

Universidad para la Cooperación Internacional-UCI
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Maestría en Criminología con énfasis en Seguridad
Humana

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

TITULO:

***LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL
ABREVIADO COMO OBJETO NO NEGOCIABLE POR CONSTITUIR UNA
ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL JUEZ SENTENCIADOR.***

TESINA DE ESMERALDA ARGUEDAS CARBALLO

Para optar al grado de Máster en Sociología Jurídico Penal.

Julio 2016

Dedicatoria

***A Ernesto, Jimena e Isabella por existir y enseñarme el significado de la
felicidad.***

***A Francisco por su apoyo incondicional y su fe en mí, que me inspira a ser
mejor persona cada día.***

A mi familia por estar ahí.

Y a todos, los que de algún modo ayudaron a que esto fuera una realidad.

Y a Dios, mi inmensa gratitud por todo y por lo mejor, que está por venir.

Indice.

Resumen ejecutivo, Título del trabajo, objeto de estudio y objetivos, Hipótesis de la investigación.....	IV
Introducción	VIII
I Capítulo: Analizar los diferentes sistemas procesales que han existido en el proceso penal en Costa Rica.....	XIII
A. Antecedentes.....	XIII
B. Figura del Juez y su obligación de imparcialidad.....	XVII
C. Sistema Inquisitivo.....	XX
D. Sistema Acusatorio.....	XXI
E. Sistema Mixto.....	XXII
F. Antecedentes del Procedimiento Especial Abreviado.....	XXIV
F.1 Código de Procedimientos Penales 1973	XXIV
F.2 Código Procesal Penal 1996	XXVI
F.3 Proceso Abreviado en la discusión legislativa.....	XXIX
G. Proyecto original del Código Procesal Penal de 1996 sobre el proceso abreviado.....	XXXI
g.1 Discusión legislativa.....	XXXV
II Capítulo: Determinar y analizar la naturaleza jurídica de la pena en el proceso penal.....	XLI
a. Concepto y fines de la pena.....	XLI
b. La pena desde la perspectiva de la Criminología Crítica.....	XLVII
b.1 Derecho Penal, Pena y Garantismo.....	XLVII
b.2 la pena como objeto no negocial.....	LIX
III Capítulo: Las atribuciones y deberes de las figuras procesales, sea Ministerio público y Querellante en la legislación procesal penal de Costa Rica y su papel dentro del procedimiento especial abreviado.....	LXIV
A. Ministerio público, atribuciones y deberes en Costa Rica.....	LXIV
B. El Querellante en el Proceso penal.....	LXVII
IV Capítulo: El Procedimiento Especial Abreviado en Costa Rica y la participación del Juez sentenciador en este.....	LXIX
a. El Procedimiento Especial Abreviado, Concepto, Partes procesales y regulación en Costa Rica. Análisis jurisprudencial.....	LXIX
b. El Juez sentenciador en el Procedimiento Especial Abreviado.....	LXXVI
Conclusiones.....	LXXXIV
Bibliografía	LXXXVI

RESUMEN EJECUTIVO

TÍTULO DEL TRABAJO:

La determinación de la pena en el Procedimiento Especial Abreviado como objeto no negociable por constituir una atribución exclusiva del Juez sentenciador.

OBJETO DE ESTUDIO:

La valoración e imposición de la pena como atribución exclusiva del Juez, que implica que dentro del procedimiento especial abreviado, ésta sea abstraída del convenio de las partes y su determinación constituya una obligación intransferible del juzgador, como parte de la garantía criminal.

OBJETIVOS GENERAL DEL TRABAJO:

Determinar y analizar cómo la valoración e imposición de la pena es atribución exclusiva del Juez, que implica que dentro del procedimiento especial abreviado, ésta sea abstraída del convenio de las partes, como objeto no negociable y su determinación constituya una obligación intransferible del juzgador, como parte de la garantía criminal.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

Analizar los diferentes sistemas procesales que han existido en el proceso penal en Costa Rica.

Determinar y analizar la naturaleza jurídica de la pena en el proceso penal.

Explicar los derechos y deberes de las figuras procesales, sea Ministerio Público y querellante en la legislación procesal penal de Costa Rica y su papel dentro del Procedimiento Especial Abreviado.

Analizar la naturaleza jurídica, antecedentes y actualidad del Procedimiento Especial Abreviado en Costa Rica y la participación del Juez sentenciador en este.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN: Enfoque de la investigación: Cualitativa. Tipo de investigación: descriptiva, teórica y explicativa del contenido.

HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN:

Que de acuerdo a la normativa existente que regula en Costa Rica el procedimiento especial abreviado, la forma como se ha interpretado la normativa procesal y considerar que el legislador le otorgó al Ministerio Público y al querellante la potestad de incluir en el convenio previo la fijación de la pena a imponer, resulta inconstitucional y a la vez violatorio del principio de legalidad criminal como integrante del debido proceso, al conceder a dichas partes procesales, una atribución exclusiva del Juez, cual es la determinación y fijación

de la pena, siendo que el carácter vinculante que se le ha otorgado a dicho pacto a nivel jurisdiccional es el resultado de una interpretación errónea de la ley, que no determina con claridad dicho aspecto fundamental.

Además de que la pena por su naturaleza no puede ser considerada como un objeto sobre el cuál pueda o deba recaer convenio, en el tanto que dicho instituto transgrede un derecho fundamental que es la libertad, considerándose que por sí mismo el procedimiento especial abreviado constituye una renuncia del procesado a una garantía fundamental como lo es el juicio. Lo anterior se agravaba cuando la jurisprudencia y la interpretación de la normativa vigente le confiere la potestad del convenio y fijación de pena a la parte querellante, que es una parte con intereses privados y particulares, y la pretensión punitiva es una atribución del poder punitivo del Estado.

Como objetivo de este trabajo se planteó realizar una valoración sobre la pena y su relación con el Proceso Especial Abreviado, en el tanto que su imposición sea considerada como atribución exclusiva del Juez, que implica que dentro del procedimiento especial abreviado, ésta sea abstraída del “convenio” de las partes y su determinación constituya una obligación intransferible del juzgador, como parte de la garantía criminal.

Para su elaboración resultó indispensable realizar un recorrido por los sistemas procesales existentes en Costa Rica y analizar los antecedentes legislativos sobre la reforma que incluyó este procedimiento en el Código Procesal. La problemática radicó en desentrañar si el problema estaba en la redacción de la ley y su espíritu o bien en su interpretación. Para esto fue importante echar mano a la jurisprudencia nacional para analizar cómo han sido resueltos los diferendos que se han presentado sobre la determinación de la pena en este procedimiento.

Podemos rescatar que el proceso abreviado es un juicio rápido que en Costa Rica se utiliza como un mecanismo de celeridad procesal, en el cual el imputado debe de aceptar los hechos y contar con la aprobación de los acusadores penales y civiles. Para lo cual se formulara la acusación, y calificación jurídica. Y en dos fases, primero ante el Juez de la etapa intermedia, quien conocerá de los requisitos de ley y luego ante el Tribunal de Juicio, que resolverá la gestión de las partes, por medio de la sentencia que corresponda. En la práctica judicial, y a través de la interpretación de la ley, concretamente los artículos 373 a 375 del Código Procesal Penal se ha implementado, que dentro de esta mal llamada negociación, se acuerde o pacte una pena, entre las partes, misma que podrá ser rebajada hasta en un tercio. Este proceso, constituye una atribución más al Ministerio Público que asegura el ejercicio de la pretensión punitiva, no un derecho del imputado.

Este procedimiento tiene su origen en la reforma de 1996, que se suscitó en el Proceso Penal Costarricense, que llevó de un Código de Procedimientos Penales a un nuevo Código Procesal Penal, cuya característica fundamental lo fue, el erradicar la figura del Juez de Instrucción y reivindicar la imagen del Fiscal y de la víctima. A su vez marca el momento histórico en el cual, el sistema

inquisitivo, que de alguna manera imperaba, se transformara en un sistema tendiente al acusatorio, lo que en la actualidad se reconoce como un sistema mixto, por compartir algunas características entre ambos.

En el contexto de un sistema democrático en pleno apogeo. Y con una Sala Constitucional recién diseñada, que abogaba por el reconocimiento de los derechos fundamentales contenidos en la Carta Magna y los principios integrantes del debido proceso, que caracterizaban precisamente ese orden democrático y que pretendía constitucionalizar el ordenamiento general.

Permeado del discurso garantista, pero en especial de un tema de celeridad procesal y de justicia pronta y cumplida, de eficientismo penal, en el entramado de un Poder Judicial colapsado, fue que se implementó esta figura procesal. Es así como inicialmente el procedimiento abreviado no significaba nada para el encartado, las normas redactadas en el proyecto de ley no determinaban ningún beneficio para éste, nada se decía de la pena. No fue sino hasta después de la discusión legislativa, que la norma previó en su redacción final, la reducción del tercio de la pena, como un beneplácito para el enjuiciado. No obstante, por la forma en cómo se redactó la ley, en los tiempos actuales, se sigue discutiendo si ese rebajo de pena es un atributo de la Fiscalía o es una atribución del Juez, si ese pacto obliga al Juez.

Esto sucede, claro está, porque desde el propio espíritu de la ley, no se entraña ningún concepto sobre la pena ni sus fines, el rebajo de la pena, nunca fue pensado desde la perspectiva sociológica y con el individuo como centro, sino al sistema judicial. La aceptación de cargos no llevaba implícito ninguna consideración sobre el arrepentimiento del encartado.

Desde esa lógica, no es de extrañar que en los tiempos actuales, la pena en el proceso abreviado, siga siendo una discusión jurisprudencial y existan en cuanto a esto una diversidad de criterios, que parten de una perspectiva equivocada, porque siguen analizando la pena desde adentro de un convenio que no tiene razón de ser, porque la pena por su naturaleza es innegociable, no puede hablarse de principios procesales de igualdad y lealtad entre partes, cuando el objeto con el cual se negocia es precisamente la vulneración de un derecho fundamental que pierde una parte, y que no se quita por antojo, sino que se impone arrebatarlo con una finalidad.

La pena vista con ojos ajenos, hace que existan quienes negocian la imposición de una sanción como si fuera la tratativa de una indemnización pecuniaria, el desconocimiento del contenido de ese tiempo existencial que se pierde con el encierro, robándole al privado lo más valioso que tiene.

El procedimiento abreviado, por sí mismo ya es gravoso, el imputado renuncia a un derecho fundamental, cual es que en un juicio, con pleno ejercicio de defensa, quien lo acusa le demuestre su culpabilidad. Pero que encierra al tiempo una valiosa oportunidad, para que el procesado, en ese momento preliminar de su proceso, pueda interiorizar su responsabilidad sobre los hechos, mostrarse arrepentido, reconocer su culpa y al tiempo optar por que un Juez, no quien lo acusa, le otorgue la pena que en su caso merezca, ofreciéndole la

oportunidad de recibir por ello una sanción más favorable, que lo aliente a iniciar el descuento de la pena con la firme convicción de que ha merecido un trato justo, mismo que deberá devolverle a la sociedad.

INTRODUCCIÓN

Desde mi experiencia como Fiscal del Ministerio Público siempre el procedimiento abreviado constituyó para mí una especie de “*pedrita en el zapato*”, en palabras coloquiales. Estar presente en esas audiencias en donde se planteaban los acuerdos e intervenir definiendo la pena que un imputado merecía como sanción, era una situación incómoda.

Lo era incluso al momento de pedir la imposición de la pena en juicio, recuerdo perfectamente que en la elaboración de mis alegatos conclusivos, podía ir desarrollando con habilidad la teoría del caso e hilvanar los hechos, el derecho y la prueba con cierta destreza, porque esa construcción no me representaba mayores dificultades en algunos casos, máxime si había logrado convencerme de la participación criminal de los autores. Pero debo reconocer, con algún grado de culpa interna, que al momento de fundamentar la pretensión punitiva, se me agotaban los argumentos. Siempre me cuestioné, quién era yo para definir sobre el tiempo que era necesario que una persona descontara prisión para reprocharle el daño causado, o peor aún cuál era el criterio técnico que había detrás de las penas fijadas a los delitos, que descifrara que un robo se pagaba con una pena de cinco a quince años de prisión si era agravado, para citar un ejemplo.

Estas disyuntivas eran aún más complicadas, cuando tenía frente a mí a una persona decidiendo sobre sí aceptar un procedimiento abreviado o si continuar con su causa a juicio, máxime si de por medio estaba la agenda del despacho que presionaba al Juez de turno y un defensor o defensora afligidos con aquella decisión que representaba, en muchas veces una gran diferencia, porque indudablemente el rebajo del tercio de la pena, en el caso de nuestra legislación, es una gran oferta, al mejor estilo de los mercaderes de la feria.

Y qué decir de la extraña posición que se asume como Fiscal en un convenio como este, más cuando las políticas al respecto no están claras, y atendiendo a la ley, la aplicación del abreviado no es un derecho del imputado,

sino una atribución del Ministerio Público y del querellante. No sé si hacía bien en cuestionarme, pero esos factores así sumados, no me terminaban de convencer. ¿Que la pena pudiera negociarse?, ¿que el imputado renunciara a su derecho a un juicio recibiendo a cambio un beneficio de pena?, que esto no fuera su derecho, sino un beneplácito que le otorgaba quien lo acusaba. Que esta decisión se tuviera que tomar en minutos, como si decidir sobre años de condena fuera cualquier cosa. Y que la determinación de sí merecía o no el rebajo total del tercio de la pena atendiera a criterios muchas veces antojadizos, que cambian de jurisdicción a jurisdicción. Eran cosas que no me permitían sentirme a gusto, había por ahí, una espinita que me hacía advertir que aquello, que pasaba ante mis ojos no era, ni debía ser considerado normal.

Con el correr de los años, aprendí a utilizar aquella incomodidad para hacer del otorgamiento del proceso abreviado una posibilidad de darle a la pena el sentido que debía tener, o al menos procurarle alguna razón de ser. Intenté que en los pactos de pena en los que intervine fueran razonables, esto para utilizar un término, aunque debo reconocer que cada día que pasaba me costaba más hablar de la pena de prisión, sin que se me formaran en la mente unos grandes signos de interrogación, pero aprendí a darle un poco de sentido a esa salida alterna del conflicto.

Hoy en día, he ido logrando entender porque me ocurría esto con la exposición de la pretensión punitiva y con la fijación de pactos de pena en los abreviados. Quizás un poco mejor ubicada ideológicamente, ya menos barco velero que llego a esto de la acción penal por casualidad, y con un poco más de criterio de realidad en cuanto al presidio, he comprendido que la pena, más allá de los discursos que tratan de legitimarla, es una medida que pone en franca evidencia que nuestra sociedad y los sistemas de control primarios han fallado, además de demostrar en si misma que no es la solución a ningún problema.

Tengo la certeza, que a pesar de que la pena no tenga para mi criterio ninguna legitimación, la misma no dejará de existir. La cárcel es una institución

que acompaña la historia de la sociedad. Pero si de algo estoy convencida, es que se puede ser diferente, se puede dejar de ser lo que se es ahora, en este instante, y procurar cambiar el curso de las cosas. Y así en esa inteligencia, fue que decidí abordar en este trabajo final de grado, el tema del proceso especial abreviado, porque quizás no vaya a decir cosas que otros, con más peso y criterio, no hayan dicho ya, pero me tomaré este espacio para aportarle al tema, en especial a la pena en el proceso especial abreviado como objeto negocial. Realizaré un análisis crítico de este procedimiento, de la figura de las partes y de los sistemas procesales que han intervenido en éste, de la evolución histórica, según los registros legislativos de este instituto, los alcances jurisprudenciales que se ha desarrollado y de la figura del Juez sentenciador en este proceso.

Como objetivo general del presente trabajo me he planteado determinar y analizar cómo la valoración e imposición de la pena es atribución exclusiva del Juez, que implica que dentro del procedimiento especial abreviado, ésta sea abstraída del convenio de las partes, como objeto no negociable y su determinación constituya una obligación intransferible del juzgador, como parte de la garantía criminal.

Y como objetivos específicos desarrollaré los siguientes: Analizar los diferentes sistemas procesales que han existido en el proceso penal en Costa Rica.

Determinar y analizar la naturaleza jurídica de la pena en el proceso penal.

Explicar los derechos y deberes de las figuras procesales, sea Ministerio Público y querellante en la legislación procesal penal de Costa Rica y su papel dentro del procedimiento especial abreviado.

Analizar la naturaleza jurídica, antecedentes y actualidad del Procedimiento Especial abreviado en Costa Rica y la participación del Juez sentenciador en este.

El presente trabajo iniciará con un análisis de los sistemas procesales que han influido en la construcción del sistema procesal penal costarricense actual. Además desarrollaré un análisis histórico y un descubrimiento del espíritu de la ley, con la investigación de los alcances legislativos de la discusión que inicialmente como proyecto tuvo el Código Procesal Penal de Costa Rica, que reformó el Código de Procedimientos Penales, en especial en torno al tema del procedimiento abreviado, que es el tema bajo examen.

Desarrollando además una conceptualización doctrinaria y jurisprudencial del instituto de la pena, sus características, sus teorías y su análisis crítico, con el propósito de establecer si a la luz de la teoría de los contratos, en un ejercicio hermenéutico del ordenamiento jurídico, la pena puede ser considerada un objeto sobre el cual pueda recaer un acuerdo, una negociación, lo que nos llevara automáticamente, a analizar la figura del Juez sentenciador en el procedimiento especial abreviado y la vinculación que aquella disposición previa elaborada por las partes sobre la pena, tenga sobre el juzgador, a quien la ley le confiere la obligación intransferible de juzgar e imponer la pena.

La estructura propuesta, para un correcto desarrollo de los objetivos propuestos es la siguiente, un primer capítulo en el cual se analizaran los diferentes sistemas procesales que han existido en el proceso penal en Costa Rica, entre ellos el sistema inquisitivo, el sistema acusatorio, el sistema mixto y los principales antecedentes del Procedimiento Especial Abreviado.

