

**Evolución de la Dogmática Penal y de la enseñanza del derecho penal
costarricense a la luz de los 60 años de la Revista de Ciencias Jurídicas**

**Evolution of the Costa Rican Criminal Doctrine and of the teaching of the
costarican criminal law in light of the 60 years of the Journal “Revista de
Ciencias Jurídicas”**

Alfredo Chirino Sánchez*

* Catedrático de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Máster y Doctor en Derecho Penal de la Universidad Johann-Wolfgang Goethe de Fráncfort del Meno, República Federal de Alemania. El autor fue Letrado de la Sala de Casación Penal, así como Director de la Escuela Judicial de Costa Rica, Magistrado Suplente, y Juez de Casación Penal y de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Fue Decano de la Facultad de Derecho por espacio de 8 años. Ha sido capacitador en diferentes programas dirigidos a operadores del sector justicia en América Latina y el Caribe, así como asesor en los procesos de reforma penal en diversos países de la región. Sus áreas de investigación son el derecho penal, la política criminal, el derecho a la protección de datos personales y la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho.

Resumen: La Revista de Ciencias Jurídicas ha tenido un papel importantísimo en la transformación de los estudios del derecho en Costa Rica, especialmente en el campo del derecho penal, pues sin ser una revista especializada en este campo, abrió un espacio muy importante para el estudio de temas trascendentales para el desarrollo dogmático y la reorientación de los estudios del derecho penal en el país. Los aportes que se contienen en sus páginas, y que han sido releídos y discutidos en este ensayo, demuestran el valor trascendental que estas investigaciones han tenido para el país. Es evidente que esta revista debe continuar su labor y siga recibiendo aportes de los juristas costarricenses y extranjeros en pro de una crítica constructiva de los caminos a veces incomprensibles de la ciencia del derecho penal.

Palabras clave: Derecho Penal, Evolución Normativa, Crítica, Derecho Penal Especial

Abstract: The Revista de Ciencias Jurídicas has had a very important role in the transformation of legal studies in Costa Rica, especially in the field of criminal law, because without being a specialized magazine in this field, it opened a very important space for the study of topics transcendental for the dogmatic development and reorientation of criminal law studies in the country. The contributions contained in its pages, and which have been reread and discussed in this essay, demonstrate the transcendental value that these investigations have had for the country. It is evident that this magazine must continue its work and continue receiving contributions from Costa Rican and foreign jurists in favor of a constructive criticism of the sometimes incomprehensible paths of the science of criminal law.

Keywords: Criminal Law, Regulatory Evolution, Criticism, Special Criminal Law

INDICE

1. Introducción. 2. Antecedentes históricos de la doctrina penal costarricense. 3. La reflexión filosófica en el derecho penal. 4. La crítica del derecho penal autoritario. 5. Sobre las

instituciones de la Parte General del Código penal. 6. El derecho penal especial y sus problemas. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Hacer un análisis de la evolución de la doctrina penal costarricense por los últimos 60 años nos obliga, al menos en parte, a dar una mirada, aunque sea preliminar, a un panorama histórico muy complejo, que ha sido marcado por diversas transformaciones legislativas, cambios de la interpretación de la ley penal y la influencia de tratados internacionales y de los aportes de la ciencia penal global, que han llevado a nuestra doctrina a un proceso de constante evolución y de adaptación a los desafíos, necesidades y valores de la sociedad costarricense.

Este estudio que ofrecemos hoy, en honor a los 60 años de la Revista de Ciencias Jurídicas (a continuación referida como RCJ), nos ha permitido volver a revisar los trabajos señeros de muchos juristas costarricenses, que a lo largo de sus páginas, presentaron esa evolución de las ideas penales, las cuales, de manera indefectible, llegaron a las aulas universitarias, e influenciaron a muchas generaciones de futuros abogados y abogadas, lo que en definitiva terminó de culminar el proceso de influencia de la ciencia en la praxis de los tribunales del país y en la producción legislativa, quizá en este campo en menor medida.

Se trata, entonces, de un análisis, de un proceso inacabado, pero que sigue adelante, con fuerza, provocando importantes e intensas transformaciones.

En nuestro país, con frecuencia de una manera acrítica, se considera que las transformaciones de la mano de la ciencia penal a la praxis y la legislación no son tan profundas, pero el estudio que a continuación presentamos demuestra como el trabajo de análisis y de estudio que ha

permitido la prolongada existencia de la Revista de Ciencias Jurídicas, ha sido el terreno fértil para el cambio profundo de muchas formas de ver los problemas del derecho penal.

A lo largo de su prolongada vida, la RCJ da un panorama de la evolución de las formas de entender el derecho penal, el despertar por un análisis crítico de las instituciones que conforman ese interesante ámbito de la ciencia jurídica, y como se lleva el pulso de los cambios en la política criminal.

Personalmente este viaje ha significado un querido reencuentro con ese debate y con los pasos que lentamente se han dado para llegar hasta donde estamos. La base de sustentación de ese camino está en una gran cantidad de artículos científicos publicados en la RCJ, la cual, sin ser una revista especializada en derecho penal, contiene en sus anales una impresionante cantidad de trabajos que permiten reconstruir la historia del pensamiento penal reciente de Costa Rica y reafirmar la importancia de esta publicación periódica para nuestro país.

