un defecto de carácter absoluto, ya que la competencia fue fijada por un Tribunal de juzgamiento especial para delitos en flagrancia pese a que no

existió una detención flagrante. Tómesese en cuenta que mediante este proceso especial si hay una menor posibilidad de acción defensiva, la cual se justifica constitucionalmente producto de la simplicidad del caso y la existencia de una detención flagrante que hace presumir la claridad del hecho y la existencia de evidencia delictiva suficiente de la acción. Dentro de los límites legales del proceso especial se encuentran: (a) un plazo de únicamente 15 días hábiles limitando con ello las posibilidades de ofrecimiento de prueba y mayores actos de investigación. (b) Imposibilidad de apelar la determinación de competencia. Fijada la competencia por parte del Juez de Flagrancia no hay posibilidad de apelación, declarándose inadmisibles la misma por la ausencia de norma que así lo valide. (c) Imposibilidad de apelar la prisión preventiva. La ley igual modo ha imposibilitado el cuestionamiento de la resolución tomada por parte del Juez unipersonal de flagrancia que ordena la medida cautelar más gravosa, esto fundado en lo expedito del procedimiento. Dicho esto, si en el caso se tiene claro que la imputada no fue detenida en flagrante delito, lo procedente era dotarla de la mayor cantidad de garantías posibles, sea ampliando su espectro a un proceso ordinario común, donde tenga mayores oportunidades de

discusión. En consecuencia, se desvió a la imputada del procedimiento legalmente preestablecido, que es el proceso común, a un proceso especial sin que existiera motivo legal para realizarlo -porque no nos encontramos ante un delito flagrante-, vulnerando con ello, el artículo 37, 39 y 42 constitucional y las reglas de los procesos especiales de flagrancia regulados en los artículos 422 a 436 del Código Procesal Penal, incurriéndose en la causal de nulidad prevista en el artículo 178 del aludido Código. La nulidad incurrida por ser absoluta es insubsanable y no cabe saneamiento ni convalidación, pues no se trata de una mera inobservancia de las formalidades previstas en el Código, sino de una auténtica lesión al debido proceso legal desde la perspectiva del procedimiento legal preestablecido que determine una retroacción de actuaciones radical.

VII. Voto de minoría. Defectos absolutos e innecesariedad de demostrar la ventaja procesal. Por último y de cara a la necesidad de existencia de un agravio, ventaja procesal o interés procesal para la declaratoria de una nulidad absoluta, es menester señalar que la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional han sido ampliamente lineales en cuanto a diferenciar el defecto absoluto del relativo señalando que el defecto absoluto al provenir de la violación a un derecho fundamental en sí mismo conlleva la propia afectación a las garantías judiciales y por ende al debido proceso legal, generando su nulidad de modo indefectible (véase el voto 246-2000 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Sobre este particular baste citar: en Costa Rica, al Dr. Gilbert Armijo (en el siempre vigente libro Reflexiones sobre el nuevo proceso penal costarricense pp. 529-330, 1997) y a nivel internacional a los procesalistas españoles Martín

Miranda Estramples (La prueba ilícita 2016), José María Asencio Mellado (Derecho procesal penal. Estudios fundamentales, 2016), Juan Luis Gómez Colomer (Prueba y proceso penal 2008) y a los juristas peruanos César San Martín Castro (Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2016) y José Antonio Neyra Flores (Tratado de Derecho Procesal Penal, 2016), todos ellos en sus libros sobre acápites sobre pruebas ilícitas en el proceso penal; doctrina de reciente data y que da contenido a los reiterados votos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre: (a) principio de Juez Natural: Castillo Petrucci vrs Perú y Barreto Leiva vrs Venezuela, Loiaza Tamayo vrs Perú, Norim vrs Chile, J vrs Perú. (b) Juzgamiento por jueces ordinarios: Castillo Petrucci vrs Perú; 19 comerciantes vrs Colombia, Las Palmeras vrs Colombia, Apitz vrs Venezuela y (c) Juez imparcial véase el caso Herrera Ulloa vrs Costa Rica de reiterada utilización en nuestro país. Solamente de modo ejemplificativo se cita el voto de la Corte IDH en el caso Barreto vrs Venezuela: “75. El artículo 8.1 de la Convención garantiza el derecho a ser juzgado por “un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley”, disposición que se relaciona con el concepto de juez natural, una de las garantías del debido proceso, a las que inclusive se ha reconocido, por cierto sector de la doctrina, como un presupuesto de aquél. Esto implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. 76. El juez natural deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida por la Corte como la “norma jurídica de carácter

general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. Consecuentemente, en un Estado de Derecho sólo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores. 77. Ahora bien, el fuero no necesariamente entra en colisión con el derecho al juez natural, si aquél se halla expresamente establecido y definido por el Poder Legislativo y atiende a una finalidad legítima, como antes se manifestó. De esta forma, no sólo se respeta el derecho en cuestión sino que el juez de fuero se convierte en el juez natural del aforado. Si, por el contrario, la ley no consagra el fuero y éste es establecido por el Ejecutivo o por el propio Poder Judicial, distrayéndose así al individuo del tribunal que la ley consagra como su juez natural, se vería vulnerado el derecho a ser juzgado por un juez competente. Del mismo modo, si la conexidad está expresamente reglada en la ley, el juez natural de una persona será aquél al que la ley atribuya competencia en las causas conexas. Si la conexidad no está reglada por la ley, sería violatorio distraer al individuo del juez originalmente llamado a conocer el caso”. Fue siguiendo dicho fundamento que por voto de minoría se consideraba necesario decretar la

ineficacia de la sentencia condenatoria, así como también a toda la tramitación llevada a cabo mediante el proceso especial de flagrancias incoado junto con sus actuaciones. Por lo anterior la causa debería ser enviada ante el Juez competente para su debida tramitación, sea el Juzgado Ordinario.

VIII. Conclusiones: El tema ahora está abierto a la discusión. Definir qué es y cuáles son las consecuencias un defecto absoluto de uno relativo resulta trascendental. Determinar las competencias especiales de un juzgamiento especial tampoco es menor. Y discutir a la luz el Principio de Juez Natural resulta la esencia de un sistema democrático de Justicia. De ahí que el lector pueda formarse su propio criterio e iniciar la consolidación de una mejor forma de aplicar el Derecho.