En un segundo capítulo se pretende determinar y analizar la naturaleza jurídica de la pena en el proceso penal, en cuanto a su concepto y los fines que la doctrina ha desarrollado sobre la pena, además se incorporan algunos argumentos propios de la pena desde la perspectiva de la criminología crítica y por último, un análisis de la pena como objeto del negocio en el abreviado.

El tercer Capítulo consiste en determinar las atribuciones y deberes de las figuras procesales, sea Ministerio Público y querellante en la legislación procesal penal de Costa Rica y su papel dentro del procedimiento especial abreviado.

Por su parte en el Capítulo cuarto y último se pretender analizar el Procedimiento Especial abreviado en Costa Rica y la participación del Juez sentenciador en este.

Como cierre, desarrollare una serie de recomendaciones y conclusiones sobre los temas propuestos, con la intención de propiciar incluso una reforma legislativa, que inserte en los escasos artículos que desarrollan el procedimiento especial abreviado, un enfoque epistemológico de la pena, que se vea reflejado en la norma, en el entendido que la pena recobre, respecto a este procedimiento especial su correcta conceptualización, y los jueces adquieran el rol protagónico que les corresponde en cuanto a la correcta determinación de la pena a imponer.

Auspiciando que el procesado sólo renuncie a su derecho de juicio, pero se le mantengan incólumes los demás derechos procesales, en especial el de ser oído por el Juez que lo va a sancionar para poder exponerle los motivos por los cuales pide el beneplácito de una pena inferior, debiendo el Juez imponer la pena dentro de la reducción posible concedida en la ley, pero en estricta observancia de las condiciones personales del agente y las materiales del delito cometido.

I Capítulo: Analizar los diferentes sistemas procesales que han existido en el proceso penal en Costa Rica.

A. Antecedentes.

En este capítulo, se desarrolla un pequeño viaje sobre el proceso penal en Costa Rica, relacionado en especial a los sistemas procesales imperantes, que repercutieron en las figuras procesales intervinientes en el proceso, sus atribuciones y los diferentes roles que ocuparon.

Lo anterior es importante, tratándose el tema que nos ocupa, por cuanto la figura del Ministerio Público que conocemos hoy en día presentó en el pasado una posición diferente respecto al proceso. Recordemos que previo a la reforma que entró en vigencia en el año 1998 en Costa Rica, la figura del Juez lo era de “Juez y parte”, teniendo un rol protagónico en el proceso. Este Juez de instrucción trabajaba directamente con la policía y al tiempo que instruía la causa, le resolvía al encausado su situación jurídica.

Con el tiempo y ante un cambio de paradigma, que atiende al sistema político imperante, de un Estado democrático, se propiciaron en Costa Rica algunos cambios a nivel procesal que eran necesarios para favorecer el reconocimiento de garantías y derechos contenidos en la Constitución Política, en Instrumentos Internacionales y en un ejercicio de integración de las normas, crear un sistema procesal penal que estuviera acorde con la realidad.

La doctrina al respecto ha señalado: *“Es imposible imaginar, por lo difícil que resulta, la estructuración de un sistema procesal penal alejado de la realidad política del Estado donde se pretenda poner en práctica. Ello es así porque, el sistema procesal que se adopte es respuesta inmediata al sistema democrático, autoritario, dictatorial, etc., del Estado donde se pretende su aplicación”*. (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007, pág. 68)

Para hablar de sistemas procesales, es necesario considerar los principios que se integran en los mismos y analizar la forma como se regulan y protegen, esto permitirá tener un campo de estudio más adecuado.

En nuestro medio, en especial en cuanto a los principios contenidos en el Código Procesal Penal de 1996, vigente a partir del 1° de enero de 1998, cual es la normativa vigente, se recogen una serie de principios generales y sub-principios, que a continuación vamos a enlistar. Pero previo vale hacer un aporte fundamental, de carácter sociológico, debemos recordar que en Costa Rica, allá por los años 1989, surgió la Sala Constitucional, que representó todo un paradigma en la forma como se administraría la justicia en adelante en nuestro país, hasta alcanzar en la actualidad incluso, críticas de algunos que consideran que las atribuciones de la Sala han sobrepasado en mucho las expectativas, llegando casi a constituir un cuarto poder de la República, por la injerencia que mantiene en la creación y aplicación de la producción legislativa, por las potestades que ostenta. Amén, de la sensación que se denota en algunos sectores sociales, en cuanto a la aplicación de garantías constitucionales, como una alcahuetería y fomento de impunidad.

Del seno de dicha Sala es que en el año 1992, en un voto redactado por Don Rodolfo Piza Escalante surgió una resolución que se conocería en adelante como el Voto del Debido Proceso, resolución 1739-92, que ha sido incluso objeto de estudio por juristas costarricenses, destacándose a Don Luis Paulino Mora Mora (q.d.p.D.g) quien es su condición de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y fungiendo además como presidente de la Sala Constitucional, siempre se caracterizó como promotor y velador del cumplimiento del debido proceso legal. Pronunciamiento que por su carácter vinculante se tomó y se continúa tomando en consideración en sendas resoluciones judiciales.

En dicha resolución se recogen los principios y garantías integrantes del debido proceso penal y vale preguntarse, en primer término, quien era el

Magistrado Piza Escalante, en su carrera profesional. El Dr. Piza asesoró a la Asamblea Legislativa en diversos proyectos de ley, entre ellos, los de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Administrativa; Ley General de la Administración Pública (de la cual fue coautor, junto con el Dr. Eduardo Ortiz Ortiz, q.e.p.d.); Ley de la Jurisdicción Constitucional (de la cual fue uno de sus autores principales); y otras, especialmente reformas constitucionales (entre ellas la de creación de la Sala y nueva Jurisdicción Constitucionales, sobre textos propuestos por él, Ley de Habeas Data etc.).

En segundo orden, que ocurría en Costa Rica de los finales de los años 80 y los años 1990, para que se gestará el inició de una serie de modificaciones, que para citar algunas, provocaran el cambio de un sistema de instrucción, a un sistema acusatorio y una reforma significativa en la normativa procesal penal, además de la influencia de la creación de la Jurisdicción Constitucional. Evidentemente existe en todo este fenómeno un tema de política de Estado y de definición de sistema de gobierno, caracterizándose Costa Rica en dicha época por ser un país en apogeo democrático.

Regresando al punto propuesto, los principios procesales que imperaron en la normativa del nuevo Código de 1996, se destacan, el principio de legalidad, consagrado en el numeral 39 de la Constitución Política costarricense, considerado como la base fundamental de los derechos y garantías individuales.

De este principio surgen la garantía criminal y penal, con sus elementos que la integran, sea: a. La reserva de ley. b. El principio de la taxatividad y la seguridad jurídica. c. La prohibición de la retroactividad.

Otra garantía que surge del principio de legalidad es la garantía jurisdiccional o judicial, relacionada con la legalidad en el proceso y que se caracteriza por asegurar los llamados derechos al procedimiento, destacándose: - Principio de amplitud de la prueba. – Principio de la legitimidad de la prueba. – Principio de inmediación de la prueba. –Principio de la identidad física del

juzgador. –Publicidad del proceso. –Impulsión procesal de oficio. –Comunidad de la prueba. Y –Principio de Valoración razonable de la prueba.

Y por último en cuanto a este principio encontramos la garantía de ejecución, en la cual prevalece el tema de la pena, del cual nos ocuparemos luego.

Otro principio fundamental lo es el principio de inocencia, imperando la duda razonable, el principio del in dubio pro reo, como se le conoce. Y en nuestro medio está regulado en el artículo 9 del Código Procesal Penal.

Como tercer principio procesal, del cual hablaremos adelante, es el principio de Juez natural, contemplado en el artículo 35 de la Constitución Política. Es importante señalar que estos principios fueron analizados e incorporados en la resolución del debido proceso que citamos líneas arriba. Se enlista además el derecho de defensa, de las medidas cautelares y su carácter restrictivo, este contemplado en el numeral 37 de la Constitución Política.

El principio de Celeridad procesal; justicia pronta y cumplida, regulado en el numera 41 de la Carta Magna. Y por último encontramos el principio “nom bis in idem” o ne bis in idem”, contemplado en el artículo 42 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, es válido en este acápite preguntarse que figura procesal prevaleció en toda esta transformación del proceso, que derivo en nuestro caso a la creación del Código Procesal de 1996, que indiscutiblemente debía de rescatarse de ese híbrido en el cual estaba inmersa, para reivindicarle su correcta función jurisdiccional al tenor de la ley y de los principios integrantes del debido proceso, lo fue claro está, la figura del Juez. A pesar de que en la actualidad existan aún ciertos rescoldos de esa figura de Juez de instrucción, en especial en la mente de algunos juzgadores y en el diseño de algunas normas procesales.

Y esto es importante, toda vez que en la práctica mucho se estudia sobre la norma, la ley sustantiva, sobre la teoría, en el caso del Derecho Penal, sobre la teoría del delito y sobre la investigación, la técnica y la ciencia forense, pero indudablemente olvidamos que la ley se aplica por seres humanos y que esos

seres humanos no actúan en nombre propio, sino en nombre de quien los designa, sea que lo hacen por delegación del Estado. Y que esas personas ocupan en el proceso un rol en particular, impregnado de las características de su competencia y jurisdicción, así lo explica con buen tino el doctrinario Alberto Binder *“Sin duda, la regulación sobre los sujetos procesales es de suma importancia dentro de la legislación de un país.”* (Binder, 2014, pág. 297)

Y además nos explica sobre la regulación de la ley en este sentido, que *“La doctrina distingue entre lo que se llama “Derecho procesal penal en sentido estricto” –es decir, las normas procesales que estructuran los distintos actos procesales- y lo que algunos llaman “Derecho de la organización judicial” –el estudio de todas las normas que tiene que ver con la organización, no sólo de los jueces, sino de todos los sujetos que, de un modo u otro, intervienen en el proceso penal.”* (Binder, 2014, pág. 297)

Otro aspecto muy significativo, producido también en esa ruptura de paradigmas procesales lo fue el reconocimiento de la primacía que debía tener la etapa de juicio en el proceso, esta etapa (y sus principios) se constituyeron como la garantía suprema del juzgamiento penal, sea que como parte de las garantías procesales indispensables lo está, la prevalencia de una etapa del proceso en donde a la luz de la contradicción las partes promoverían que un Juez resolviera la situación jurídica del procesado con imparcialidad y objetividad, a la luz de la inmediatez que tuvo con las pruebas y con las partes.

B. Figura del Juez y su obligación de imparcialidad.

En este mismo sentido y consonancia con lo expuesto acerca de la figura del Juez resulta conveniente, en este preámbulo de previo a analizar los sistemas procesales propuestos para este estudio, conceptualizar desde ya ese principio de imparcialidad del juzgador y otros aspectos relacionados.

Al respecto, vale reflexionar que en nuestro sistema existe un principio integrante del debido proceso, definido como el Principio de Juez natural, recogido en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 35, complementado por los artículos 9, 152 y 153, así como el 39 todos de la Constitución Política de Costa Rica, artículo 3, complementado por los artículos 5 y 6, todos del Código Procesal Penal (en adelante por su abreviatura CPP) de nuestro país.

Que determinan la figura del Juez regularmente designado para el cargo, perteneciente al Poder Judicial, como órgano jurisdiccional con competencia y jurisdicción; y constreñido a la ley (Principio de legalidad), como funcionario público simple depositario de ésta. Encargado de “resolver con objetividad” y “preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.” (Artículo 6 CPP).

Además de garantizar el estado de inocencia del encausado, asegurando su imparcialidad al momento de juzgar.

Al ubicarnos en la etapa preparatoria e intermedia del proceso penal, que resulta importante para los efectos de este estudio, encontramos el Juez del procedimiento preparatorio o intermedio, al cual, además de lo preceptuado en las normas internacionales, constitucionales y procesales de la materia ya citadas, de conformidad con el artículo 277 CPP a este Juez le corresponde: *“realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones y, **en general controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código.**”* ... los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este Código, **no podrán realizar actos de investigación.**” (Lo

resaltado es propio). Este Juez preparatorio, por lo indicado, será el encargado de verificar las actuaciones del ente Fiscal y constatar la procedencia de las gestiones.

Así mismo una vez finalizada esta etapa de investigación, nace la etapa intermedia del proceso, en la cual existe un Juez que operara en las mismas condiciones que el Juez preparatorio, pero al cual las normas procesales le confieren la potestad de pronunciarse sobre los actos conclusivos gestionados por el ente acusador, para efectos explicativos, recordemos que el artículo 299 del CPP hace referencia a los actos conclusivos de la siguiente forma: “**Actos conclusivos.** *Cuando el Ministerio Público o el querellante estimen que los elementos de prueba son insuficientes para fundar la acusación, podrán requerir la desestimación o el sobreseimiento definitivo o provisional. También, podrán solicitar la suspensión del proceso a prueba, la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado o que se promueva la conciliación. Junto con el requerimiento remitirán al Juez las actuaciones, las evidencias y los demás medios de prueba materiales que tengan en su poder. (artículo 299 CPP)*

Así vemos como este Juez, que no es otro distinto al Juez imparcial y objetivo del cual se detalló líneas arriba, se ocupará de conocer entre otras cosas, de la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado, cual es el tema en estudio, para disponer su procedencia, al tiempo que realizara la admisión de la acusación y dispondrá remitir el caso a la instancia superior.

A continuación, en los apartados siguientes se desarrollara una breve explicación de los sistemas procesales, inquisitivo, el sistema acusatorio y el sistema mixto, para analizar cómo estos sistemas tenían posiciones diversas con respecto a la figura del Juez y lo que sucedió posteriormente con la figura del Fiscal en el proceso.

C. Sistema inquisitivo.

Como primer aspecto, es importante señalar que tal y como vimos en párrafos anteriores, los sistemas procesales están relacionados con los principios enunciados en ellos, no podríamos decir con certeza que algunos de estos principios o características de los diferentes procesos no estén presentes aleatoriamente en unos y otros, y eso lo evidenciamos en la práctica. Tampoco resulta tan categórico, para la doctrina mayoritaria, que los sistemas procesales puedan ser algo que tenga una correcta definición en tiempo y espacio, derivado de su interrelación con el medio social y político, por lo cual para efectos de este estudio vamos a ocuparnos de señalar las principales características de los distintos sistemas procesales.

En el diccionario jurídico el sistema inquisitivo es definido como: *“Sistema característico en el proceso penal mediante el cual las funciones acusatorias, instructorias y de sentencia se encontraban centralizadas en la persona del Juez, el cual, por lo general es rechazado porque carece de garantías de justo tratamiento y defensa para el imputado.”* (Goldstein, 2015, pág. 525)

Según nos ilustran los autores del artículo “La reforma procesal penal de 1996 a la luz de los sistemas procesales penales” publicado en el compendio de Derecho Procesal Costarricense, de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, podemos decir que el sistema inquisitorio se remonta al Derecho canónico, que toma sus bases del Derecho Romano. Con el ejercicio de este sistema inquisitorio el Estado reivindica su poder de promover la represión de los delitos. Y que surgió como un proceso extraordinario, pero que terminó siendo de carácter ordinario.

En dicho artículo, los autores enlistan los rasgos característicos que identifican el sistema inquisitivo y citan: a. Actuación de oficio del Juez (procedat iudex ex officio). b. Proceso escrito, secreto y no contradictorio. c. Juez activo. d.

Sistema de prueba tasada o tarifada. (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007)

Tal y como podemos apreciar, de este sistema aún en la actualidad quedan algunos rescoldos, algunos de los cuales se han modificado recientemente, a pesar de que en nuestro medio hace ya varios años que se dio la reforma que instauró, o al menos así lo quiso, el sistema acusatorio, siendo que en la realidad denotamos en la práctica un sistema mixto. Existen aún mecanismos que facultan esa figura de Juez oficioso, como por ejemplo en la figura de la disconformidad, en la cual el Juez puede retornar una causa a investigación cuando a su juicio se debe continuar con la instrucción.

Ahora bien, es interesante apreciar, como cambia radicalmente, o al menos así debe ser por sanidad del proceso, la figura de ese Juez activo, toda vez que para el sistema inquisitorio el Juez “*asume un papel activo como dueño y director del procedimiento*” (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007, pág. 103). Lo que evidentemente hacía tornar al proceso, en un sistema persecutorio y poco objetivo. El poder estaba reunido peligrosamente en esa autoridad, que actuaba en representación del poder público, pero sin sistema de contrapesos.

D. Sistema acusatorio.

En el diccionario jurídico el sistema acusatorio es definido como: “*Régimen procesal penal en el cual las funciones esenciales de acusación, defensa y sentencia se llevan a cabo públicamente, debiendo ejercerse, necesariamente, por personas distintas y, además, la defensa tiene amplio acceso e intervención durante todo el proceso*”. (Goldstein, 2015, pág. 525)

Podemos citar además que este sistema se registra como de primera aparición, lo que no impide que contemporáneamente existieran otros sistemas que operaran en otros Estados. Se menciona en la doctrina que la aparición

inicial de este sistema, se remota a la antigua Grecia, eminentemente democrática, con ejercicio de participación ciudadana en la toma de decisiones, participando de igual forma en ese sentido, en el sistema judicial.

En este sistema acusatorio puro, gestado en la historia Griega, se formaron diferentes tipos de tribunales, teniendo como referencia que el más importante lo fue el Aerópago. Los ciudadanos tenían la posibilidad de denunciar en representación de la Polis y promover el juzgamiento, en una especie de acusación pública. Refiere la lectura, como un caso ilustrativo de jurados en Grecia, el proceso realizado a Sócrates, juzgamiento del cual resultó condenado.