2. Antecedentes históricos de la doctrina penal costarricense

Para comprender eso que llamamos “evolución de la doctrina penal costarricense” es necesario remontarse a los antecedentes históricos¹. Durante muchos años, la legislación penal se basaba en principios autoritarios y punitivos, con un enfoque principalmente retributivo de la pena. Sin embargo, a partir de la década de los años setenta del siglo XX, se produjo un cambio significativo en la concepción del sistema penal.

¹ No nos referiremos aquí a la historia del derecho penal que podría configurarse a partir del Código de Carrillo, y los trabajos posteriores de juristas como Rafael Orozco, José Astúa Aguilar, Salvador Jiménez Blanco y otros, no porque sus aportes fueran menores, o porque los Códigos Penales iluminados por el pensamiento de estos penalistas no tuvieran su papel en la construcción de nuestro actual derecho penal, sino porque este trabajo, por sus restricciones y orientación nos lo impiden. En todo caso, el trabajo aparecido en la Revista de Ciencias Jurídicas, que ilustra la figura y trabajo de José Astúa Aguilar, de la mano de don Francisco Castillo González, es más que elocuente de la contribución de los juristas costarricenses de esa época, y de su preocupación por el derecho penal y sus consecuencias sociales. Cfr. CASTILLO GONZALEZ, Francisco, “José Astúa Aguilar”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 13, 1969, pp. 159-165.

Las reformas penales y procesales iniciadas a partir del año 1970 constituyeron un hito clave en la evolución de la doctrina penal, pues le daría material para una reflexión más intensa sobre los conflictos que exigen la aplicación de una sanción penal, el dato criminológico y las circunstancias de crisis del funcionamiento del sistema penal. Solo en la materia procesal habría un escenario totalmente novedoso de análisis y de construcción dogmática, pues la nueva legislación procesal penal se orientaría hacia la humanización de la justicia y al respeto a los derechos fundamentales de las personas imputadas, con una legislación procesal (de 1973) que promovió un procedimiento penal menos inquisitivo, centrado en los principios de oficialidad, el de verdad real, intermediación, publicidad y comunidad de la prueba y de inviolabilidad de la defensa².

Los tribunales penales empezarían a actuar con el acompañamiento del Ministerio Público que asumiría labores por estas fechas, con una cantidad mayor de agentes fiscales y con un Organismo de Investigación Judicial, creado en 1973, dentro del marco de una amplia reorganización judicial, que trajo una bienvenida separación entre la policía administrativa y la judicial. Es por ello que la variedad de trabajos académicos sobre la materia procesal penal es muy representativa.

En la materia penal sustantiva, los cambios serían acompañados, por un lado, por las transformaciones legislativas que se anunciaban con el Código Penal Tipo para América Latina, y la irrupción de fenómenos delictivos novedosos, para los cuales las antiguas estructuras de los Códigos Penales no estaban listos, como lo eran los delitos de drogas, la criminalidad proveniente de la actividad de las guerrillas urbanas, y algunos otros delitos que manifestaban ya el anquilosamiento de las estructuras típicas³.

Precisamente, el Código Penal Tipo para Latinoamérica fue un esfuerzo por integrar el trabajo de especialistas de nuestro margen cultural, añadiendo también el conocimiento y la

² Tal y como lo analiza Romero Pérez, la contribución de profesores de la Facultad de Derecho y abogados en la reflexión sobre la nueva legislación procesal es notable, él mismo menciona el Número 36 de la Revista de Ciencias Jurídicas, donde se recopilan las ponencias del Congreso Jurídico de 1977. Este número fue publicado en 1978. Cfr. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, Algunas notas acerca del Código Penal de Costa Rica, en: Revista de Ciencias Jurídicas No. 38, 1979, p. 365.

³ ROMERO PÉREZ, Algunas notas, op. cit., p. 321.

experiencia jurídica de otras latitudes. Los grandes pensadores detrás de este esfuerzo científico fueron Sebastián Soler y Luis Jiménez de Asúa⁴. El recordado penalista costarricense, don Guillermo Padilla, asiduo integrante del grupo de expertos que trabajó en dicho Código Tipo, señalaba en la “Exposición de Motivos” del Código Penal de 1970, que la incorporación de la Parte General de esa legislación tipo se hizo de manera armónica para adaptarla a las necesidades de Costa Rica, sin “servilismo” pero reconociendo la importante trascendencia técnica del modelo⁵. En efecto, se trataba de una avanzada “Parte General”, heredera del Proyecto de Código Penal de 1960 (Entwurf 1960), que fuera retomado después en el año de 1962 para la República Federal de Alemania, y contenía muchas de las instituciones importantes de dicha normativa, la cual reflejaba el trepidante escenario de las discusiones dogmáticas alemanas de esa época. Ese escenario puede entenderse adecuadamente si se toma en cuenta la elaboración de un Proyecto Alternativo que presentaron 14 catedráticos de derecho penal, de diversas universidades de los Länder, que apareció en 1966 y que pretendía atender algunas imprecisiones y conceptos nebulosos que traía el Entwurf de 1962. En 1969 aparecería una segunda edición de la “Parte General” del proyecto alternativo (Alternativ-Entwurf) elaborado por los profesores alemanes, en donde se expresa una opinión crítica sobre el modelo impulsado por el Prof. Güde, encargado de los trabajos de la Comisión parlamentaria⁶ que produciría finalmente el Código Penal alemán. Tal nivel de discusión tenía que desembocar, inevitablemente, en un panorama legislativo complejo que abrió paso a la publicación de muchos trabajos científicos sobre ese nuevo Código Penal alemán, que incidirían en otras latitudes. En nuestra región vendría, sin duda, de la mano del acompañamiento que la ciencia española hizo de esta reforma, y de los centros de recepción académica en nuestro margen cultural, principalmente en Argentina.