Vale señalar que los jurados estaban conformados por ciudadanos un total de 500 personas elegidas por sorteo entre los mayores de 30 años y en plenitud de sus derechos ciudadanos.

Otra manifestación de este sistema acusatorio influenciado por los Griegos se presentó en la Roma republicana.

Como características o principios que se identifican en el sistema acusatorio, los autores nos señalan las siguientes: *a. La acusación, como elemento definitorio de este sistema. b. No actuación de oficio por el Juez o Juez pasivo. c. Contradictorio, inmediación oralidad u publicidad. d. Igualdad de partes. e. La decisión final se toma bajo las reglas de la íntima convicción, como sistema de valoración de la prueba, sea que para la toma de decisiones prevalece la conciencia del juzgador. f. Única instancia. g. Tribunal de jurado popular.* (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007)

Por sus características este modelo acusatorio es el que mejor se ajusta a un sistema democrático.

E. Sistema mixto.

Corresponde ahora referirnos al denominado sistema mixto, que tiene una relación directa con el Estado moderno. Al explicar los anteriores sistemas

procesales, tenemos claro que existen entre ellos algunas características diferenciadoras. Pero también tenemos claridad de que los sistemas procesales, no de distinguen en el tiempo con precisión.

En nuestro medio, en tesis de principio nuestro sistema pasó de un sistema marcadamente inquisitivo, con un Juez de instrucción que asumía la dirección de la investigación al tiempo que resolvía la situación jurídica del imputado. Y que presentaba un compromiso con el cumplimiento de su función como funcionario público, pero que evidentemente no tenía con respecto a la criminalidad un compromiso especial. De ahí la necesidad de fortalecer al ente represivo para que combatiera eficaz y oportunamente los fenómenos delincuenciales, al tiempo que el sistema de garantías y derechos se consolidaba.

Lo que se trata es de recoger lo mejor de los sistemas anteriores y ubicarlos en un sistema, inspirado en la democracia. Eso es lo que caracteriza al sistema mixto.

El reconocimiento como sistema mixto es propio de América Latina, en otros países como Alemania por ejemplo se le conoce como sistema inquisitivo reformado y en España como sistema acusatorio formal. Y se remonta al Código Napoleónico de 1808.

Es conveniente decir, que el contenido de los principios imperantes en el sistema procesal, es una forma de determinar el tipo de sistema del cual se trata. En cuanto al sistema mixto, según la doctrina, podemos citar como principios que lo identifican, los siguientes: *1. El proceso surge de una acusación estatal-Ministerio Público. 2. Proceso en dos fases, una primera instructora y otra posterior de juicio. 3. Sistema de Libertad probatoria. 4. Juez activo. 5. Principio de inviolabilidad de la defensa.* (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007)

F. Antecedentes del Procedimiento Especial Abreviado.

Para referirnos a los antecedentes de que se haya instaurado en nuestro sistema procesal la aplicación del procedimiento especial abreviado, conviene señalar algunos detalles sobre la evolución del Código de Procedimiento Penales hasta el actual, para ello debemos remontarnos al Código de 1973 que entró en vigencia hasta el año 1975, en el entendido que la inclusión del proceso abreviado se dio hasta el Código actual, que entró en vigencia en el año 1998, tal y como analizaremos más adelante cuando veamos algunos antecedentes legislativos que se dieron en la discusión parlamentaria.

f.1 Código de Procedimientos penales 1973

La normativa de este Código de procedimientos resultaba contradictoria con varias disposiciones de la Constitución Política de 1949 y la normativa internacional sobre Derechos Humanos. Lo que provocó, tal y como se reflexionó en apartados anteriores, a que el Estado debiera ajustar su ordenamiento a las características de su sistema político predominante, así como con el desarrollo de nuevas corrientes de pensamiento en el campo del Derecho Procesal Penal, llevaron a plantearse la necesidad de emitir una nueva legislación y de implantar en ella un sistema mixto, tal y como analizamos anteriormente, en lugar del inquisitivo que predominaba, dadas las características que presentaba nuestro sistema.

Para la redacción del proyecto se trajo a Costa Rica al juriconsulto argentino Alfredo Vélez Mariconde, quien preparo el nuevo texto, teniendo su influencia en el Código de Procedimientos Penales de 1939 de la provincia Argentina de Córdoba, que a su vez había tenido como modelo al Código de Procedimientos Penales italiano de 1930. Después de prolongados estudios y

discusiones, el proyecto fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 19 de Octubre de 1973 y empezó a regir el 1 de julio de 1975, durante el gobierno de Don Daniel Oduber Quirós. Para la comprensión e interpretación del nuevo Código fue muy útil la obra de Vélez Mariconde. (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007)

Entre las características más importantes de este Código debemos de tomar en consideración las siguientes:

- El artículo 1 integraba el principio de legalidad procesal y se da la creación del Ministerio Público, como ente instructor en la producción de la prueba.
- Se establece un capítulo especial de medios de prueba, en el que se da con mayor vigencia el principio de libertad probatoria, que radica el concepto de prueba tasada y se habilita que todo puede ser probado de la forma que sea, siempre y cuando el medio sea lícito.
- Al igual que en los anteriores Códigos existe una amplia participación del Juez en la recolección de la prueba, prevalece la figura del Juez de instrucción.
- Se reconoce al imputado como sujeto de derechos en la investigación, ejemplo: no se obligará al imputado a realizar una reconstrucción de los hechos, ni a declarar en su contra bajo ninguna coacción.
- Amplia participación del Juez en el interrogatorio de testigos
- Sistema de nulidad por nulidad. Ejemplo el requerimiento de elevación a juicio.
- Recepción oficiosa de la prueba por parte del Juez.
- La confesión constituía plena prueba en contra del imputado, incluso se podía prescindir de todo el elenco probatorio en caso de una confesión por parte del imputado. Como veremos esto se asemejaba a lo que posteriormente iba a constituirse como el proceso abreviado, siendo incluso parte de la discusión legislativa.

- Valoración de los actos del debate de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional

f.2 Código Procesal Penal 1996

En el último decenio del siglo XX, se denotaba un interés en las instancias judiciales, con la intención de modificar la normativa procesal penal existente, sea el Código de Procedimientos Penales.

Es así como, el proyecto de ley tendiente a reformar dicho Código, y que fue iniciado en la corriente legislativa en el mes de enero de 1996, se gestó por el propio Poder judicial y la presentación del original del proyecto fue redactado por el aquel entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, Don Edgar Cervantes. Dicho proyecto fue dispensado de todo trámite y esto pone en evidencia el interés, que como país se tenía para llevar a cabo dicha reforma. Se menciona en la presentación de dicho proyecto que, desde la publicación del anterior proyecto (Código de 1973) ya se tenía noticia de que la Ciudad de Córdoba discutía sobre varios aspectos en los cuales su código, del cual se origino el nuestro, debía ser reformado.

La lucha iba encaminada a que se adecuara el procedimiento penal a las condiciones vigentes de la época, de un país marcadamente democrático, que para esos años mantenía una creación de jurisprudencia constitucional por destacados juristas, que inspirados en las corrientes mundiales y en el ordenamiento jurídico internacional, habían comenzado a hablar de la necesidad imperiosa del reconocimiento de las garantías y derechos concedidos en la Carta Magna. Era necesario además que se emprendiese una humanización y democratización de la justicia penal, que también se pusiera a tono con la

jurisprudencia de la Sala Constitucional y la normativa internacional sobre los Derechos Humanos.

Fue así como para estudiar la posible reforma del sistema judicial penal, la Corte Suprema de Justicia nombro en 1992 una comisión de magistrados y juristas coordinada por el magistrado Don Daniel González Álvarez. Esta comisión preparo un proyecto de Código Procesal Penal, que tras ser ampliamente discutido en el Colegio de Abogados, la Escuela Judicial, la Facultad de Derecho Universitario en Costa Rica, y otras instancias, fue sometido a la consideración del Poder Legislativo. El nuevo Código fue aprobado por la Asamblea en abril de 1996 y entro en vigor el 1 de enero de 1998, durante la administración de Don José María Figueres Olsen. (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007)

Para la preparación del Código, la comisión redactora se inspiro en gran medida, en las modificaciones efectuadas en los decenios de 1970 y 1980 por Alemania, España, Italia, Portugal y otros países europeos es sus legislaciones procesales penales europeas, así también en el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica, el Código Procesal Penal de Guatemala, los Códigos de algunas provincias argentinas y los proyectos de Código elaborados para Bolivia, El Salvador, el Ecuador y el Paraguay. (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007)

Ahora bien, es innegable además, que si bien se reconoce que la doctrina mayoritaria apuntaba a estos fines loables de las reformas suscitadas, y así se puede observar con claridad en el proyecto original que forma parte del expediente legislativo, realizando también una lectura crítica de éstos antecedentes legislativos, podemos destacar adicionalmente como existían, algunas otras iniciativas, que apuntaban a otros fines, entre ellas se destacaban:

- a. Analizar la figura de ese Juez de instrucción en contraposición a una figura de un Fiscal en esa etapa, cual era estático y atentaba contra el ejercicio de la acción.
- b. La prevalencia de una etapa de instrucción o instructiva que terminaba siendo más importante que la etapa de juicio, cual era entrabada por la defensa.
- c. Los formalismos en la etapa de instrucción que provocaban un atraso en la solución del conflicto y mayor sobre carga laboral para los Tribunales, que estaba saturados.
- d. Que los estudiosos apuntaban a “un procedimiento en que el acusado tenga a su encargo directamente la recolección de los medios probatorios con los que luego deberá mantener su tesis en relación con el caso” (Proyecto de Ley 7594, 1996)
- e. Otra iniciativa apuntaba al reconocimiento a la participación activa de la víctima en el proceso, a la cual se le consideraba la gran ausente.
- f. Se planteaba, ante la preocupación por la sobre carga laboral y el incumplimiento a la justicia pronta y cumplida, apuntar a “principio de oportunidad reglado”, a “Procedimientos abreviados”, “suspensión de proceso a prueba y conciliación” como medidas de resolver el proceso con mayor celeridad.

Tal y como vemos, en la iniciativa de reforma del proceso penal, entraban en juego para aquel momento, algunas corrientes tendientes a crear eficiencia en la administración de la justicia y legitimación del ejercicio de la acción penal a través de la víctima. Además del fortalecimiento del órgano represivo que salvaguardara la seguridad ciudadana, a través de la punición. Y esto como

veremos tendrá mucho que ver con la forma en la cual se presento en ese proyecto de ley la figura del proceso especial abreviado.

Entre los puntos más sobresalientes de este Código se encuentran los siguientes:

- Incorporación de principios fundamentales para el proceso penal. Entre ellos Inviolabilidad de la defensa.
- Reconocimiento del imputado como sujeto y objeto de prueba
- Se pasa de un sistema de nulidad por nulidad a un sistema de actividad procesal defectuosa donde es necesario demostrar agravios y un perjuicio. Incidencia en la prueba en el tanto la misma no puede fundamentar resoluciones judiciales si se da en detrimento de derechos fundamentales.
- Valoración de la prueba acorde a las reglas de la sana crítica racional.
- Existe una demarcación entre las potestades del acusador y el que juzga, sin embargo existen resabios, lo cual quiere decir que el proceso penal no es puramente acusatorio
- Establecimiento de principio y postulados esenciales de la prueba tales como legalidad de la prueba, legitimidad y admisibilidad.

f.3 Proceso abreviado en la discusión legislativa.

Fue en el Código Procesal penal de 1996, que entró en vigencia en 1998 que se diseñó el procedimiento especial abreviado en Costa Rica, antes de esto lo que existía en el proceso, era la posibilidad de que el imputado aceptara los cargos y entonces se prescindía de toda la prueba y se dictaba sentencia en su contra.

Del estudio del proyecto original del Código de 1996, que está contenido en el expediente legislativo, podemos apreciar como la redacción original de los artículos relacionados a este procedimiento, tenían algunas diferencias con la redacción final que se origino posterior a la discusión de la comisión que se formó para analizar su redacción.

Al respecto es importante hacer un análisis del proyecto original y de los puntos que se sometieron a discusión, lo anterior porque resulta fundamental conocer cuál fue el origen a esta proceso en nuestra legislación, resulta claro que como la mayoría de la normativa costarricense, la misma resulta estar inspirada en algunas normativas de la región, pero además de la posible influencia que pueda tener de otros códigos nuestro Código Procesal, es trascendental descifrar cual fue el espíritu que nuestra ley adopto, tomando en cuenta la época, la doctrina ideológica imperante y en especial cual era la intensión de incorporar en nuestro medio una figura como esta, que se trataba de un juicio rápido.

Recordemos que, tal y como hemos mencionado en líneas atrás cuando se diseñó el proyecto de reforma, en las palabras de presentación del mismo, el presidente de la Corte Suprema de aquel entonces, señalaba con ahínco que los Tribunales de justicia estaba saturados, que existía sobrecarga laboral y que esto estaba atentando contra el principio de justicia pronta y cumplida.

Valga decir, que si bien también hemos reconocido que en aquel momento histórico existía una intensión de ajustar nuestro ordenamiento a los presupuestos constitucionales, toda vez que de manera reciente al año 1996, nuestro país se había fortalecido en ese campo, con el diseño de una Sala Constitucional, y además nuestra democracia estaba en apogeo. Vale decir que históricamente, Costa Rica se ha caracterizado por ser un país de paz, en el cual por medio de la Constitución, norma de rango superior, se eliminó el ejército. Y además acordé a ello, en el periodo presidencial de 1986 a 1990, el aquel entonces presidente de nuestro país, el Dr. Oscar Arias Sánchez recibió en 1987 el Premio Noble de la Paz. Estos eventos indudablemente marcan el curso

ideológico de un país y consecuentemente se verá reflejado en su ordenamiento jurídico.

Es dentro de este contexto que se inicia la discusión de una reforma procesal, pero también es cierto que esta discusión estaba teñida como lo hemos señalado, de una necesidad de fortalecer el sistema judicial y de crear al mismo tiempo un fortalecimiento al sistema represivo. Existía necesidad de que el órgano acusador se convirtiera en el representante de las víctimas. Y esto se nota de la misma reforma, recordemos que con el código de 1996, se discutió además la participación activa de la víctima en el proceso, el fortalecimiento del Ministerio Público, la Policía Judicial tendría en este caso que ajustarse a la Dirección Funcional del ente fiscal y la figura predominante del Juez de instrucción quedaría en la historia.

Esto alcanza relevancia, por lo que más adelante veremos que sucedió con el procedimiento especial abreviado desde su diseño inicial hasta su redacción final, y lo que sucede en la actualidad en su aplicación práctica, que no es un tema llano por las discusiones jurisprudenciales que ha generado.

G. Proyecto original del Código Procesal Penal de 1996 sobre el Proceso Abreviado.

Este proyecto se conoció en el expediente legislativo número 12.526, por iniciativa del Poder Ejecutivo, y generó la Ley 7594, presentado en diciembre de 1995. Dicho proyecto fue discutido en la Comisión Especial Mixta que se ocupaba de conocer de reformas en la materia penal.

De previo a continuar con la reforma del Código, es preciso señalar, que el 10 de mayo de 1994, en la Gaceta número 89 se publicó la Ley número 7398, que reformó, en especial el monto máximo de la pena en Costa Rica, que paso de 25 años a 50 años de cárcel. Y además modificó al beneficio de libertad condicional que condicionó que solo pudiera otorgarse cumplida la media pena.

Lo anterior tiene mucha relación con el análisis que hemos iniciado, toda vez que como vemos, este cambio en nuestra legislación fue precisamente pocos meses antes de que se planteara la reforma procesal que venimos refiriendo.

Y es aún más importante, cuando analizamos el espíritu que motivó a esta reforma de la sanción en nuestro país, para orientarnos en lo que estaba pasando ideológicamente en nuestro medio, para la década de los años 90. De la lectura de la presentación del proyecto de esta ley, podemos apreciar claramente, como el delito y el delincuente ocupaban en el imaginario una peste que había que erradicar. Se criticaba fuertemente al sistema penitenciario por estar incumpliendo su función resocializadora. Claro está, porque se tenía la postura, tal como sucede en la actualidad, de que la cárcel era el mecanismo para curar al delincuente. Se hacía referencia a la reincidencia y a crímenes aún más atroces cometidos precisamente por aquellos que ya habían estado en prisión. Pero lo que más preocupaba era que, aquellos que cometían un delito, prontamente estaban en libertad y que el sistema estaba en deuda, con el delincuente, con la víctima y con toda la sociedad.

Al respecto y como muestra inequívoca de lo anterior, podemos citar de la presentación de dicho proyecto que señaló textualmente: *“En consecuencia, postulamos una modificación sustancial del Código Penal y de Procedimientos Penales que, mediante un incremento de las sanciones, contribuya a disuadir al criminal en potencia o, cuando ello no fuere posible, mantenerlo alejado del cuerpo social.* (Proyecto de Ley 7594, 1996, pág. 4)

De la frase anterior, podemos extraer cual era el concepto, si se quiere, de los fines de la pena que para aquel entonces manejaba la corriente legislativa, toda vez que este proyecto fue iniciativa de varios diputados de la época. La pena según dicho proyecto iba a tener un efecto colectivo de prevención general negativa y peor aún, el incrementar el monto de la pena, iba a permitir alejar de la sociedad por más tiempo a aquellos que no “escarmentaran” por el ejemplo ajeno.

Históricamente podemos apreciar, que este proyecto de ley iba aparejado a modificar y elevar los rangos de pena de los delitos más graves en nuestro territorio, entre ellos el homicidio y la violación.

En este contexto es que surge la reforma procesal de 1996, tal y como hemos referido, los mismos discursos legitimantes, relacionados con la criminalidad, la celeridad procesal, entre otros, fueron utilizados para esta reforma.

Ahora bien, originariamente el proyecto de ley planteaba la redacción del proceso abreviado, contenida en el libro segundo, título primero, que contemplaba los artículos 405 al 407, como vemos se trataba de solo tres artículos en los cuales se disponían las implicaciones de este procedimiento. Para efectos de mejor ilustración vamos a transcribir la redacción original de dichos articulados.

El primer artículo se refería a los criterios de admisibilidad y determinaba quienes y como iban a intervenir. Dicha norma señalaba:

*Artículo 405: **Admisibilidad:** Desde el inicio del proceso hasta la audiencia preliminar, se podrá proponer la aplicación del procedimiento especial abreviado cuando:*

- 1) el imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento; y*
- 2) el Ministerio público, el querellante y la víctima manifiesten su conformidad.*

La existencia de coimputado no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. (Proyecto de Ley 7594, 1996)

Por su parte el segundo artículo refería lo que iba a ocurrir en la etapa intermedia, lo que tenía lógica jurídica, pues el proceso penal en este proyecto se estaba definiendo en etapas y por lo tanto existía un Juez que sería el encargado de conocer de la acusación y de resolver la admisibilidad de ésta y otros

requerimientos fiscales, entre ellos el procedimiento abreviado. En esa línea es que la norma determinaba lo siguiente:

*Artículo 406: **Trámite inicial:** El ministerio público, el querellante, la víctima y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestaran su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditaran el cumplimiento de los requisitos de ley.*

El Ministerio Público y el querellante en su caso, formularan la acusación si no lo hubieren hecho antes y solicitaran la pena a imponer.

Si el Juez estima procedente la solicitud así lo acordará y enviara el asunto a conocimiento del Tribunal de sentencia. (Proyecto de Ley 7594, 1996)

Agotada esa etapa intermedia, de acordarse los requisitos anteriores se dispondría que la causa fuera conocida por la etapa de juicio, para que en este caso conociera del acuerdo del abreviado y dictara la sentencia o bien rechazara el procedimiento, así lo disponía el último de los artículos:

*Artículo 407: **Procedimiento en el Tribunal de juicio:** Recibidas las diligencias el Tribunal dictará sentencia, salvo que de previo estime pertinente oír a las partes y a la víctima en una audiencia oral.*

Al resolver el Tribunal puede rechazar el procedimiento abreviado y en este caso reenviara el asunto para su tramitación ordinaria o dictar la sentencia que corresponda. Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión. Si condena, la pena impuesta no podrá superar la requerida por los acusadores.

La sentencia contendrá los requisitos previstos en este Código, de modo sucinto y será recurrible en Casación. (Proyecto de Ley 7594, 1996, pág. 222 y 223)

Del anterior articulado, incluso previo a referirnos a cómo fue su redacción final, podemos decir que de su simple lectura se extraen varios elementos importantes, podemos notar que este procedimiento no representaba al enjuiciado ningún beneficio, de su lectura se echa de menos la indicación de qué efecto en cuanto a la pena iba a tener este procedimiento para el imputado, y tampoco se dice que las partes iban a poder negociar una pena, ni mucho menos se determina que los acusadores serían los encargados de fijar una pena a imponer.

Otro elemento que logramos extraer es el hecho, que no sólo se le otorga al Ministerio Público la potestad de consentir sobre la aplicación, sino que además esa facultad se extiende al querellante y a la víctima. Y luego al actor civil años después.

Estos dos supuestos, al ser analizados a la luz de los criterios que hemos señalado con anterioridad, reflejan evidentemente, que el proceso abreviado como tal, se planteó como una medida rápida para descongestionar el trabajo judicial, en el marco de la celeridad, y en atención a la incorporación de la víctima al proceso con mayor participación, son esos los criterios que se ven reflejados en las normas de cita, tal y como se plantearon inicialmente.

De seguido, para comprender mejor esto, resaltaremos los puntos más importantes que se originaron en la discusión legislativa con respecto al tema.

g.1 Discusión Legislativa.

En la discusión que entorno a los procedimientos especiales se realizó en la Comisión, se pueden resaltar algunas de las inquietudes y puntos en discordia que se dieron en torno al proceso abreviado.

Inicialmente la primera inquietud que ocupó a los participantes fue sobre la denominación que se le debería de dar a este tipo de procedimiento, se discutió si se trataba de una especie de “principio de oportunidad”, en el cual el Juez se iba a ocupar de ser el “contralor y determinará si el arreglo es válido o no y acordará la pena”. Más adelante la discusión permitiría señalar que el proceso abreviado, era más bien, una especie de solución alternativa al proceso que atendía a los principios que inspiraban la reforma, en especial “eficiencia, eficacia y equidad”, así como el Garantismo y el descongestionamiento de los Tribunales, que garantizaría el principio de Justicia pronta y cumplida.

Los aspectos más discutidos en forma resumida fueron los siguientes:

- Sobre el tercer párrafo del artículo 405, que determinaba que la aceptación de cargos de uno de los imputados no incidía en los demás, si los hubiera. Sobre este aspecto se alcanzó consenso en el entendido, de que no era necesario de que todos los coimputados quisieran aplicar el proceso abreviado, pudiéndose resolver de manera separada.
- Se discutió a cerca de, según a como estaba diseñado el procedimiento, no se le ofrecía ningún incentivo al imputado. Cuando se entendía que al confesar el imputado buscaba a cambio una reducción de pena y que sobre ello recaería un pacto.
- Se cuestionó si el imputado actuaría solo en dicha negociación, puesto que no se menciona nada con respecto a la Defensa, punto que se resolvió admitiendo lógicamente que antes de que el imputado tomara una decisión al respecto debería de asesorarse con un defensor, como garantía mínima.
- Otro tema, que fue incluso de los más discutidos, fue el tema de si esa solicitud de aplicación de proceso abreviado debería ser unilateral, sea que el imputado decidido a aceptar su responsabilidad penal, le pedía a un Juez que lo condenara, sea que para algunos era innecesario que tuvieran que participar todas las partes procesales. En especial la víctima, puesto

que la pretensión punitiva es del Estado, sea el “disponiendi, y la víctima era muy probable que por su deseo de venganza no quisiera estar de acuerdo. Además esa figura del querellante incomodaba algunos por cuanto la figura del Ministerio Público resultaba suficiente. Se cuestionó que si se trataba de un proceso rápido, tantas partes involucradas haría el proceso complejo.

- Se propuso que el criterio de la víctima y del querellante no fuera vinculante, y que prevaleciera el principio de que el proceso penal esta llamado doctrinariamente a garantizar que la facultad punitiva del Estado se realice siguiendo un mínimo de garantías.
- Se considero que el Juez debía de garantizar que el acuerdo o arreglo entre partes fuera en equidad y en equilibrio, toda vez que el imputado seguía siendo la parte débil, a pesar de que para algunos, ese había sido el error que tenía el anterior proceso, que había caído en la extrema consideración del imputado. Discutiéndose incluso si era viable que la negociación incluyera un rebajo de pena, puesto que se proponía “darle gracias al imputado de otra forma no negociando penas”, apoyados en la doctrina Alemana predominante en aquel momento.
- La posibilidad de que el Juez pueda rechazar el abreviado se discutió además, considerándose que si las partes ya había acordado que ese pacto debía ser respetado, pero se consideró que el Juez finalmente era el que iba a decidir su aplicación o no, independientemente de la negociación, por cuanto podrían darse situaciones en donde el acuerdo no estuviera bien.

Dicha discusión generó que la comisión legislativa emitiera un Dictamen Unánime afirmativo al proyecto, esto el 25 de marzo de 1996. Y en la redacción final en el Decreto de ley el proceso abreviado ocupó el Libro segundo, de

procedimientos especiales, título primero, en los artículos 373 a 375, que es la numeración que ocupa en nuestros días.

Para efectos de analizar, según las inquietudes que analizamos con anterioridad, cual fue la redacción final de estas normas, las vamos a ir transcribiendo.

El primer artículo 373 que es el que se encarga de los criterios de admisibilidad, en su redacción final dice lo siguiente:

Artículo 373. Admisibilidad: En cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- a) El imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento*
- b) El Ministerio Público, el querellante y el actor civil manifiesten su conformidad.*

La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a algunos de ellos. (Proyecto de Ley 7594, 1996)

Tal y como vemos en este artículo prevaleció la redacción original del proyecto, solo se modificó la forma en cómo se redactó el inicio, y hasta la fecha sigue siendo así. Recordemos que sobre este artículo se generaron algunas consideraciones, en especial a si debían o no participar todas las partes otorgando el consentimiento. Vemos como en ese sentido, imperó el derecho de la víctima a participar. Además se dejó conforme a la redacción original la posibilidad de que, en caso de existir coimputados, uno o varios pudieran acordar el procedimiento. Más adelante veremos cómo se reguló el consentimiento de la víctima.

El artículo 374 que se refiere al Trámite inicial, en la redacción final quedó de la siguiente forma:

El Ministerio Público, el querellante y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestarán su deseo de aplicar el

procedimiento abreviado y acreditarán el cumplimiento de los requisitos de ley. El Ministerio Público y el querellante, en su caso, formularán la acusación si no lo han hecho, la cual contendrá una descripción de la conducta atribuida y su calificación jurídica; y solicitarán la pena por imponer. Para tales efectos, el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio.

Se escuchará a la víctima de domicilio conocido, pero su criterio no será vinculante.

Si el tribunal estima procedente la solicitud, así lo acordará y enviará el asunto a conocimiento del tribunal de sentencia. (Proyecto de Ley 7594, 1996)

Este artículo si sufrió algunos cambios importantes, veamos, se agrego el detalle de la acusación, en cuanto a la conducta atribuida y su calificación jurídica. Y se agregó, tal y como fue objeto de discusión, que la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio.

Otro aspecto que surgió también de la discusión al proyecto, fue el tema de la víctima, en el tanto que se determinó que el criterio de ésta no será vinculante. Recordemos que sobre ese detalle, si discutió esencialmente que de acuerdo a la inteligencia del proceso, y al diseño de la nueva percepción de la víctima, su inclusión en el procedimiento abreviado era fundamental, pero prevaleció la posición que defendía que la pretensión punitiva le corresponde al Estado y que la intervención de la víctima podía permear de venganza el otorgamiento de la posibilidad al imputado de acogerse a este procedimiento.

Para efectos de realizar una limpieza conceptual de los anteriores artículos, podemos definir que el acuerdo de la aplicación del proceso abreviado, tal y como está diseñado, es un convenio en el cual las partes intervinientes, lo que acuerdan es la aplicación del procedimiento, es eso lo que el imputado solicita y a los que las demás partes muestran conformidad. Y esto es importante, porque permite decir que el procedimiento como tal no es un derecho del

imputado, tal y como años después de entrar en vigencia el Código bajo estudio, así lo ha resuelto la Sala Casacional y la Sala Constitucional. Pero es lo cierto que esa determinación no debe ir aparejada con la atribución a los acusadores de negociar una pena, porque eso no es parte del convenio. De la lectura de los artículos, podemos decir que lo que se prevé a los acusadores es solicitar la pena por imponer, tal y como lo hacen al finalizar el juicio oral y público si se decantan por pedir condena, pero esa solicitud no implica negocio de pena con el encartado.

Es claro que de la propia discusión legislativa, se desprende claramente que la figura del juzgador no perdía en el proceso abreviado su esencia, sea que la potestad de la fijación de la pena, es un atributo a su competencia que no podrá delegarse, ni mucho menos vincularle pacto al respecto. Sobre esto ampliaremos más adelante cuando analicemos lo que ha ocurrido en la práctica, con respecto al proceso abreviado.

Por último el artículo 407 del proyecto original, que se traslado al artículo 375 contienen una redacción idéntica, recordemos que sobre los aspectos contenidos en dicha norma no se generó mayor discusión en la Comisión. La única diferencia que posee esta norma con la contenida en la actualidad en el código de rito, es a raíz de la reforma que sufrió la figura del recurso de casación y la inclusión del recurso de apelación de sentencia.

Este artículo contiene la indicación dirigida al juzgador, que lo establece una limitación en cuanto a la pena a imponer, sea que la norma determina, que si el Juez condena, la pena impuesta no podrá superar la requerida por los acusadores. Así vemos que la restricción está diseñada para el tope máximo pero no para el mínimo y que la pena a respetar será la pedida por los acusadores, la norma no determina, ni menciona la pena negociada o acordada.

II Capítulo: Determinar y analizar la naturaleza jurídica de la pena en el proceso penal.

a. Concepto y fines de la pena.

El concepto de la pena siempre ha generado discusiones dogmáticas, que se enmarcan principalmente en los cuestionamientos de “por qué y para qué se impone”, siguiendo a Muñoz Conde o según la tendencia de la criminología crítica, para que castigar, a quien castigar y cómo castigar.

Es así como la pena ha merecido diferentes conceptualizaciones, desde su etimología se entiende que “pena” deriva esencialmente del latín “poena” que significa castigo o suplicio.

En el diccionario jurídico, existen varias conceptualizaciones de la pena, como por ejemplo pena administrativa, pena corporal, pena multa, pena principal y accesoria. Como concepto de pena podemos encontrar el siguiente: “Mal que se impone a quienes han cometido un delito. Amenaza contenida en la ley. Sanción prevista por el Derecho Penal que puede ser de reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

Para Muñoz Conde, como concepto formal, podemos entender “*Pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo*” (Muñoz Conde & García Arán, 2008, pág. 46). El propio autor, reconoce que las discusiones sobre la pena, desbordan los límites jurídicos y se extienden a otras ciencias, como la sociología y la Filosofía. Y nos plantea como un ejercicio de comprensión sobre el concepto de la pena, que quien la estudia deberá distinguir tres aspectos: “*su justificación, su sentido y su fin*” (Muñoz Conde & García Arán, 2008, pág. 47).

En esa inteligencia, no explica que: “*La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable*” (Muñoz Conde & García Arán, 2008,

pág. 47). Lo anterior como parte de un mecanismo para sostener la convivencia social. En ese sentido la determina como una “amarga necesidad”.

Ahora bien, para Muñoz Conde esa justificación de la pena no tiene mayor complicación. Lo que ha caracterizado las discusiones, más profundas lo es el sentido y el fin de la sanción, según el autor, tradicionalmente se distingue entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

De previo a reseñar los aspectos más destacados de esas teorías, es menester analizar que ha señalado la doctrina con respecto a la pena en cuanto a su definición, para poder comprender los elementos que componen los diferentes conceptos.

Para Zafaroni la pena está asociada a las teorías del derecho penal, siendo así la pena sería entonces lo que justifica el derecho penal. Así lo explica: *“El derecho penal se ocupa de la interpretación de las leyes penales; estas leyes habilitan poder punitivo, o sea, penas; por ende, la diferencia entre leyes penales y no penales finca en que las primeras habilitan penas.”* (Zaffaroni, 2006, pág. 33). De igual forma, el autor plantea el cuestionarse, *“que es la pena y para qué sirve”*. Tal y como vemos, Zafaroni, distinto a como lo hace Muñoz Conde, no apoya ninguna teoría de positiva de la pena, y señala que todas estas teorías son falsas.

Cuando trata a la teoría positiva de la pena, el autor sintetiza su posición con respecto a esta de la siguiente forma: *“la pena no es un bien para nadie ni un bien para la sociedad, es un hecho, de los tantos que existen y que demuestran lo irracional de la sociedad moderna. [...] La pena como pretendido bien social es uno de los grandes mitos de un ámbito del saber en el que predomina el perjuicio y la ignorancia.”* (Zaffaroni, 2006, pág. 37)

De previo a mencionar las principales teorías que se han desarrollado en la doctrina, resulta conveniente traer a colación parte de la conceptualización que la jurisprudencia costarricense, plantea sobre la pena desde el punto de vista jurídico, el siguiente extracto nos ubica en ese sentido, así han definido la pena,

no sólo los tribunales de apelación de sentencia, sino la Sala Casacional, veamos: *“Es importante indicar que la pena de prisión es la medida represiva más grave de nuestro ordenamiento jurídico. El concepto pena lo ha definido la Real Academia Española como: “Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta” (Real Academia Española. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Buenos Aires. Vigésima segunda edición. Reimpresión especial para Grupo editorial Planeta S.A.I.C. 2001. Tomo 8, pág. 1167). La Sala Constitucional ha entendido la pena como: “la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a ley, por órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de un delito. Esta restricción puede dirigirse a bienes de su pertenencia, a la libertad personal, a la propiedad, entre otros. (Cfr. Sala Constitucional, 2586-93 de las 15:36 horas del 8 de junio, 1993).... Al respecto se señala que un análisis de la pena tiene que incluir (además de los parámetros del artículo 71) -aparte de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad- la finalidad resocializadora que debe tener la pena de prisión, para establecer un parámetro prudencial de la misma, ya que, el Estado costarricense, cuando suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos –artículo 5.6- y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos –artículo 10.3-, aceptó las corrientes de prevención especial positiva, que indican que la pena de prisión debe cumplir una función esencialmente rehabilitadora , lo que también consta en el numeral 51 del Código Penal. Con base en ello, el juzgador no podría desvincularse de tales finalidades a la hora de dimensionar el reproche, pues debe tenerlos en cuenta para individualizar la pena. Por tales razones, al ser la privación de libertad, la más gravosa, debe dársele al condenado la oportunidad, para que, de manera voluntaria decida cambiar de vida y acoplarse a las normas sociales. Si bien es cierto, existen cuestionamientos acerca de si se cumple esa finalidad, también lo es, que, no existen estudios científicos que acrediten sin lugar a dudas, que las penas altas disminuyan la criminalidad”.* (Sentencia: 02103 Expediente: 12-000283-1283-

PE Fecha: 24/10/2014 Hora: 09:33:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.)

En cuanto a las teorías que se han desarrollado con respecto a la pena, podemos citar que en el caso de Muñoz Conde desarrolla tres teorías reconocidas. La primera, se trata de las teorías absolutas, las segundas lo son las teorías relativas y por último las teorías eclécticas o de la Unión.