⁴ Ibid., p. 325.

⁵ PADILLA CASTRO, Guillermo, Exposición de Motivos del Código Penal de Costa Rica, Alcance No. 120 a la Gaceta No. 257 de 15 de noviembre de 1970, Imprenta Nacional del Estado, 1970, p. 7, citado por Romero PEREZ, Algunas Notas, op. cit., p. 325. Padilla, como lo comenta don Walter Antillón, se confesó seguir de la “nueva defensa social” de Marc Ancel, pero con referencias más que evidentes a las propuestas de Von Liszt. Cfr. ANTILLON MONTEALEGRE, Walter, “La Legislación Penal en Costa Rica”, en: Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r17098.pdf> pp. 37-38.

⁶ Cfr. BERISTAIN, Antonio, La reforma del Código Penal alemán, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969, pp. 373-374

La presencia en Costa Rica de don Guillermo Padilla, así como el retorno del Prof. Dr. Francisco Castillo (de grata memoria) de sus estudios en Francia y Alemania en los años setenta, fueron motores indiscutibles de una transformación de los estudios del derecho penal, que tendría un momento de arranque indudable en esos años de formación de nuestro Código Penal, no sólo explicando esas novedosas instituciones que incorporaba, sino también dando el contexto científico en que surgieron. El trabajo de don Francisco Castillo, coronado con su señera obra sobre “Derecho Penal”, concluida apenas unos años antes de su muerte, fue particularmente pionero en la orientación académica de los estudios del derecho penal, y aportaría con su trabajo científico a fijar las bases de la orientación dogmática que venía construyéndose en Costa Rica hasta esos años.

Profesores costarricenses, que también publicaron en las páginas de nuestra querida Revista de Ciencias Jurídicas, como el recordado maestro don Henry Issa El Khoury Jacob, empezarían una segunda parte de esa labor llevando a las aulas universitarias, además de las cumplidas discusiones dogmáticas, una orientación criminológica del análisis del derecho penal, que conectaba ya en los años ochenta del siglo XX con las elaboraciones de la escuela de la criminología crítica, que tendría tantos y tan excelentes cultores en nuestro país. Los trabajos de Ana Isabel Garita, Sonia Navarro, Elías Carranza, Mario Houed, Cecilia Sánchez, Daniel González, Fernando Cruz, Luis Paulino Mora, Mónica Granados, entre otros autores, contribuyeron desde diversas perspectivas a dar una mirada crítica al funcionamiento del sistema penal costarricense, sus disfunciones, sus contradicciones y sus profundas incompatibilidades con la ideología de los derechos humanos, que provocarían, por supuesto, subsiguientes reformas de nuestro sistema penal. Sin embargo, el Código Penal se ha mantenido casi incólume en su “Parte General” y salvo algunos cambios muy puntuales mantiene la línea planteada con la reforma de 1970. La “Parte Especial” del Código Penal, que, si ha sufrido cambios profundos en los últimos 50 años, es un muestrario variopinto de los cambios político-criminales que se han venido produciendo en Costa Rica en la última parte del siglo XX y en estas primeras décadas del siglo XXI.

Esa doctrina de los años setenta del siglo XX, era una respuesta académica al estado espiritual del derecho penal que seguía de alguna manera anquilosado en las miasmas de un ejercicio

del poder penal sin controles suficientes, y con elementos propios de sistemas inquisitivos. El sistema penal costarricense comenzaba a transformarse, salía de épocas donde el castigo penal no se sometía a una sistemática revisión, y donde aún había resabios retributivos, propios de una época penal de profundo autoritarismo.

Como siempre, es en el tema de la pena donde se manifiesta de una manera más patente la problemática más relevante del derecho penal⁷. El Código Penal de 1971 no sería la excepción, y contendría el difícil equilibrio entre penas y medidas de seguridad⁸, entre un derecho penal que ya se notaba iba inclinado a la culpabilidad, pero que mantenía en el derecho de medidas una orientación a la peligrosidad, aun en el caso de personas no inimputables, que manifestaban una especial tendencia hacia la peligrosidad (reincidentes, profesionales, habituales). Esa coexistencia de medidas de seguridad y penas, buena muestra de la raigambre del peligrismo que estaba presente en algunas legislaciones europeas llegó hasta nosotros, y se asentaría en las estructuras del Código Penal, y tendría que esperar hasta la creación de la Sala Constitucional, en el año 1989, para que muchos de sus presupuestos fueran analizados desde la perspectiva de nuestra Carta Magna de 1949, y se diera una relectura al problema de la culpabilidad, especialmente con el importante fallo de esa Sala, el Número 88-92, que sería seguido de algunos otros en la misma tónica.