En cuanto a las teorías absolutas, nos explica que son aquellas que le dan sentido a la pena desde la retribución o sea eliminando el fin. Desde dicha teoría la pena será una consecuencia justa y necesaria del delito cometido. Desarrolla que esta idea de la pena como una venganza o un castigo está estrechamente relacionada a una concepción retribucionista de la pena.

En cuanto a las teorías relativas explica que estas atienden al fin que se busca con la pena. Las divide en las teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general. Estas últimas sea la prevención general le encuentra un fin a la pena precisamente en la intimidación que causa en la generalidad de los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos, por su parte la prevención especial encuentra su fin en que la pena aparta a la persona que ya ha delinquirido de la comisión de delitos futuros. No se explica que esto se cumple a través de la corrección del individuo, de la intimidación que le causa de manera personal la pena o bien a través de su aseguramiento sea apartándolo de la vida social.

Explica Muñoz Conde que por lo irreconciliables que son las dos teorías anteriores se defendió una postura intermedia que procurara conciliar lo mejor de estas dos teorías, que se ocuparía de la retribución pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos conocida también como la teoría de la unión. Critica el autor que si bien esta teoría apareció en la historia del derecho penal para tratar de reconciliar a los partidarios de unas y otras, esto desembocó, en lo que él llama un “eclécticismo” que según explica se trata, que en dicho intento no se logró satisfacer totalmente a nadie, señalando: “*retribución y prevención son*

dos polos opuesto de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente” (Muñoz Conde & García Arán, 2008, pág. 49). Explica además que mientras la retribución mira al pasado, hacia el delito cometido, la prevención observa al futuro, a evitar que se vuelva a delinquir.

Sobre las teorías el autor reflexiona que el fracaso de las teorías radica en tener que asignarle a la pena un fin exclusivo, argumentando que la pena es más bien un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, concluyendo que la pena es retribución cuando el legislador prohíbe una conducta amenazando con la pena a quienes la cometan cumpliendo de esta manera una prevención general negativa.

Pero en el supuesto que esa intimidación no surta efecto y se llegue a cometer un delito, a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese delito predominando en ese momento la aplicación de la prevención general positiva máxime en la etapa de ejecución de esa pena impuesta donde los fines que se persiguen es la reeducación y socialización del delincuente o su aseguramiento. Menciona además que como parte de esa prevención general positiva está que la pena demuestre de algún modo la superioridad de la norma jurídica y los valores que representa, logrando así restablecer o fortalecer la confianza de los ciudadanos en el derecho.

Conviene analizar que con respecto a las teorías de la pena el doctor Zaffaroni, desarrolla un discurso bastante crítico de las teorías que legitiman la pena. Al respecto inicia señalando que en cuanto a las teorías positivas de la pena, aquellas que se enfocan en determinar que la pena cumple una función de bien para la sociedad, el autor disiente de dicha posición y señala: *“La pena como pretendido bien social es uno de los grandes mitos de un ámbito del saber en el que predomina el perjuicio y la ignorancia.”* (Zaffaroni, 2006, pág. 37)

Por su parte realiza una esquema, en el cual cita que dentro de las teorías positivas de la pena, se ubican las absolutas, una pena vista como venganza. Y las relativas, que le vienen a asignar a la pena funciones prácticas y verificables.

Estas teorías a su vez se dividen en dos grupos, según nos explica Zaffaroni, las primeras son las teorías de la prevención general, que ubican a la pena como un mensaje a la colectividad, van dirigidas a aquellos que no han delinquido.

Las teorías de la prevención general, según el autor, se desarrollan o subdividen a su vez en positivas y negativas. Estas últimas tienen como propósito atemorizar a la población vulnerable. Y las primeras buscan mantener la fidelidad al derecho.

Ahora bien, el otro grupo lo ocupan las teorías de prevención especial, que tienen al individuo como destinatario. Y poseen, al igual que las anteriores, una subdivisión, en positivas y negativas. Las positivas, las serán aquellas que se dirigen al tratamiento o socialización del procesado, y las negativas, buscan contrario a ello, la eliminación física su neutralización.

Vamos a analizar seguidamente, como este concepto de la pena ha recibido un tratamiento desde la perspectiva crítica bajo el tamiz de la criminología.

En nuestro Código penal se reconocen como penas principales de conformidad con el artículo 50, las siguientes: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación. Y como accesorias: inhabilitación especial. Y además debemos destacar que con la reforma al Código penal en el 2002 se agregó la prestación de servicios de utilidad pública (artículo 56 bis). Así mismo con la ley de penalización de la violencia contra las mujeres se integraron otras modalidades de sanción tales como la detención los fines de semana, la prestación de servicios de utilidad pública y el cumplimiento de instrucciones, entre otras.

Es importante para efectos de este estudio, señalar las disposiciones que sobre este instituto se han definido en los instrumentos internacionales, que tienen relación con Costa Rica.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, en el artículo 10 hace alusión a una serie de presupuestos relacionados con los privados de libertad, en especial con el trato justo y humano, haciendo prevalecer el respeto

el respeto a la Dignidad Humana y establece hacia el sistema penitenciario una serie de pautas, sobre la administración penitenciaria. Concretamente en el punto 10. 3 define que: *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes serán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”*

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), en su artículo 5 dispone: *“5... 6. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*

Debemos destacar que la Constitución Política, a diferencia de algunas otras regulaciones en otros países, no establece con claridad la finalidad de la pena de prisión, razón por la cual en nuestro medio y dado el principio de convencionalidad, la Sala Constitucional se ha encargado de darle a los instrumentos internacionales la prevalencia que tienen con respecto a nuestro régimen interno, para que sean respetados en la administración de justicia y en la administración penitenciar con respecto al tema de la sanción. Y además otorgarle a la pena el fin rehabilitador, resocializador, que asegura la reinserción del privado de libertad. Al respecto se pueden consultar los votos 02313-1995,10543-01, 05244-2002, 2586-93, 6829-93, 00672-97, 10543-2001.

b. La pena desde la perspectiva de la criminología crítica.

b.1 Derecho Penal, Pena y Garantismo.

Para hablar de la pena desde una perspectiva crítica es necesario, de previo mencionar algunos conceptos, principalmente Derecho Penal, Control Social, Garantismo y por último hablar de la pena. Pero antes, en un ejercicio que el Tratadista Zaffaroni enmarca como *"horizonte de proyección y sistema de comprensión"* (Zaffaroni, 2006), no podríamos deslindar estas

conceptualizaciones, de nuestro sistema político (costarricense), tal y como le hemos hecho con anterioridad, en el entendido que la construcción de las leyes y del derecho en general, se determina en el marco del sistema democrático, en nuestro caso. Que reconoce el orden constitucional y la legislación internacional en los diferentes instrumentos debidamente ratificados, y por ende el respeto de garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos costarricenses.

Para llegar a lo anterior, es importante analizar como la doctrina se ha pronunciado en cuanto al tema de la sanción, en este caso el tratadista Ferrajoli, en sus aportes sobre el Garantismo y Derecho penal, y otros autores, como David Garland, en cuanto a las perspectivas sociológicas sobre el castigo. En la forma en cómo los autores han desarrollado sus tesis de estudio y han realizado una conceptualización, que permite una mejor comprensión.

El tema de la pena en cualquier estudio, siempre será controversial, ya que como veremos un poco más adelante, incluso el mismo Doctor Ferrajoli, hace una interpretación sobre la democracia y *"la voluntad de las mayorías"*, y señala textualmente: *"Si el significado de "democracia" equivaliese a "voluntad de la mayoría", quedaría ciertamente excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal."* (Ferrajoli L. , pág. 196). Citamos esto, para contextualizar, que el tema sobre un Derecho Penal desarrollado en el marco de un Estado Social de Derecho, cuyas bases lo sean el respeto a la dignidad humana y a las garantías reconocidas constitucionalmente, en donde el "hombre" sea visto como sujeto de derechos; y la sociedad y el Estado reconocidos como actores de la construcción del control social y de políticas estructurales, constituye necesariamente un tema poco atractivo y popular, que en el imaginario colectivo, permeado del discurso represivo e inmerso en la sensación de inseguridad, siempre será recibido con recelo.

Y en ese desarrollo, vale la pena referenciar el concepto de la pena (castigo), toda vez que ésta debe asociarse al Derecho Penal y

consecuentemente al tema del Garantismo, por cuanto es la "pena" la que legitima y le da sentido al primero. Tal y como veremos más adelante.

Ahora bien, como esta construcción conceptual no se acaba en un simple estudio del Derecho Penal, del control social, ni del mismo Garantismo, porque no se podría obviar que existe un trasfondo, relacionado con el tema de la pena, mismo que es conveniente incorporar en este estudio como manifestación de castigo y manifestación de poder punitivo, esto cuando analizamos que en el caso de los procesos penales, las consecuencias que produce una sentencia en esta materia, en especial aquellas sentencias que finquen sobre una conducta del infractor (desviado como suele llamársele) una responsabilidad penal, y le reprochen por medio de una sanción esa conducta, máxime cuando esa sanción es producto de un juicio expedito o bien de un convenio en el cual el procesado renuncia al juicio.

Necesariamente la imposición de una pena conlleva para quien la sufre una modificación sustancial en su vida y en su entorno de magnitudes inimaginables. Y consecuentemente si consideramos al sujeto como persona merecedora de derechos y deberes civiles, sociales y políticos, su afectación con la sentencia, origina un trastorno a la sociedad y una responsabilidad para el Estado, que ha decidido como mecanismo de sanción, la reclusión o el encierro, este es otro aspecto que incide notoriamente en el pensamiento colectivo, para que la prisión sea considerada la única opción posible para muchos. Pues el Estado apunta a ella como solución y no ofrece ni promueve otra alternativa, con el agravante que tampoco invierte, ni política, ni económicamente en el sistema carcelario como para disminuir sus efectos nocivos.

Del estudio de la doctrina, así como de la jurisprudencia, en este caso del voto 1739-92 de la Sala Constitucional en nuestro país y colocarla a la luz de los principios expuestos por los autores. Toda vez que para hablar de Garantismo y principalmente en el tema penal, es menester traer a colación ese

pronunciamiento jurisprudencial, que constituye hoy en día, el instructivo para el análisis y estudio del debido proceso y sus principios, como una garantía procesal, tal y como se ha referido en capítulos anteriores.

Como parte de la delimitación conceptual, podríamos comenzar señalando que nuestro país se caracteriza por ser un Estado Democrático, que reconoce el orden constitucional, lo que significa que en su jerarquía de normas la Constitución Política es suprema y el resto del ordenamiento está supeditado a lo consagrado en ella.

Otra característica elemental para el sistema del Estado de derecho, es parafraseando a Francisco Muñoz Conde, que el Estado se caracteriza por cuatro principios básicos a) El Imperio de la Ley, b) División de Poderes, c) Legalidad en la actuación administrativa, y d) La garantía de derechos y libertades fundamentales. (Muñoz Conde) En donde el ciudadano es sujeto de derechos fundamentales y se le ofrece el goce y disfrute de estos derechos. Un sujeto al cual se le garantiza, bajo el principio de legalidad que solo será objeto de una sanción penal, por una conducta que haya sido declarada delito, a la cual se le haya representado una sanción y que su culpabilidad se declare por medio de una sentencia firme, producto de un juicio justo, en el cual el Estado haya sido capaz de derribar el principio de inocencia que lo cubrió durante todo el proceso. Con la garantía del ejercicio pleno de sus derechos procesales y las garantías de defensa, técnica y material. Y por sobre todo, merecedor de una sanción acorde con sus condiciones personales, siempre bajo la garantía de su dignidad y de la responsabilidad del Estado en velar por las condiciones de la ejecución del castigo.

Estos criterios se recogen en la jurisprudencia nacional citada y en muchos otros pronunciamientos de la misma Sala y de Tribunales en el área penal, mismos que se han sido objeto de estudio por los juristas, lo que ha generado doctrina abundante al respecto.

Como muestra de ellos podremos citar al Dr. Luigi Ferrajoli, concretamente en lo que plantea sobre Garantismo y Derecho Penal. Tal y como lo explica el autor, existe correspondencia entre "Garantismo" y "derecho penal mínimo" y señala además que es en el derecho penal en donde el tema del Garantismo "se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica" (Ferrajoli L.)Y que es precisamente esto lo que ha permitido establecer que estos términos sean sinónimos porque ambos "designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva" (Ferrajoli L.).

Al reconocer que la construcción del delito es una consecuencia derivada del poder punitivo, Ferrajoli nos plantea, que en lo que respecta al delito, las garantías que permiten contrarrestar dicho poder, lo son las "garantías penales sustanciales" y las "garantías procesales y orgánicas". Las primeras, nos explica, son las que están relacionadas al principio de legalidad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Y que las segundas, están relacionadas al proceso en sí, destacando, la contrariedad, el principio acusatorio, la presunción de inocencia, el principio de Juez natural, la carga de la prueba, la publicidad del juicio, la independencia judicial entre otras.

En esta misma línea, la referida Jurisprudencia nacional de cita, concuerda a cabalidad con el reconocimiento de estas garantías, cuando señala:

"En resumen, el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos: a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) el del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal -procesal-; y c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido

como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución."
(#1739-92 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.)

Y esta misma resolución, realizando un análisis de varias normas constitucionales (artículo 39, 41, 27 entre otros) reconoce que el:

"derecho general a la justicia" como el "derecho general a la legalidad", (apartes A) y B) infra) no constituyen elementos propiamente dichos del debido proceso sino más bien condiciones generales previas, propias de la concepción más amplia de la administración de justicia en un Estado democrático de derecho"

Volviendo al texto del Doctor Ferrajoli, el autor plantea tres tesis, la primera la define como *"Garantismo y justificación externa del derecho penal"*, la segunda *"Garantismo y legitimación de la jurisdicción penal"* y la tercera como *"Garantismo como filosofía política y como teoría crítica del derecho"* y aborda además su postura acerca de la "cuestión criminal y la cuestión penal en la actualidad", finalizando con dos preguntas, "qué castigar: la despenalización y "cómo castigar: la desprionalización".

En la primera de sus tesis el autor, establece que las garantías como fuente de justificación externa del derecho penal, partiendo de que se reconoce al derecho penal como ejercicio de poder, que debe ser limitado, en procura de evitar las reacciones de ofensa, desde dos perspectivas, que el Derecho penal reduzca o minimice la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad, encargándose de los delitos que afectan con su violencia a las víctimas y además

la violencia que genera formalmente la reacción del Estado frente al infractor, garantizando la aplicación de un proceso justo.

Queda muy claro, que en el delito, existe una víctima, que figura como la parte débil. Pero que en el proceso que el delito origina, la parte débil lo será el infractor. Se reconoce a la sanción como violencia del Estado, y como tal, como toda violencia merece ser controlada. Ante este supuesto se justifica que el Derecho penal sea de mínima intervención, que se limite a reaccionar ante lo efectivamente necesario. Para ilustrar lo dicho hasta aquí, vale señalar que:

"Las garantías, en efecto -todas las garantías, desde las penales de la taxatividad, materialidad, lesividad y culpabilidad hasta las procesales de la presunción de inocencia y del contradictorio-, no son más que las técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva; es decir a reducir lo más posible la esfera de delitos, los espacios de arbitrio judicial y la afectividad de las penas." (Ferrajoli L. , pág. 195).

Esta perspectiva es la que permitiría, según Ferrajoli, la respuesta en positivo de la pregunta clásica de *"si y por qué castigar"* y otras preguntas más específicas tales como: *"cuando y como prohibir; cuando y como castigar; cuando y como juzgar. (Ferrajoli L.)"*

En el desarrollo del texto, Ferrajoli, menciona como su segunda teoría, sobre el Garantismo y su innegable relación con la legitimación de la jurisdicción penal. Ya en líneas arriba mencione, que en este apartado el autor, nos cuestiona sobre la legitimación de ese poder punitivo y lo contrapone al tema del fundamento democrático de dicho poder. Y se logra interpretar que el autor plantea, que la democracia, como voluntad de mayorías, en su acepción puramente política, impediría hablar de un derecho penal garantista. Lo anterior

por cuanto dichas mayorías tendría la potestad de definir sobre el destino de las minorías, que son las que están relacionadas al delito.

En un correcto sentido, es menor la población que figura como infractores del derecho penal, al tiempo que las mayorías se decantarán por defenderse de la amenaza que representa ese a quien suele llamarse “desviado”. Y es de entender, dicha posición del autor, porque cuenta con un respaldo dictado por las reglas de la experiencia, es difícil que al contraponer una víctima, de un homicidio, por ejemplo, difundido por los medios de prensa, que digamos se trate de una niña o niño, frente a su victimario, pensemos que sea quizás el propio padre. De dicha confrontación, a la luz de la voluntad de las mayorías, es de esperarse que casi el cien por ciento de quienes tuvieran la posibilidad de elegir, pediría la pena de prisión como mínimo y de muerte para ese infractor sí eso fuera permitido.

Es lo esperable, porque el crimen entraña malicia y despierta el odio y la aberración; y ante estos sentimientos, es difícil esperar una reacción más objetiva.

En un segundo sentido, el autor plantea el concepto de una democracia constitucional o de derecho, que viene a hacer del derecho penal, un instrumento que limite precisamente, que una mayoría pueda decidir sobre el destino de un individuo. Esta limitación de lo que no es decidible por las mayorías es aquello, según lo refiere el autor, *“que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría”*. (Ferrajoli L.) Entiéndase esto fundamentalmente, como el reconocimiento de la igualdad ante la ley y el reconocimiento de la garantía de los derechos fundamentales. Esta forma de garantías constituye una legitimación externa o política del derecho penal, y además legitimación jurídica y política de las decisiones penales.