La permanencia de una cierta axiología autoritaria en nuestra legislación penal no es patrimonio exclusivo de Costa Rica, pero, sin duda, serían las páginas de la Revista de Ciencias Jurídicas la que nos da cumplida nota de las transformaciones del pensamiento, de cómo nuestros juristas penales empezaron a llevar la crítica y el análisis a las aulas universitarias, y cómo empezarían a llegar nuevas corrientes del pensamiento criminológico y político criminal, como el minimalismo, el abolicionismo penal, y el derecho penal de

⁷ Al respecto la Revista de Ciencias Jurídicas contiene importantes aportes al análisis de la pena. Entre los importantes trabajos en la materia, destaca el trabajo del Profesor Edgar Emilio León sobre el concepto de la sanción penal en los Códigos de principios de siglo (1918 y 1924), que como bien lo resalta el autor incorporaron en la ciencia criminal costarricense la idea de la prevención y de la función de la pena. LEON DIAZ, Edgar Emilio, “La Sanción en el Derecho Penal Costarricense. Los Códigos de 1918 y 1924”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 34, 1978, pp. 123-142 disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15759>

⁸ Cfr. SALAZAR, Luis Alonso, “Derecho Penal Preventivo y Peligrismo”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 139, Enero-Abril, 2016, pp. 57-88.

garantías o garantismo penal, que enriquecerían no sólo el acervo académico sino que habría sido el origen de muchos procesos de reforma penal, algunos de ellos infructuosos, como el prolongado trabajo de don Henry Issa El Khoury Jacob en diversas comisiones legislativas, a principios de los años noventa del siglo XX, para dar a Costa Rica un nuevo Código Penal, labor que quedó inconclusa con su muerte, y por la dificultad de posicionar un trabajo de tan largo aliento en la agenda legislativa de nuestros días, preocupada por otros temas y envuelta en circunstancias cada vez más peculiares.

La deriva autoritaria del derecho penal, manifiesta en la legislación y en las construcciones dogmáticas internacionales, es más que evidente, y demuestra la importante necesidad de mantener una preocupación consciente por la “evolución” del pensamiento penal, muy especialmente el que se refleja en las páginas de nuestras revistas jurídicas. La Revista de Ciencias Jurídicas es ciertamente la de historia más larga, y con mayor incidencia, pero otras publicaciones como la extinta Revista de la Asociación de Ciencias Penales⁹, y la Revista de la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, dan buena muestra de la madurez del pensamiento crítico en materia penal, y de la esperanza que aún se puede sostener sobre el futuro posible de nuestra ciencia en Costa Rica.

3. La reflexión filosófica en el derecho penal costarricense

La escogencia de hacer reflexiones de filosofía del derecho es, por supuesto, una opción de los juristas que se dedican a la discusión jurídico-penal. Quienes así lo hacen saben que las relaciones de la filosofía y el derecho penal son permanentes¹⁰, tanto para atender los problemas más arduos de esta ciencia, como el de la pena, pero también para encontrar las

⁹ Recientemente integrada a los publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, bajo la dirección del Dr. Gustavo Chan Mora. A partir del Núm. 2 (33) (14) (2022), esta importante Revista, que fuera dirigida por el Dr. Daniel González Álvarez en sus números históricos, se unió a la Revista de la Maestría de Ciencias Penales, y aparecerá con una numeración triple. Cfr. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

¹⁰ Con un panorama sobre ello, cfr. FERNANDEZ REYES, Pamela, ANAYA RÍOS, Miguel Ángel, ANAYA RÍOS, José Luis, “Filosofía del Derecho Penal en el Sistema Democrático Mexicano”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 142, Enero-Abril 2017, pp. 13-32.

orientaciones ideológicas de muchas de sus componentes. Tal tarea de conexión y de interacción discursiva resulta no sólo complementaria, sino en muchos casos fundante de cambios trascendentales en la forma de comprensión de los fines y la orientación del derecho penal.

Planteamientos tales como el peligrosismo, las teorías absolutas de la pena, pero también el causalismo, el finalismo y el mismo funcionalismo penal contienen trascendentes observaciones provenientes de la filosofía. Tal ocurre, por ejemplo, también, en el campo de la discusión de la acción y de la causalidad en derecho penal.

El querido maestro, el Prof. Henry Issa El Khoury, hace esta vinculación en su ensayo sobre la teoría de la acción en derecho penal¹¹. Don Henry, como le decíamos con cariño los que le conocíamos, aprovechó este trabajo de 1984 para volcar una reflexión al mismo tiempo filosófica como social sobre el sentido de la acción, y su carácter “prejurídico”, que sin duda fue una de las visiones que incluyó en su encendida cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. En suma, una acción típica no es una acción creada por el legislador, sino el descubrimiento de una conducta real, observada en el mundo de la vida. Se trata de una acción en sentido “real”, esto es, a partir de las actuaciones de seres humanos de carne y hueso en el contexto social, que llegan a la tipificación a través de un proceso de valoración de legislador y de “desvalor” a través de la pena¹².

La concepción de la acción como una voluntad orientada con sentido, querida conscientemente y dirigida a una finalidad constituyó un cambio importante en la ciencia del derecho penal, de la mano de los enfrentamientos entre los neohegelianos y los neokantianos, el tema de la acción y, por supuesto, el de la lesión al bien jurídico, implicaría un cambio a la teoría del delito y a sus consecuencias metodológicas¹³.

¹¹ ISSA EL KHOURY JACOB, Henry, “Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción de Hans Welzel”, *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 52, 1984, pp. 83-95.

¹² *Ibid.*, p. 83.

¹³ FERNANDEZ REYES y otros, *op. cit.*, p. 22.

El artículo de don Henry nos enrumba por el camino de la superación del antiguo dogma “causal” para proponer un sistema de interpretación de la acción que supera los constreñimientos de una visión de mera voluntariedad de la acción, para incorporar una “acción vidente”, esto es, una acción con fines, donde la voluntad y conocimiento forman un binomio que por fuerza de separarlo se cree independientes o disociadas, pero que constituyen, de suyo, una unidad: la realidad de la psique humana orientada a la consecución de un fin¹⁴.

La discusión sobre el dogma causal, y su forma aséptica de describir una conducta, constituía en este año de 1984, paradójicamente, una parte importante de la elaboración científica en el derecho penal en Costa Rica, aun cuando para esa misma década ese debate entre causalistas y finalistas ya estaba abiertamente superado en otras latitudes. Este ensayo es, pues, una invitación a abandonar esa estéril discusión, y abría la puerta a observar la riqueza de un acercamiento a la acción humana, como una acción vidente, esto es, como una acción que predefinía sus objetivos, acomodaba los medios para la consecución y calculaba las consecuencias de su emprendimiento.

El artículo de don Henry toma decidida posición contra el causalismo más recalcitrante de la acción como inervación muscular y también contra los matices del mismo asumidos por autores como Jürgen Baumann que lo observan como un proceso causal dirigido por la voluntad. La idea de una acción como un proceso “vidente” lleva al Prof. Issa El Khoury a criticar los esfuerzos del causalismo y de las teorías posteriores (de la causalidad adecuada, de la causalidad eficiente, de la causalidad próxima, de la *conditio sine qua non*, de las series causales) como teorías estériles, como intentos de resolver los entuertos del análisis de la responsabilidad que se producen por la intromisión de acciones, en el sentido moderno del término, que interrumpen, sustituyen o aceleran un determinado resultado.

Don Henry nos adelanta a la discusión moderna sobre las teorías de la imputación, la cual él solo pudo trabajar tardíamente debido a su deceso demasiado temprano, que nos dejó sin la posibilidad de recibir un análisis detallado del problema, que en mi caso personal sabía le

¹⁴ Ibid., p. 86.

causaba preocupación por la recepción acrítica que ciertas teorías tenían en la jurisprudencia nacional.

La cuestión del análisis biocibernético de la acción, la traslación del dolo al tipo, y la reconstrucción normativa de la reprochabilidad, además del compromiso del legislador con la descripción precisa y delimitada de la acción que quiere prohibir son consecuencias directas de la aceptación de este concepto final de acción, acerca del cual se pronuncia en favor nuestro querido maestro.

El tema de la acción como un comportamiento humano con sentido, entre tanto, se ha asentado bien en la discusión costarricense y hoy no parece sorprender a nadie seguir una delimitación de la tipicidad en objetiva y subjetiva, y que en el análisis de la tipicidad tenga un papel primordial el examen del contenido de dolo o culpa que pueda atribuirse a la acción, según el tipo penal del que se trate.

Sería tema de otros debates, la cuestión del error y su incidencia en el análisis del comportamiento penalmente relevante. No obstante, es evidente que la doctrina nacional maduró el concepto y hoy resulta pacífico en la doctrina nacional y en la jurisprudencia que el análisis del dolo y de la culpa ya no forma parte del estudio de la culpabilidad penal.

Así como hubo un planteamiento sobre la acción, el Prof. Luis Alonso Salazar escribe un ensayo sobre el delito de omisión¹⁵. Los problemas de la omisión desde una perspectiva de su enfoque óntico-ontológico ofrecen un conjunto de problemas que deben ser discutidos pues no ha faltado quien señale un rompimiento con los requisitos de legalidad en la así denominada omisión impropia, construida a partir de una conducta que es castigada por hacer distinto a lo que la instrucción normativa impone. El problema de legalidad se dice se produce porque tales omisiones impropias no están expresamente tipificadas por el derecho

¹⁵ SALAZAR RODRIGUEZ, Luis Alonso, “La imputación de resultados de lesión y/o peligro a supuestos de delitos de omisión en materia penal. Especial referencia a la hipótesis de la denominada “Delitos de Omisión Impropia”. Un análisis a la luz de la legislación penal costarricense, en: Revista de Ciencias Jurídicas No. 107, mayo-agosto 2005, pp. 11-32, disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9702/9148>

penal, sino que surgen por vía de la interpretación judicial de los deberes de evitación, aplicando en tales supuestos un tipo activo de resultado.

La comisión por omisión existe un vínculo no de causación sino de evitación, donde una persona se erige en posición de garante de los bienes jurídicos de otra y donde a partir de ese vínculo habría necesidad de una tutela penal ante las conductas que se desvían de la expectativa normativa de protección.