Continuando con el análisis de las teorías relacionadas al tema del garantismo y del Derecho penal, como tercera tesis, Ferrajoli, expone el *“garantismo como filosofía política y como teoría crítica del derecho”*. Como doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal, según el autor debemos entender que se trata de una teoría normativa *“sobre el deber ser del derecho penal desde un punto de vista axiológico externo.”* Un derecho penal que defienda los derechos y garantías de todos por igual.

Ahora bien, como teoría jurídica, *“el garantismo es, en cambio, una teoría empírica y al mismo tiempo normativa sobre el deber ser del derecho penal desde el punto de vista jurídico interno de los principios de justicia incorporados en nuestros ordenamientos, y en particular en nuestras constituciones.”* Por lo cual el Dr. Ferrajoli señala y nos invita a reflexionar, que en el sentido dicho, el garantismo es sinónimo de Estado constitucional de derecho.

Ya en su último apartado la lectura del autor, analiza, bajo el concepto de la cuestión, una teoría que titula la *“Cuestión Criminal y cuestión penal en la actualidad”*, reconoce el autor que innegablemente el crimen en la actualidad ha cambiado drásticamente, pero que curiosamente, si bien el delito ha evolucionado de un delito simple a uno complejo y mucho más remunerado, las cárceles siguen estando llenas por sujetos marginados y por violación a delitos de baja monta. El autor invita a replantearse la situación del sistema carcelario, de los sistemas de los delitos y de las penas. Y plantea dos grandes cuestionamientos: *Qué castigar y Cómo Castigar*, estrechamente vinculadas a los lineamientos de un derecho penal de mínima intervención que limite sus arbitrios a los estrictamente indispensable y que estime la necesidad del encierro en la prisión como única medida de sanción posible.

La doctrina analizada, no es la única en esta línea de pensamiento, de igual forma como se genera discusión sobre las teorías del delito y como reprimirlo, también la doctrina se ocupa, en especial desde la academia de

desarrollar discusión sobre la necesidad de un derecho penal, que se plante desde la perspectiva constitucional, tal y como lo hemos analizado. Pero que en la actualidad requiere además, de la integración del estudio sociológico del fenómeno, para ir reconociendo los factores que inciden en el delito.

Para el estudio de la pena, comúnmente se plantea que el castigo se entiende desde dos perspectivas la “penal” y la “filosófica”, que la primera se vincula al cumplimiento de fines formales, como reducción de la criminalidad y detención de los infractores. Y la segunda es un discurso mucho más moral y se plantea si el castigo es justo. Pero desde la perspectiva sociológica estas tradiciones son inadecuadas, según lo plantea Garland, por cuanto el castigo, entraña algo más que cumplimiento de fines y cuestionamientos sobre si es o no justo, porque es un fenómeno en el que interviene muchos factores sociales.

Además, el castigo visto como un simple instrumento, hace que quien observa el castigo, siempre lo verá como poco funcional. Filosofar sobre el castigo, es dejar por fuera muchos factores que realmente son trascendentales cuando hablamos de construcción del delito y la consecuente pena.

Una tercera y más actual tradición de estudio sobre el castigo, es la que Garland llama como la sociología del castigo, que se *“ha propuesto explotar los fundamentos sociales del castigo, explicar las implicaciones de los métodos penales específicos y descubrir las estructuras de acción social y las redes de significado cultural que producen las funciones, formas y efectos del castigo moderno.”* (Garland, 2007, pág. 131)

El análisis de las instituciones que intervienen en torno al castigo, para la sociología es algo mucho más elaborado, las reconoce como actores sociales, y relacionadas a una red social más amplia. El enfoque sociológico lo que propone es una estrecha relación entre lo penal y lo social, para definir unas estrategias y

políticas mucho más efectivas, porque aborda los temas de manera integrar y estructural.

La sociología del castigo, se caracterizara por la reunión de perspectivas mismas que deberán ser analizadas y generaran a su vez discusión. Tales como el castigo y la solidaridad social, esta teoría pretende ver el castigo como un proceso moral, cuya función es preservar esos valores de la sociedad. Se le considera como una institución moral, que desplaza el interpretar al castigo como con un fin en sí mismo. Y que representa una manifestación de conciencia colectiva de una sociedad que al ver su moral afectada reacciona en aras de preservar esos valores. Deja entrever una especie de castigo, que disuada al infractor y que al tiempo le represente a la sociedad un sistema de confianza por la reacción que el Estado muestra contra el infractor, reafirmando el orden moral consensuado.

Plantea Garland además que es erróneo pensar que los sistemas como el derecho y el castigo, reflejen una serie de valores que sean compartidos por toda la sociedad, puesto que es claro que la producción de la ley o del derecho, o el castigo, está circunscrita a unos cuantos y no la sociedad en completo.

Se reconoce que si bien la satisfacción de los intereses de una sociedad y de eso que se llama el colectivo social, no puede ser el único fundamento para la aplicación del castigo, es innegable que en dicho proceso intervienen ese sentimiento social, que el colectivo manifiesta frente al delito.

Retomando ahora al análisis del Derecho Penal, como sistema de control social secundario. Tal y como se menciona líneas arriba, el derecho penal se legitima por la pena, por cuanto su razón de ser radica en la necesidad de regular las conductas humanas dentro del orden social y sancionar con la pena aquellas conductas contrarias a derecho, que por su dañosidad y relevancia social lo merezcan. Claro está que el derecho penal tiene estricta relación con el orden

constitucional, no nos debe sorprender entonces que el delito que ocupa el primer orden en nuestro Código Penal lo sea precisamente el delito de homicidio, ya que según el diseño de los derechos fundamentales constitucionalmente regulados atiende precisamente a considerar la vida humana como de principal jerarquía, como otro ejemplo de concordancia entre ambas disposiciones, es el principio de lesividad y su relación con el artículo 28 de la Constitución política Costarricense, que pretende plantear el ejercicio racional del poder punitivo y la no intromisión del Estado en aquellas conductas que no afecten a terceros.

Por cuanto aquí es necesario reseñar que al devenir la sanción de un poder tan amplio como lo es el poder punitivo, dicho poder debe contar con una limitación, en donde la enunciación de la garantía de legalidad, constituye un contrapeso a dicha potestad de castigar.

De todo lo anterior se deriva la trascendencia de la pena como objeto del presente estudio, toda vez que siguiendo los principios positivos de la sanción penal y a la luz del principio de dignidad humana, la pena debe cumplir un fin. Que en nuestro sistema lo es al menos, en la sana teoría, la rehabilitación y tratamiento del inculcado. Que procura que el condenado reciba del sistema las herramientas que requiere para reincorporarse activamente a la sociedad. Porque la pena no debe ser considerada nunca como una venganza ni individual, ni social. En el entendido que el sujeto prisionizado lo único que pierde es su derecho al libre tránsito, pero que mantiene incólumes sus derechos y deberes legalmente reconocidos.

Es innegable que ante las condiciones actuales de las cárceles de nuestro país, hablar en términos discursivos resulta intrascendente e irresponsable, porque la realidad pone de manifiesto que estamos muy distantes de alcanzar en la práctica lo que por años se ha sostenido en palabras y papeles, podríamos atrevernos a reseñar que si bien, nuestro sistema comparado con los países de la región, cuenta con un mejor perfil, principalmente en cuanto a infraestructura e

integración técnica en el personal penitenciario, es lo cierto que nuestras cárceles hoy en día no son motivo de orgullo. El estado tiene una deuda política muy lamentable con el sistema penitenciario y la percepción que esto deja es precisamente que la población carcelaria, esa comunidad especial, no representa un interés de primer orden.

b.2 La pena como objeto no negocial.

Por ser parte de este estudio la pena como integrante de un convenio, en este caso del proceso especial abreviado, se debe de analizar la pena desde esa perspectiva, sea como objeto negocial.

Para entender lo anterior, es conveniente en un ejercicio integrador del ordenamiento jurídico, analizar la figura del contrato a la luz de la teoría y de los elementos integradores. Podernos definir que un contrato es acuerdo de voluntades que producen un efecto jurídico. En el diccionario jurídico el contrato se define como: *“Acuerdo de varias personas que se establece sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.”* (Goldstein, 2015, pág. 163)

Ahora bien, el contrato posee elementos integradores, para efectos de este estudio, resulta conveniente hablar del objeto, que ocupa esencialidad en la teoría del contrato. Es así como, el objeto de una negociación contractual, se define como la prestación a la que se obliga a cumplir las partes en el convenio, puede ser una conducta humana, obligación de hacer o no hacer; o bien estar relacionado con una cosa que debe darse. Como requisitos del objeto la doctrina y la ley ha definido los siguientes: que debe ser lícito, posible, determinado o determinable, y susceptible de valoración económica.

En esta inteligencia, es preciso definir si a la luz de esta teoría y de acuerdo a las características jurídicas que muestra el convenio del proceso abreviado,

podríamos equiparar las disposiciones legales contenidas para la materia civil, predominantemente en materia contractual, a los que ocurre en la materia penal.

El proceso abreviado, tal y cual está planteado en la legislación costarricense, constituye un acuerdo o convenio entre partes destinado a la concesión de una posibilidad al encartado de abreviar su juicio y como retribución por esa colaboración se le concede una disminución de la pena, que la ley se ha encargado de regular en cuanto a su rango. En dicho acuerdo participan las partes intervinientes en el proceso y una vez que han logrado consenso, este acuerdo se le presenta al Juez para su homologación.

Según esta descripción, podríamos decir que el procedimiento abreviado guarda estrecha relación al contrato civil, véase que incluso las partes fijan un acuerdo, determinan un monto de pena y la figura del Juez es pasiva, no se involucra en esa determinación, sino que al final, sólo homologa los acuerdos. Sea que constata los requisitos de ley.

Ahora bien, si de acuerdo a lo estudiado sobre la pena y sus alcances y a la luz de las condiciones que se exige al objeto en una relación contractual, podríamos señalar que sobre la pena no debe existir acuerdo y que bajo ningún argumento debe ser considerado como bien negocial. Lo anterior, se deriva incluso de la misma interpretación de la ley, por cuanto si se lee con detenimiento la norma procesal que plantea la admisibilidad del procedimiento especial, dicha norma no determina que la pena sea parte del acuerdo, lo que es parte del acuerdo es si los acusadores le otorgan el beneficio al imputado de renunciar al juicio, que ya por sí mismo es un aspecto discutible. Recordemos que en nuestro sistema el juicio es una garantía procesal. Pero antes bien, si el imputado en un ejercicio introspectivo considerara que ha reflexionado sobre su responsabilidad penal y desea librarse del proceso y asumir las consecuencias, esta situación es la única que debe aceptarse por el Ministerio Público y los querellantes si existen.

Esto tiene estrecha relación con la obligación que tiene en nuestro sistema la figura del Juez sentenciador, toda vez que, de manera muy concreta por ejemplo el artículo 24 de nuestro Código Penal, regula la posibilidad al Juez de otorgar una rebaja adicional cuando el delito ha sido cometido en estado de tentativa, aspecto sobre el cual las partes no pueden negociar.

Y de manera general la imposición de la pena es una potestad del Juez, que está regulada en nuestro Código Penal en el artículo 71 y en el Código Procesal Penal, en los artículos 361 inciso c) sobre la individualización de la pena aplicable, como parte de las cuestiones sobre las cuales deberán los jueces deliberar y votar al momento de decidir una sentencia. Y además el artículo 367 que determina que si la sentencia es condenatoria, fijará, con precisión, las penas que correspondan. Quizás para una mejor comprensión del tema sería conveniente que en el artículo 363 que se refiere a los requisitos de la sentencia se incluyera un inciso que, en concordancia con los anteriores, mencionara como un apartado de la sentencia la fundamentación de la pena cuando esta sea condenatoria.

Ya en proceso abreviado el artículo 375 señala expresamente que si el Juez condena, lo que permite interpretar que el Juez también podría absolver, a pesar de la aceptación de cargos del imputado, dice la norma que la pena impuesta no podrá superar la requerida por los acusadores. Pareciera ser que esta norma es clara, y que lo que ha fallado es su interpretación en la práctica, al determinar que lo que hacen los acusadores con la pena es requerirla, sea que no está negociada, si la pena tuviera que ser acordada la norma lo diría expresamente, y si no lo hace debemos interpretar restrictivamente, y concluir que la pena será solo requerida, pudiendo y debiendo el Juez determinarla, contando con la restricción de no poder imponer una pena superior a la pretendida por los acusadores.

Es lo cierto que en un sistema marcadamente acusatorio, la pretensión punitiva la plantea el ente fiscal, ya sabemos que jurisprudencialmente se ha

dicho que no es inconstitucional y atenta con el debido proceso, que el Juez pueda en juicio imponer una pena superior a la pedida por el Ministerio Público. Pero lo que sucede con el proceso abreviado, es que tenemos claro, que entre las partes ha existido un acercamiento y que el imputado esta anuente a colaborar, es precisamente esa condición la que vincula al Juez para imponer una pena que no pueda ser superior a la requerida, pero eso no significa que si el Juez en su ejercicio intelectual, determina que los extremos de pena que se están solicitando no sean los correctos, podría ya sea realizar una audiencia, que la misma norma faculta y aclarar el punto, o bien rechazar el abreviado, porque el Juez es ante todo garante de legalidad.

Se recordamos lo que aconteció en la discusión legislativa, nunca se ahondo en el punto del pacto de pena, ese punto no fue abordado por la comisión, por cuanto la redacción de las normas no hacía referencia a un acuerdo de pena, la redacción original no lo hacía, ni tampoco la tiene expresamente la norma actual, es de un error de interpretación y de aplicación práctica en donde se originó la mal praxis de que los acusadores, no sólo consintieran el abreviado, sino que se dieran la atribución de determinar de previo la pena a imponer, con el agravante de que esta costumbre fue acogida y auspiciada por algunos jueces y Juezas.

Abstraer del convenio del abreviado, la pena a imponer no generaría un estado de incerteza jurídica, al contrario, generaría una limpieza en la contienda mucho más garantista. En el entendido, que los acusadores lo único que le tendrían que permitir al imputado es su renuncia al juicio y se verían en la obligación de fundamentar el porqué de su pretensión punitiva, para que el Juez contando con los argumentos de éstos y además con los ofrecidos por el imputado en su defensa material y de la defensa técnica, a la luz de las condiciones personales y materiales del hecho punible, determine, como es su obligación, con los fundamentos pertinentes de la proporcionalidad y la

razonabilidad la pena a imponer en el caso en particular, que de lógica oscilará dentro de los rebajos que la ley permite.

Si la pena impuesta por el juzgador, no resultara satisfactoria para alguna de las partes, podría acudirse a la vía de la apelación, que sería única y exclusivamente en cuanto a ese extremo, por cuanto el juicio de culpabilidad quedaría en firme.

De esta forma la pena en el proceso abreviado no se vería desnaturalizada y no formaría parte de una negociación, que tal y como veremos más adelante en las jurisprudencias que ilustran la situación real, se ha incluido en convenios en los cuales las pautas al ente acusador no están claramente definidas, e incluso atienden a la subjetividad, con la cual lógicamente por su ubicación en el proceso, como parte interesada, tiene el ente fiscal. Y peor aún cuando esa potestad queda librada al criterio de una parte privada como lo sería un querellante, que entraría en una negociación de la pena, determinando y fijando ésta con el evidente interés personal en el conflicto.

Es muy claro que la pena no debe ser incluida en ningún convenio o acuerdo, la pena es algo sobre lo que no se debe negociar, pero cuanto la parte vencida recibirá a través de ésta la pérdida de un derecho fundamental, y las otras partes a su vez la utilizarían como medida de coacción para que el imputado entre en una negociación. Llegándose incluso en nuestro medio a solicitar y fijar pactos de pena, por penas futuras, por proyecciones punitivas, como los es el caso de la criminalidad organizada, en donde el convenio de pena se basa no en el mínimo establecido en la ley, sino en el extremo máximo, o en la pena que el Ministerio Público, advierte que va a solicitar en un juicio y que da por un hecho que será la pena que se impondrá.

III Capítulo: Las atribuciones y deberes de las figuras procesales, sea Ministerio Público y querellante en la legislación procesal penal de Costa Rica y su papel dentro del procedimiento especial abreviado.

Dentro del proceso penal costarricense, figuran varios sujetos procesales, que tienen vinculación con el estudio directo de la causa y que cumple una función en específico dentro del desarrollo de la investigación. Es claro que las actuaciones de dichos entes no son del todo independientes, puesto que se requieren unos y otros para promover gestiones y resolverlas. En ese sentido denotamos la figura del ente fiscal, que en nuestro medio está constituido en una institución que forma parte del Poder Judicial, pero que posee cierta autonomía administrativa, que se conoce como el Ministerio Público, que se caracteriza por llevar el curso de la acción penal y la pretensión punitiva del Estado.

Como acusadores sobresalen además en el proceso, los querellantes, que actúan adheridos al ente Fiscal en aquellos delitos de acción pública o de acción pública perseguibles a instancia de parte, o bien de manera privada en aquellos delitos que pertenecen a la acción privada; o bien cuando el ente fiscal decide solicitar en el proceso una desestimación o sobreseimiento del proceso, en donde la parte querellante si lo desea puede continuar con el proceso.

Estos dos intervinientes, al ser los encargados de la acusación, tienen relación directa con el proceso abreviado, tal y como lo veremos más adelante.

a. Ministerio Público, atribuciones y deberes en Costa Rica.

Tal y como analizamos en capítulos anteriores, los sistemas procesales tienen su influencia en la figura del Fiscal, recordemos que en el sistema inquisitivo, la figura del Fiscal resultaba el gran extraño y podríamos decir que ni siquiera encajaba en el proceso.