Así, el ámbito de interés del derecho penal no se agota exclusivamente en las acciones “activas”, en tanto causantes de cambios en el mundo de la vida, sino que incluyen también las acciones que implican la no realización de las conductas mandadas por una norma preceptiva.

El cumplimiento de deberes proveniente de estas normas preceptivas es una exigencia propia de nuestra relación de personas en una organización social. En el caso de la omisión impropia es posible construir, a partir de ese nexo de evitación y la existencia de una posición de garante, la posibilidad de imputar un resultado antijurídico. En esto nuestro artículo 18 del Código Penal establece ese requisito indispensable para construir esta particular forma de responsabilidad penal cuando establece la responsabilidad penal a partir de la no evitación de un resultado que debía haberse evitado (hacer distinto a lo mandado). Aquí observa el Prof. Salazar una posible transgresión al principio de igualdad y al principio de garantía procedente del derecho penal de acto.

Al respecto de este problema, sostiene el Prof. Salazar, que la construcción de un fundamento para la comisión por omisión a partir de los verbos típicos de la Parte Especial resultaría insustancial. Propone una correcta acepción del apelativo germano de los delitos verdaderos de omisión y de los correctos casos provenientes de los que deberían ser considerados delitos falsos de omisión. Así debería de ser claro, sostiene el Prof. Salazar que habría que discriminar claramente los casos en donde por razones sociales y de tutela de bienes jurídicos se exige que una persona evite determinados resultados por estar en una posición en que debe resguardar que tales resultados se produzcan con un no actuar conforme a derecho, de

aquellos casos en donde, a ultranza, se exige por razones de modernidad o riesgo que se supere un derecho penal de acto a partir de meras expectativas de comportamiento debido. La exigencia, pues, no puede hacerse a todos los ciudadanos por igual, sino a determinados sujetos a partir de determinadas obligaciones jurídicas de evitar un específico resultado.

El análisis que propone el autor resulta interesante y contribuye a un debate que no ha terminado por consolidarse en Costa Rica sobre la naturaleza jurídica de los delitos de omisión impropia y la correcta inteligencia del artículo 18 del Código penal, que es, sin duda, una norma compleja que conlleva difíciles problemas hermenéuticos.

Lo que sugiere el Prof. Salazar debe ser considerado con cuidado a la hora de decidir extender los deberes de actuación de manera genérica a partir de la construcción típica de los delitos de resultado del Código Penal.

Este ejercicio hermenéutico que propone el autor es de enorme importancia para incentivar el debate dogmático, y este tipo de ejemplos nos permite establecer que en las páginas de la revista hay suficiente material para generar importantes discusiones que enriquecerán la práctica del derecho penal en la jurisprudencia. El paso entre la discusión dogmática a la aplicación jurisprudencial es un proceso constante que depende, por supuesto, del estudio, de la lectura, de la reflexión y de la honestidad intelectual de los jueces, cosa que es, por suerte, frecuente en nuestro ámbito cultural.

4. La crítica del derecho penal autoritario

Resulta evidente que hay síntomas que demuestran que el derecho penal actual presenta graves problemas y que al mismo tiempo revelan vestigios de su apartamiento de un pensamiento democrático y liberal. Uno de los signos más graves de este declive se puede

constatar en cierto relajamiento en cuanto a la consideración de los bienes jurídicos¹⁶ como elementos para demarcar el trabajo del legislador y para definir en su adecuado contexto el trabajo del juez.

Este fenómeno es conocido en la doctrina como la “desmaterialización del concepto de bien jurídico”¹⁷ y que conduce a muchas consecuencias gravosas, es un tema que ha sido marginalmente tratado en nuestra RCJ, pero que aflora en diversos artículos publicados. Una de las manifestaciones sustanciales de sus consecuencias se observa en la tutela de bienes jurídicos supraindividuales como una forma de proteger lo definido por instancias extrapenales, en tanto situación o circunstancia de peligro, aunque no se “materialice” en una lesión específica de un bien jurídico, es decir, con una vinculación a una tutela sin concreción específica¹⁸.

No obstante, la deriva autoritaria en el derecho penal puede observarse incluso en las asunciones teóricas que nos acompañan hasta hoy. Incluso en teorías tan meditadas como la del finalismo de Welzel, pueden observarse elementos que la vinculan con tendencias propias del nacionalsocialismo, como lo explica con detalle el Prof. Llobet, aun cuando los escritos de Welzel no sean literatura de batalla de esa ideología, puede verse cómo temas tan ascéticos, aparentemente, como los de las estructuras lógico-objetivas, y una pretendida defensa de la tutela de la dignidad humana, no se compadecían de sus postulados que pretendían anteponer la comunidad sobre el individuo y de la discriminación de aquellos que no formaban parte de la comunidad del pueblo¹⁹.

¹⁶ Como la propuesta del Prof. Issa el Khoury sobre la diferenciación entre el delito de Violación de Domicilio y el delito de Allanamiento Ilegal, que ya acarrea una preocupación por el bien jurídico más allá de una utilidad clasificatoria en la Parte Especial del Código Penal, cfr. ISSA EL KHOURY JACOB, Henry, “Notas Aclaratorias sobre la Diferencia entre los tipos de “Allanamiento Ilegal” y “Violación de Domicilio” en el Derecho Penal Costarricense”, en: Revista de Ciencias Jurídicas No. 32, 1977, pp. 139 y 140, disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16238/15721>

¹⁷ Cfr. en lugar de muchos otros, MENDOZA BUERGO, Blanca, El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, Madrid, Civitas, Primera Edición, 2001, p. 69.

¹⁸ Sobre el problema de la tutela de la atmósfera en Italia, y los problemas de esta indeterminación de la protección penal, cfr. GONZALEZ ALVAREZ, Daniel, “La tutela penal de la atmósfera en la legislación italiana”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 47, 1982, pp. 79-101.

¹⁹ Cfr. LLOBET, Derecho Penal, op. cit., p. 211

Los trabajos del Profesor Emérito de nuestra Facultad, el Prof. Dr. Javier Llobet, sobre el derecho penal nacionalsocialista son quizá los más premonitorios sobre el papel que ha tenido en el debate reciente la revisión de la herencia nacionalsocialista en el derecho penal contemporáneo. Herencia que sin duda merece un relevamiento detallado como el que ha proveído el Prof. Llobet en sendas obras sobre el tema²⁰, y en un artículo de la RCJ de 2020 sobre el libro de Kai Ambos sobre este mismo tema²¹, en donde comparte la esperanza de que el análisis de esa terrible parte de la historia de nuestra ciencia, "...fortalecerá el escepticismo frente al derecho penal autoritario e inhumano, incluyendo ello especialmente a Latinoamérica"²².

Y es que la postulación de un derecho penal del peligro y del denostado "Gessinungsstrafrecht" o derecho penal de conciencia, que anteponía la especial predisposición del autor al hecho que a su propia culpabilidad²³, no es más que la invitación cordial para la llegada del derecho penal del enemigo²⁴ por la estrecha vía de la criminalización de los comportamientos peligrosos y las medidas de seguridad para imputables. Tales caminos ya son transitados por la política criminal costarricense, y empiezan a tener sus cultores entre nosotros.

Han llegado a nuestra discusión elementos propios del así denominado "derecho penal del enemigo", del "derecho penal de riesgos" y no pocos anuncian con entusiasmo la necesidad de un replanteamiento del "peligrosismo" sobre todo en materia de reincidencia (otra vez!) en proyectos legislativos presentados por el Poder Ejecutivo recientemente²⁵.

²⁰ Merece especial cita su libro sobre el tema publicado en la prestigiosa editorial Tirant Lo Blanch de Valencia, en 2018: "Nacionalsocialismo y Antigarrantismo Penal (1933-1945)".

²¹ LLOBET, Javier, "Derecho Penal Nacionalsocialista (El Libro de Kai Ambos)", en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 153, Setiembre-Diciembre 2020, pp. 169-222, disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/44534/44469>

²² LLOBET, Derecho Penal, op. cit., p. 213

²³ AMBOS, Kai y RAKOW, Peter, "Was ist Gessinungsstrafrecht?", en: HILGENDORF, Eric, LERMAN, Marcelo, CORDOBA, Fernando, Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, Berlin, Duncker Humblot, 2020, pp. 19-36.

²⁴ FORNASSARI, Gabriel, "Derecho Penal Liberal y Derivas Autoritarias. Reflejos en el pensamiento de Giuseppe Bettiol", en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, REPC 16-01 (2014) p. 05, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-01.pdf>

²⁵ Entre ellos destaca, por su connotación ideológica, el expediente 23.692, proyecto de "Ley para Restaurar la Seguridad Ciudadana y Contener a los Delincuentes que Representan un Peligro para la Sociedad". Se pretende a través de esta reforma que las medidas cautelares menos gravosas queden reservadas para los delitos

La actual situación no despierta muchas esperanzas de un debate equilibrado y consecuencial, y más bien refleja una impronta marcada de una concepción autoritaria de Estado, donde decaen los límites al *ius puniendi* del Estado y al sometimiento del individuo en la búsqueda de una huida seguridad ciudadana²⁶.

5. Sobre las instituciones de la Parte General del Código penal.

En las páginas de la Revista de Ciencias Jurídicas encontramos contribuciones cardinales sobre instituciones y conceptos del derecho penal, sobre todo de aquellas que contenían aportes novedosos, que de alguna manera ponían en entredicho las preconcepciones de tiempos anteriores.

Don Francisco Castillo ofrece un panorama completo y detallado sobre la culpabilidad en su extraordinario trabajo titulado: “Observaciones sobre los Delitos Culposos”²⁷. Aquí el ensayo del Prof. Castillo es tanto necesario como relevante por la incidencia creciente de la criminalidad culposa en la actividad moderna, sobre todo en el ámbito de riesgos producto de los avances tecnológicos e industriales²⁸. Aun cuando en este trabajo nuestro respetado Maestro sigue la línea de la culpabilidad integrada por el dolo y la culpa, modelo que desecha en su obra posterior, no deja de señalar el papel relevante que tiene el resultado en este tipo

sancionados con penas inferiores a cuatro años de prisión, dejando *de facto* a la prisión preventiva como la regla para casi todo tipo de criminalidad. La intención indirecta del proyecto es, pues, enrumbarse por la calificación de ciertos autores (los que han realizado hechos amenazados con pena superior a 4 años de prisión) como “peligrosos” y por esa vía derrumbar el derecho penal de acto. No obstante, el problema mayor de esta toma de decisión legislativa es evitar cualquier decisión judicial que pudiera establecerse según criterios de proporcionalidad entre pena y delito, desvalorando desde un punto de vista ético-social la proclividad a cometer hechos delictivos o la carrera delictual, en otras palabras, las medidas cautelares se medirían según la personalidad del autor. Cfr. “Tres Proyectos de Seguridad planteados por el Gobierno de Chaves presentan roces de constitucionalidad o legalidad: técnicos del Congreso”, en: <https://ameliarueda.com/noticia/tres-proyectos-seguridad-Rodrigo-Chaves-constitucionalidad-noticias-costa-rica>