Ahora bien, ya en el sistema acusatorio, en donde la acusación es la base del juicio, la figura del Fiscal se instauró con fuerza y responde a una necesidad del Estado de resolver los conflictos. Podríamos decir que *“en la medida en que la sociedad se fue organizando jurídicamente de un modo más estable y, sobre todo, en la medida que el Estado comenzó a constituir una realidad importante y estable, la venganza personal o la simple acusación privada fueron cediendo terreno.”* (Binder, 2014, pág. 304).

En nuestro medio, con la promulgación del Código Procesal Penal de 1996, la figura del fiscal vendría a ocuparse de la etapa de investigación y de formular la acusación. Siendo uno de los aspectos más destacados de esa reforma.

Con la creación más estable de un Ministerio Público, entran en juego varias cuestiones que analizar. Resulta importante analizar que al ser el ente fiscal un órgano jerárquico los lineamientos y directrices se originan en su cabeza, sea en el Fiscal General. Además ser jerárquico, el Ministerio Público es unitario, por lo cual no es parte de la distribución por competencia, que rige al Poder Judicial. Estas características han generado cuestionamiento, en general de algunos que creen que el Ministerio Público no debería pertenecer al Poder Judicial, por cuanto esto afecta su ejercicio, principalmente si se considera que el jerarca del Ministerio Público es elegido por los Magistrados que integran la Corte Plena y estos a su vez son elegidos por los Diputados de la Asamblea Legislativa, lo que conlleva para algún sector una posible vulneración al principio de independencia de poderes, que caracteriza a un Estado democrático.

Lo anterior alcanza relevancia cuando corresponde analizar las políticas criminales que son desarrolladas por el ente fiscal, toda vez que la influencia y la dependencia con los poderes del estado, podrían influir en la toma de decisiones con respecto a delitos que son cometidos por el propio Estado o sus representantes. Máxime si según como está diseñado dicho ente se rige por otros

principios, considerándose que el principio de imparcialidad, por ejemplo sería exclusivo del juzgador no así del Fiscal.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal, la Fiscalía redactó la Circular N°01-98, que en lo que interesa señaló: *“c. Proceso Abreviado. Las características principales de este proceso son: a) Celeridad, que se concreta en la posibilidad de llegarse a la sentencia, sin necesidad de cumplir con todos los procedimientos ordinarios, y sin la realización de la audiencia oral y pública (juicio). b) Vinculación del Tribunal sentenciador a la pena solicitada por la parte acusadora, estando imposibilitado por disposición legal a imponer una pena superior a ésta. c) Solución de modo consensual, mediante la cual el imputado, su defensor, el querellante y el fiscal busca una solución más ágil dentro del sistema penal.”*

Y en dicha circular se recomendó su aplicación en los siguientes casos: *“1. Casos de flagrancia, o sea asuntos cometidos durante una audiencia oral, o cuando se opera la detención del imputado, mientras ejecuta alguna de las etapas del acto delictivo, o procura el aprovechamiento del objeto material del delito. 2. Delincuencia convencional con montos de pena muy altos: Partiendo de la posibilidad, que tiene el fiscal de negociar el monto de la pena, “...para tales efectos el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio”. 3. Delincuencia no convencional: tomando en consideración esa misma facultad de negociación, este instituto es aplicable a aquellos de delincuencia no convencional, e incluso con fines estratégicos para eventuales investigaciones.*

En la actualidad existen algunas otras circulares, dicho sea ninguna desde 1998 relacionada a crear Política de persecución penal con respecto a los lineamientos para aplicar el proceso abreviado. Esta información esta seleccionada en una página de internet oficial del Ministerio Público en Costa Rica (ministeriopublico.poder-judicial.go.cr), deja ver como después de la circular anterior, en el Ministerio Público se han confeccionado otras Directrices o

Circulares relacionadas con el Proceso abreviado, pero encaminadas al visto bueno de los Fiscales Adjuntos, a la negociación con la defensa y a la lealtad que se espera.

b. El querellante en el proceso penal.

La figura del querellante al igual como sucedió con el Ministerio Público, fue tratada en la reforma del 1996, de la revisión del proyecto de Ley, podemos extraer que en la redacción inicial se plantearon dos tipos de querellantes dentro del proceso, se denominaban querellante exclusivo y querellante adhesivo. Ya en la redacción final la denominación utilizada lo fue de Querellante en delitos de acción privada y querellante en delitos de acción pública, ocupando los mismos artículos que posee en la actualidad.

Esta determinación estaba relacionada a la naturaleza jurídica del delito en el cual participara la víctima a través de su abogado. Es así como al inicio esta figura generó discusión sobre la participación de esta figura en el proceso, los cuestionamientos versaban especialmente sobre si el querellante podría llegar a incidir en la investigación, especialmente entorpeciendo, además que se cuestionaba la objetividad con la cual podría actuar dentro del proceso una figura que representaba los intereses de un ofendido.

Pero es lo cierto que la figura del querellante, se ha mantenido en el proceso penal y actúa en conjunto y por separado del ente Fiscal, en los delitos de acción pública o de acción pública a instancia privada; o bien como querellante privado en los delitos de acción privada.

La regulación existente en el código en cuanto a su participación, es la que ha servido de base para que el Juez, quien es el llamado a hacerlo, se encargue de controlar la participación de esta figura procesal. En especial sobre su

legitimación en el proceso, bajo el análisis de la legitimidad *ad procesum* y la legitimidad *ad causam*.

También es importante apuntar, que del querellante en el procedimiento abreviado, la norma no distingue la forma en cómo el querellante deberá participar en dicho procedimiento, sea que sólo determina que el querellante y luego el actor civil, deberán mostrar su conformidad para la aplicación de este procedimiento.

Lo preocupante es el tema de la imposición de la pena, porque en este aspecto, es esencial reconocer que la pena es un instituto que atiende a un interés público, es ejercicio de potestad punitiva. Pero debemos señalar que la participación de la víctima a través de esta modalidad, en alguna medida, se pensó con la finalidad de salvaguardar aquellos casos en los cuales la mala praxis fiscal, no impidiera que una víctima pudiera recurrir a la ley en procura de su reproche.

Al respecto de la pena como venganza en el proceso perfeccionada o garantizada con la figura del querellante, Alberto Binder señala que esto resulta un mito que tiene origen histórico y lo relaciona con los Códigos italianos de 1913 y 1930. Asegura además que la víctima fundamentalmente busca en el proceso una reparación de índole económico.

Por su parte la definición que el diccionario jurídico nos da sobre el querellante, resulta simple, se entiende como *“persona que entabla una querrela o acción penal”* (Goldstein, 2015, pág. 468). La querrela se define como:

“Forma por la que una persona con capacidad civil que se considera particularmente ofendida por un delito de acción pública puede impulsar un proceso penal, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir sobre las decisiones a la que se arriben dentro de éste; en el mismo acto puede también

constituirse en actor civil observando los requerimientos para ambos institutos” (Goldstein, 2015, pág. 467).

IV Capítulo: El Procedimiento Especial abreviado en Costa Rica y la participación del Juez sentenciador en este.

a. El procedimiento especial abreviado, concepto, partes procesales y regulación en Costa Rica. Análisis jurisprudencial.

Lo analizado hasta este momento no lleva indefectiblemente a tener que analizar lo que ha ocurrido en la práctica con respecto al Proceso Abreviado en nuestro país. Para efectos de una mejor definición ideológica al respecto, debemos reconocer que del análisis de las jurisprudencias relevantes que se han emitido tanto de la Sala Tercera, máximo órgano en materia penal y de los Tribunales de Casación (antiguos) y los Tribunales de Apelación de sentencia, el análisis ha versado en la vinculación o no del convenio o negociación de las partes involucradas sobre la pena al Tribunal sentenciador. Se ha discutido a cerca de principios como la lealtad procesal e igualdad de armas, que el Juzgador debe de acatar al momento de fijar la pena acordada. Pero no se explota el tema central del presente estudio sobre la improcedencia de darle a la pena las características de un objeto con el cual se pueda negociar.

Iniciemos con los aspectos definitorios de este procedimiento. Recordemos que este instituto comenzó a regir en nuestro país a partir de la reforma de 1996, que entró en vigencia en 1998, por lo cual lo conveniente es iniciar con los primeros criterios establecidos en la jurisprudencia en aquellos años, y además referirnos primero a temas de constitucionalidad. Así la Sala Constitucional en un voto del año 2000 recoge los principales fundamentos constitucionales de la aplicación del proceso abreviado. Para efectos de este estudio los vamos a ir resumiendo de la siguiente forma:

1. La Sala se pronunció sobre la constitucionalidad de procedimiento abreviado en la jurisdicción penal (En este sentido, ver sentencias número 4835-98, de las 15:54 horas del 7 de julio; 4864-98, de las 15:27 horas del 8 de julio, 9129-98, de las 17:30 horas del 22 de diciembre, las tres de 1998, y número 2743-99, de las 11:33 horas del 16 de abril de 1999.)
2. Al analizar la naturaleza jurídica de este instituto ha señalado: *Es así como al analizar la naturaleza jurídica de este procedimiento especial consideró que no resulta violatorio de norma o principio constitucional alguno en relación al debido proceso o el derecho de defensa, no obstante que el procedimiento tiene reglas diferentes dada su especial naturaleza -como su denominación lo indica es un procedimiento abreviado- en el cual se dan cabal cumplimiento de las garantías del debido proceso y derecho de defensa, máxime que para su aplicación se requiere contar con el asentimiento (o consentimiento) del imputado, y también se requiere que el Ministerio Público y la víctima estén de acuerdo en su aplicación.* (Jurisprudencia Sala Contitucional #05495, 2000)
3. Como principal característica diferenciadora con el proceso ordinario señaló: *La principal consecuencia y diferencia del procedimiento ordinario es la prescindencia de la celebración del juicio oral y público (debate), a cambio de la posibilidad para el imputado de recibir sanción penal más favorable, puesto que se le puede reducir hasta un tercio por debajo del mínimo legal contemplado en el tipo penal respectivo”* (Jurisprudencia Sala Contitucional #05495, 2000)
4. La renuncia al Juicio según la Sala no representa un quebranto al artículo 39 de la Constitución (juicio de culpabilidad), toda vez que ello no implica *“una aplicación automática de la pena disminuida, dado que el Juez está en la obligación de valorar la prueba a fin de concluir en*

forma irrefutable la culpabilidad del imputado. Asimismo, debe hacerse una aclaración más en relación con este procedimiento, en tanto la aceptación del imputado es respecto de los hechos delictivos acusados, no de su responsabilidad penal: "Asimismo, no hay que perder de vista que el cuerpo normativo en análisis fue cuidadoso al estipular que lo que acepta el encartado es «el hecho» (artículo 373), no su responsabilidad penal, cuya existencia y medida queda a juicio del juzgador, como en cualquier proceso de esta índole" (sentencia número 4864-98). (Jurisprudencia Sala Contitucional #05495, 2000)

5. Sobre la "transacción" refiriéndose a la pena negociada, la Sala asume la posición de verificar que el intercambio no se vea como un pago por una confesión, y al respecto señala: *"Es necesario advertir que no hay vulneración de los derechos del imputado a partir de esa transacción, como podría pensarse en forma inicial al derivarse una condena a partir de una sola confesión, toda vez que esa transacción se hace mediante mecanismos que garantizan la posición del imputado en todo momento y el respeto de los derechos y garantías procesales: "En el marco de esta «transacción» median varios mecanismos garantistas de la posición del imputado, entre ellos, el requisito de procedibilidad del límite abreviado del inciso a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que dispone sobre la admisión del hecho atribuido. Es decir, de la manifestación libre y espontánea sobre los hechos objeto del proceso. Iguales características deberá reunir su consentimiento para la aplicación del procedimiento abreviado. Se trata de una decisión consciente, informada y exenta de coacción de todo tipo. Además, garantiza la posición del encartado la supeditación a decisión jurisdiccional de la admisión de la aplicación del trámite en cuestión." (Sentencia número 4853-98). (Jurisprudencia Sala Contitucional #05495, 2000)*

6. La Sala otorga al Juez, tanto el de la etapa intermedia como al Juez de sentencia, una tarea estricta sobre el análisis de los requisitos de procedibilidad, al respecto señala como primer garantía procesal: *“El primer mecanismo de garantía lo constituye el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 373 del Código Procesal Penal: la admisión del hecho atribuido por parte del imputado y que el Ministerio Público y el querellante -de haberlo en el proceso- estén de acuerdo en su aplicación. Respecto de la admisión de los hechos atribuidos, la Sala ha indicado la forma en que debe verificarse: “[...] la admisión del hecho atribuido se refiere a la manifestación libre y espontánea del imputado sobre los hechos objeto del proceso. Iguales características deberá reunir su consentimiento para la aplicación del procedimiento abreviado. Se trata de una decisión consciente, informada y exenta de coacción de todo tipo.” ((Sentencia número 4853-98). (Jurisprudencia Sala Contitucional #05495, 2000)*
7. Como una segunda garantía establece precisamente la existencia de esas etapas procesales, con jueces distintos que se encargaran cada cual de verificar los requisitos y constatar que la participación de las partes sea en igualdad y respeto, así lo señala: *“La segunda garantía consiste en el control jurisdiccional del trámite en dos etapas: ante el tribunal del procedimiento intermedio –que decide la procedencia de la solicitud de la aplicación del procedimiento abreviado (artículos 317 inciso d), 319 y 374 del Código Procesal Penal), y el tribunal de juicio constituido por un Juez (artículo 96 bis inciso c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial), competente para conocer del procedimiento. Tanto la decisión de admisión como de rechazo del procedimiento debe ser debidamente fundamentada, de manera quien se viere afectado por lo decido pueda hacer valer sus apreciaciones ante la autoridad que deba proseguir con el conocimiento del asunto. En este momento*

corresponde constatar que la aceptación de los hechos y del trámite por el imputado sean libres y conscientes, así como la conveniencia de que el asunto sea resuelto de esa manera, que no se estén tratando de encubrir hechos de mayor gravedad, el momento procesal de la solicitud, etc.” (Jurisprudencia Sala Contitucional #05495, 2000)

8. Y por último la Sala considera que como tercera garantía en este procedimiento, se tiene que la aceptación de cargos del imputado queda blindada para ser utilizada en otra etapa del proceso. Además se menciona que, *“la fuerte supervisión jurisdiccional que rodea el procedimiento abreviado -incluidos los medios de impugnación- es garantía suficiente para descartar ese riesgo”* refiriéndose a la posibilidad de que la condena se base únicamente en la aceptación de cargos. Toda vez que para la Sala: *“Además de que el dicho del encausado debe estar corroborado con otros elementos de convicción -peritajes, testigos, documentos-, que le hacen creíble al criterio del Juez, los que deben ser analizados en su conjunto al momento de fundamentar el fallo condenatorio. Por último, es importante resaltar que la sentencia que dicta el tribunal de juicio no necesariamente tiene que ser condenatoria: "Lejos está el Código de proponer una fórmula inflexible de solución del procedimiento abreviado y, por el contrario, se desprende muy claramente del artículo 375 citado, que podría emitirse otro tipo de decisión. Por ejemplo, en su párrafo tercero indica «Si condena...» formulación evidentemente condicional.” (Sentencia número 4853-98). (Jurisprudencia Sala Contitucional #05495, 2000)*

Del anterior pronunciamiento logramos constatar cuales fueron los aspectos principales que fueron anunciados por la Sala Constitucional con respecto al proceso abreviado. Vemos como la preocupación estribaba esencialmente en las garantías procesales del derecho de abstención, derecho

de defensa y las atribuciones de los jueces en dicho proceso, constatando los requisitos de procedibilidad rigurosamente.

Ahora bien en cuanto a su naturaleza jurídica podemos determinar, con auxilio a la jurisprudencia, que el proceso abreviado, lejos de ser una forma alternativa de resolución de conflicto, es un procedimiento especial, que está regulado en el Código Procesal Penal con una finalidad específica. Así lo informa la jurisprudencia:

“En su caso el abreviado en forma alguna pretende evitar el desarrollo del proceso y menos el dictado de sentencia condenatoria, por el contrario, se trata de un proceso penal especial ubicado en el Libro II del código de rito, denominado “Procedimientos Especiales” (arts. 373 ss., ibid). Por consiguiente no es una alternativa a la justicia o al proceso penal, sino un procedimiento especial cuya normativa constituye un mecanismo simplificador del proceso penal ordinario, y puede concluir con una sentencia condenatoria o absolutoria.”
(Precedente #00877 Tribunal de Casación Penal de San José, 2000)

Un aspecto que se encuentra presente de manera coincidente en los diferentes pronunciamientos de la jurisprudencia y los precedentes estudiados, es precisamente el tema del juicio de culpabilidad, queda erradicada la posibilidad de que la aceptación de cargos del imputado pueda ser considerada una confesión y se mantiene incólume la obligación del Juez de emitir criterio sobre la culpabilidad el enjuiciado, lejos de la aceptación de cargos que haya realizado. Al respecto el precedente de cita señaló: *“Por otra parte, como ya se indicó, la aceptación de cargos negociada por la petición de una pena leve no tiene mayor significado en Costa Rica, porque la condena no puede gravitar sobre la confesión de la culpabilidad sino sobre la demostración de la culpabilidad. Así, el imputado solamente aceptaría un proceso abreviado cuando la solvencia de la prueba torna ocioso el contradictorio; pero en todo caso este proceso especial no*

implica de por sí una condenatoria, pues podría terminar con el dictado de una absolución. Pero todavía podría argumentarse que se perjudica a quien ejerce su derecho al contradictorio, porque la pena en el abreviado puede ser reducida en un tercio por debajo del mínimo.” (Precedente #00877 Tribunal de Casación Penal de San José, 2000)

Ahora bien es sobre la imposición de la pena en donde la jurisprudencia no ha alcanzado consenso, más adelante cuando analicemos la figura del Juez en ese sentido podremos ver cuál es el criterio que en la actualidad se ha unificado en cuanto a este aspecto.

Pero es lo cierto que en un concepto bastante clarificante a efectos de este estudio, del mismo pronunciamiento de cita, haciendo alusión a la pena y a la figura del Ministerio Público, señaló: *“En este sentido el Ministerio Público, en cualquier proceso pero sobre todo en el abreviado por el carácter limitativo de la petición (art. 375, ibid), debe cuantificar la pena necesaria para que el imputado pueda rehacer una vida sin reincidir; **pero corresponde al Juez la fijación definitiva**, bajo las mismas premisas que el fiscal esto es buscando la determinación de la pena necesaria”* (Precedente #00877 Tribunal de Casación Penal de San José, 2000)

La figura del Ministerio Público es fundamental en este engranaje, al respecto ya analizamos su participación, vale mencionar que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los lineamientos que se echan de menos en la participación fiscal, sobre políticas claras de persecución penal sobre la pena y los criterios para determinarla. Así el Tribunal de Casación Penal de San José, actualmente Tribunal de Apelación de Sentencia, señaló:

*“Esta situación ha venido a resultar sumamente cuestionada porque el Ministerio Público no cuenta con reglas claras en cuanto a la aceptación del **procedimiento abreviado** o, en todo caso, a la rebaja del tercio de la pena mínima contemplada en el tipo penal; pues ello*

pareciera, quedar librado a criterios subjetivos del fiscal que concurra a la audiencia donde se conoce de dicha petición o, en todo caso, conforme los criterios del Fiscal Adjunto de turno.” (Precedente #00703 Tribunal de Casación Penal San José, 2006)

Advierte dicho órgano, tal y como debe ser, que la participación del ente fiscal, debe de atender a políticas claras de persecución penal, “*donde se brinden anticipadamente los requisitos o parámetros que permitan la posibilidad de someterse o no, a la aplicación de un procedimiento abreviado. Lo anterior se interpretaría en beneficio del imputado y, por supuesto, del cambio arbitrario de criterios según el fiscal que conozca del procedimiento.*” (Precedente #00703 Tribunal de Casación Penal San José, 2006)

Dichas políticas permitirán definir los procesos en igualdad procesal y conforme a criterios de transparencia previamente acordados. Lo que no impedirá que los criterios puedan cambiar con los años, toda vez que se reconoce que las políticas de persecución son cambiantes por estar relacionadas a condiciones de carácter social y económico que por lo general van a cambiar.

Vamos a desarrollar de seguido los aspectos que la jurisprudencia actual del máximo órgano de la materia penal ha establecido como criterio relevante y unificad, con respecto a la figura del Juez de sentencia en el proceso abreviado.

b. El Juez sentenciador en el procedimiento especial abreviado.

A lo largo de este estudio hemos adelantado algunos aspectos relacionados a la figura del Juez en el proceso abreviado. Tenemos claro que las atribuciones estas divididas en dos etapas. Pero nos corresponde referirnos al Juez de sentencia. Al respecto conviene señalar que el tema de la imposición de la pena en el proceso abreviado, no ha sido un tema calmo.

Esto deriva a que recientemente la Sala Tercera unificara criterio sobre este aspecto, lo cual vamos a analizar de seguido.

El tema en discusión fue la existencia de precedentes contradictorios dictados entre los Tribunales de Apelación de Sentencia y la Sala de Casación Penal, específicamente en cuanto al tema de si el juzgador tiene o no la facultad de disminuir o aumentar las penas acordadas entre las partes mediante el procedimiento especial abreviado. Para resolver el punto se determinó analizar los puntos más importantes, primero la Normativa legal aplicable, sea que el Procedimiento abreviado se encuentra regulado en los numerales 373 a 375 del Código Procesal Penal. Ahora bien como características de este procedimiento que se extraen de estos artículos, determinan que el procedimiento especial se ha dividido básicamente en dos fases.

En la primera, le corresponde al Juez de la etapa intermedia verificar que se cumplan los requisitos formales que establece el artículo 373 del Código Procesal Penal y si estima procedente la solicitud, así lo acordará y enviará el asunto a conocimiento del tribunal de sentencia.

Nos explica la jurisprudencia en estudio que a partir de ese momento se inicia la segunda etapa, en la que le corresponde al Tribunal Penal, con una conformación unipersonal, decidir finalmente sobre la aplicación del procedimiento abreviado, debiendo verificar, no solamente que se cumplan los requisitos formales, entre ellos, que existe un acuerdo entre las partes y, por ende, que este es producto de la voluntad libre del justiciable, sino también valorar que la prueba de cargo resulte suficiente para dictar un fallo condenatorio.

Una vez examinados los precedentes de los Tribunales de apelación y de Casación, se concluyó que existían dos líneas de interpretación, de naturaleza contrapuestas entre sí cuando se trata de resolver lo relativo al examen del acuerdo consensuado establecido entre las partes -incluyendo el tema de la sanción pactada-, del procedimiento abreviado.

Y se resumen las posiciones así:

“1)- el Juzgador no está vedado de imponer una sanción inferior a la fijada en el acuerdo: en líneas generales, esta tesis señala que el pacto de pena acordado por las partes en un procedimiento abreviado no vincula al Juez de Juicio, quien es el encargado de revisar lo consensuado y dictar la resolución correspondiente, en el entendido de que podrá disminuir el mínimo de la pena prevista en el tipo penal hasta en un tercio o incluso más -según algunas determinadas hipótesis-, distinta a la solicitada, si así lo estima necesario”.

(Jurisprudencia #00930 Sala Tercera, 2013)

En dicho sentido se determina que el convenio fija la pena máxima imponible pero que el Juez de juicio puede reducirla hasta un tercio por debajo del mínimo previsto en el tipo penal y que al Juez lo incumbe el tope máximo no el mínimo, el cual está legitimado para imponer.

Como segunda posición se destaca: *“2)- el Juez de Juicio debe respetar el acuerdo de pena fijado por las partes, sin posibilidad de aumentar o disminuir la sanción solicitada: es decir, el Juez debe respetar y aplicar la pena fijada en un procedimiento abreviado por ser la misma el producto de un acto consensuado entre las partes que la negociaron en los términos que constan en las diligencias.”* (Jurisprudencia #00930 Sala Tercera, 2013).

Esencialmente esta postura, nos explica la Sala Tercera, defiende el pacto entre las partes, el principio de igualdad de armas y que el Juez no puede por prohibición legal imponer una pena menor a la pactada porque no fue un aspecto discutido, sólo admite el caso de la tentativa, o cuando exista discusión en cuanto al monto a imponer y eso sea expuesto ante el Tribunal. Y en ese sentido señala: *“No puede el Juez aplicar unilateralmente un extremo que no se discutió, que no se solicitó previamente, pues tal decisión conculcaría los principios de igualdad*

de armas, el contradictorio y la lealtad procesal" (Jurisprudencia #00930 Sala Tercera, 2013)...

Por su parte en cuanto a la postura asumida por la Sala en ese sentido, nos explica la resolución de cita que:

"Esta Sala, en diversos pronunciamientos, como regla general ha indicado que el tribunal debe respetar el acuerdo sobre la pena fijado por las partes, en un procedimiento abreviado, mientras se mantenga dentro de los límites establecidos por el legislador, salvo que los jueces estimen que el quantum pactado resulte desproporcionado en consideración a las circunstancias especiales del caso, conforme a lo preceptuado en el numeral 71 del Código Penal, supuesto en el cual se podría incluso imponer una pena menor a la consensuada por las partes, siempre que los jueces expresen en sentencia en forma clara y precisa, los fundamentos de su decisión, señalando las razones particulares que justifican la aplicación de una pena menos grave que aquella que las partes establecieron como válida para el caso en concreto -cfr. la sentencia 546-1998, de las 9:10 horas, del 12 de junio de 1998-. (Jurisprudencia #00930 Sala Tercera, 2013)

Cita además del anterior otros pronunciamientos en los que se mantuvo esta posición y se adiciona sobre el carácter contralor de legalidad aplicable a los juzgadores, en cuanto a la fijación de la pena, en el sentido de que deben velar porque los acuerdos se establezcan según la correcta calificación jurídica y dentro de los límites legalmente permitidos. Pero se mantiene el respeto por el acuerdo previo, cuando este se haya realizado conforme a la ley y en resguardo del principio de proporcionalidad.

Nos explica además que en criterios de la Sala de reciente data y cita la resolución N°2012-00374, de las 9:58 horas, del 2 de marzo de 2012, se indicó que:

“la regla que se debe observar respecto a la individualización de la pena en el procedimiento especial abreviado, es el respeto al quantum generado en la venia de los involucrados en la negociación, representando un límite para el juzgador tal fijación”. Es decir, que el Tribunal de Juicio no está obligado -de oficio-, a aplicar el rebajo del tercio cuando la elección consensuada de la pena no conlleva vulneración al principio de proporcionalidad y cuando las partes no incluyeron en el acuerdo el rebajo del tercio de la pena, ni fue solicitado expresamente al Tribunal de Juicio, salvo que, apreciando los parámetros objetivos, subjetivos y normativos contenidos en el numeral 71 del Código Penal, se estime que, según las características del caso, la pena debe reducirse hasta un tercio por debajo del mínimo señalado en el tipo penal aplicado, conforme al principio de proporcionalidad. (Jurisprudencia #00930 Sala Tercera, 2013)

Sobre el caso en particular objeto de estudio ante la Sala, se consideraron los siguientes argumentos, debemos aclarar que la impugnación que se resolvió fue precisamente porque el Tribunal decidió imponer una pena menor a la pactada y el Ministerio Público apeló. Así se argumentó por la Sala al resolver: *“Si el tribunal juzgador considera que la pena acordada es errónea, entonces, lo que debiera es revocar la gestión y devolver el asunto para su tramitación ordinaria, o citar y oír a los interesados para la subsanación del vicio, pero nunca, quebrantar la lealtad procesal de las partes y dictar de oficio una condena no consensuada para la aplicación del abreviado”. (Jurisprudencia #00930 Sala Tercera, 2013)*

Otro aspecto que aborda la resolución de la Sala es el rechazó a la tesis de que el Tribunal puede apartarse del convenio de la pena e imponer otra

inferior, argumentan que el rebajo cabría únicamente si coincide con el convenio. Al respecto pareciera que la Sala interpreta que dentro del convenio puede no estar precisamente la definición de la pena, veamos como lo ejemplariza:

“Verbigracia, el Fiscal y el imputado no se ponen de acuerdo con la pena a imponer (uno pide el extremo mínimo, y el otro su disminución hasta en un tercio) pero consienten se dicte sentencia por la vía abreviada, cumplen con los requisitos debidos, y en esos términos el Juez de garantías admite la propuesta. En este escenario, el tribunal sí estaría facultado para individualizar la pena, según parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, la gravedad de los hechos y la personalidad del partícipe, pudiendo separarse de la pretensión punitiva del Ministerio Público e imponer una pena mínima con rebajo de un tercio.” (Jurisprudencia #00930 Sala Tercera, 2013)

Señala la Sala que en el caso contrario el Tribunal lo que debe es rechazar el abreviado si considera que la pena es ilegítima, excesiva, desproporcional. Se reconoce que la fundamentación de la pena es parte integrante del debido proceso. Pero se mantiene el criterio de que por regla se debe observar respecto a la individualización de la pena en el procedimiento especial abreviado, es el respeto al quantum generado en la venia de los involucrados en la negociación, representando un límite para el juzgador tal fijación y cita un pronunciamiento de la Sala Constitucional como respaldo que señala: *“Se evacua la consulta en el sentido de que la defensa técnica efectiva y el respeto al convenio sobre la pena a imponer en un procedimiento abreviado, son elementos integrantes del debido proceso”* (Voto 5406-99).

Se le reconoce al Ministerio Público su discrecionalidad para pactar los abreviados, conforme a sus políticas de persecución penal, objetivas y transparentes y que el proceso especial por ende no es un derecho del Imputado.

En esta unificación de criterio la Sala, incluso frente a precedentes propios, determina que el criterio predominante es que el tribunal juzgador debe respetar, sin excepción, el convenio de las partes sobre fijación de la pena en el procedimiento abreviado, en caso de que lo apruebe. Y así lo argumenta:

“La razón principal es la observancia de los principios de legalidad, objetividad, defensa del ejercicio de la acción penal, lealtad y buena fe (arts. 1, 6, 16, 127 y 128 del c.p.p). Las disposiciones normativas que regulan el procedimiento especial abreviado son claras. Este no se puede aprobar sin el consentimiento de los interesados (art. 373 c.p.p). De ahí que, si el acuerdo sobre el monto de la pena es un extremo condicionante de la voluntad de las partes para la aplicación del abreviado, es indudable entonces que la condena sorpresiva por un monto menor al convenido violenta la buena fe de los intervinientes” (Jurisprudencia #00930 Sala Tercera, 2013)

Los argumentos de este criterio unificado, incurren en el mismo error de apreciación, en cuanto al espíritu de la ley y la discusión legislativa, que nunca circundó sobre que la pena sería negociada. Es errónea además la consideración de la pena como un objeto sobre el cual puede recaer acuerdo, toda vez que, a la luz de los mismos principios que se invocan de igualdad y proporcionalidad, en un convenio como este, por la naturaleza de la pena y sus efectos, y por la disparidad de los acuerdos, sea que se negocia una pena a cambio de una aceptación de cargos y una facilitación al proceso, de ahí que la pena nunca podría ser negociada, el imputado será siempre en esa negociación, la parte débil, con el agravante que no existen tales políticas de persecución penal que legitimen los criterios para negociar.

Máxime si de una adecuada lectura de la norma, queda claro que su redacción y su espíritu, no determinan que en el abreviado la pena forme parte de

los acuerdos, los acusadores solicitaran la pena a imponer, tal y como lo hacen en conclusiones en juicio, de ahí que su determinación sea una facultad exclusiva del Juez sentenciador.

CONCLUSIONES

El proceso especial abreviado se insertó en Costa Rica en la reforma del Código de Procedimientos Penales, en el año 1996, en el contexto de una serie de reformas y cambios en la legislación costarricense. Auspiciando que con su implementación se favoreciera la administración de justicia en el cumplimiento de los principios de celeridad procesal y de justicia pronta y cumplida.

El Poder Judicial para aquel entonces atravesaba una crisis por retardo en la resolución de los procesos, en especial, porque al menos en la materia penal, el procedimiento se había vuelto engorroso y complicado. Al tiempo que se vislumbraba que éste no congeniaba con el nuevo sistema de corte constitucional. Se anunciaba discursos de eficientísimo penal y la mano dura del poder punitivo se requería con cierta urgencia. Al tiempo que la figura de la víctima, perdida en el limbo de un proceso que la hacía permanecer en las sombras, reclamaba presencia, voz y voto en un conflicto que sabía suyo.

Pareciera que esto contado así, no tenga nada que ver con un juicio rápido, pero sí tiene y mucho. Fue en ese contexto en el cual se consideró en la reforma procesal la inclusión de un procedimiento especial, que requería en primer término que el imputado lo solicitara, que aceptara los hechos imputados y que contara con la aprobación de sus acusadores, incluida la víctima. Recordemos que el proyecto de ley en su redacción genuina no incluía ningún beneficio para el imputado por esto. Sea el imputado iba a renunciar al derecho fundamental del juicio, a cambio de nada. Y porqué, precisamente porque el discurso que auspiciaba tal reforma, no atendía a los requerimientos del enjuiciado, nada se dijo nunca de los fines de la pena, de la reducción del poder punitivo, del respeto a la dignidad humana del procesado.

No es de extrañar entonces, que en la actualidad esta sea la realidad que acompaña al proceso especial abreviado, por cuanto desde su espíritu la ley no motivo nunca que este instituto atendiera a la imposición de una pena con alguna perspectiva. Dejando la colaboración del encartado enfocada como un aporte al

sistema judicial en el eficientismo y la celeridad, y no como una conducta de arrepentimiento que mereciera reconocimiento y creara en el enjuiciado una conciencia de su actuar.

Analizada la jurisprudencia relacionada sobre el tema, queda de manifestó la urgencia de reformar los artículos 373, 374 y 375 del Código Procesal Penal, con la intención de reivindicar las características, de ese mal llamado “convenio”, y otorgarle a la pena, como mal inevitable, su verdadero significado, al amparo de la finalidad que nuestra legislación y los instrumentos internacionales le han otorgado. Abstraerla de acuerdo alguno, por cuanto por su naturaleza no puede considerarse como un objeto sobre el cual se pueda negociar.

BIBLIOGRAFIA

Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. (2007). *Derecho Procesal Costarricense Tomo I y II*. San José, CR: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica;. (2007). *Derecho Procesal Costarricense Tomo II*. Costa Rica: Costa Rica.

Binder, A. (2014). *Introducción al Derecho Procesal Penal Tomo I y II*. San José, CR: Editorial Juridica Continental.

Expediente Legislativo. (1996). *Proyecto de Ley 7594*. Costa Rica.

Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trota.

Ferrajoli, L. Garantías y Derecho Penal. En L. Ferrajoli, *Garantismo, Derecho Penal y jurisdicción* (págs. 192-207).

Garland, D. (2007). *Crimen y Castigo en la modernidad tardía*. Bogota: Siglo del hombre, Editores.

Goldstein, M. (2015). *Consultor Magno: Diccionario Jurídico*. Montevideo: Cadiex Internacional S.A.

Jurisprudencia #00930 Sala Tercera, 11-000373-0622-PE (Sala Tercera 18 de 07 de 2013).

Jurisprudencia Sala Contitucional #05495, 00-002030-0007-CO (Sala Constitucional 04 de 07 de 2000).

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.

Precedente #00703 Tribunal de Casación Penal San José, 06-000479-305-PE (Tribunal de Casación Penal San José 12 de 07 de 2006).

Precedente #00877 Tribunal de Casación Penal de San José, 98-000112-0569-PE (Tribunal de Casación Penal de San José 10 de 11 de 2000).

Proyecto de Ley 7594. (1996).

Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.