²⁶ Cfr. CHINCHILLA, Laura, “La Seguridad Ciudadana: El caso costarricense”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 73, 1992, pp. 10-39.

²⁷ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, “Observaciones sobre los Delitos Culposos”, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 15, 1970, pp. 275-333.

²⁸ Ibid., pp. 278-279.

de criminalidad²⁹. De hecho, esta es una aportación importante a la enseñanza y aplicación del derecho penal modernos, desde que el carácter determinante del resultado viene ya explicada por las modernas aportaciones de la teoría del delito que se hacen desde las teorías de la imputación.

El artículo elaborado por don Francisco en 1970 resulta premonitorio de muchos aspectos que vendrían después con el Código penal vigente donde no hay una definición específica de culpa, por ejemplo, cuando se integra a la definición de la culposidad, por ejemplo, los problemas de mera negligencia o imprudencia. De hecho, la revisión de jurisprudencia del artículo tiene que ver con antiguos antecedentes interpretativos de la antigua Sala de Casación que demostraba, al menos en lo que se refiere a la definición de la “culpa” a una tradición que ha dejado de ser aplicada desde la reforma del Código. Tal cuestión quedó zanjada con la dificultad para distinguir los casos de mera negligencia, imprudencia o falta (incumplimiento de reglamentos) que terminó por aniquilar la posibilidad de definir la culpa a partir de criterios indiferenciables entre sí, prefiriéndose la teoría de la falta al deber de cuidado y, después, la teoría del aumento o de la disminución del riesgo, como teoría de imputación. De la misma manera, el caso fortuito y la fuerza mayor merecen análisis en este trabajo de don Francisco pero tan solo para tratar de encontrar algunas diferenciaciones con el concepto de culpa. Hoy en día es evidente que este problema tiene que ver más con la acción que con la diferenciación de la culpa, donde, entre tanto, se ha superado un acercamiento exclusivamente objetivo para introducir en el análisis un aporte subjetivo desde la previsibilidad y la evitabilidad.

Otro ejemplo significativo es el de la tentativa. Don Guillermo Padilla, por así decirlo, el padre del Código Penal de Costa Rica de 1970, dedicó un trabajo acerca de esta temática en el año de 1967³⁰, algunos años antes de la puesta en vigencia de lo que sería la nueva codificación de nuestro país. En este artículo, revisó don Guillermo el estado de la cuestión en diversas legislaciones, como la francesa, la italiana y la española, pasando revista a la evolución de la figura, y recordando los apuntamientos que importantes juristas habían hecho

²⁹ Ibid., pp. 304-305.

³⁰ PADILLA CASTRO, Guillermo, “La tentativa”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 10, 1967, pp. 63-81.

de la misma, como el caso de los italianos Antolisei, Carnelutti, Manzini y Carrara. Es interesante como el artículo del Prof. Padilla anunciaba los cambios que introduciría el artículo 24 del Código Penal en la legislación costarricense, donde una estructura de la tentativa, con las características anunciadas en este artículo de la RCJ, se incluiría expresamente, superando las condiciones de interpretación y aplicación que existían hasta el momento en el Código Penal de 1941.

El problema dogmático de la tentativa, profundamente implicado en la acción dirigida a la ejecución de un hecho punible, propone difíciles problemas de determinación de cuándo se está en la fase de ejecución de un hecho punible y cuándo tales actos de ejecución pudieron haberse visto interrumpidos por causas ajenas al agente. Es por esas mismas razones que la tentativa marca el derrotero definitivo de la teoría del delito que inspirará el estudio del derecho penal a partir del desvalor del acto.

Ya revisamos los aportes sobre la acción que hizo el Prof. Issa El Khoury, y allí quedo debidamente consignado como una perspectiva del derecho penal de acción estaba ya entronizada en Costa Rica a partir de la selección de la acción con fines, y es precisamente esa selección la que le da entrada a un análisis subjetivo de la tentativa. No puede aceptarse la existencia de una evaluación de la tentativa, sin tener en cuenta el plan del autor, y lo que este había predeterminado con su acción. De ahí que, además de que la acción está condicionada por la finalidad, la tentativa está condicionada también por lo que el autor anticipó con sus actos ejecutivos.

El gran debate moderno entre el funcionalismo radical de Jakobs y el funcionalismo relativo o moderado de Roxin ha tenido que ver con el tema de la tentativa, desde que es indispensable resolver un problema que ha quedado de alguna manera gravitando en la aceptación de una teoría del injusto que considera incluido al dolo y a la culpa en la tipicidad y es el problema de la tentativa inidónea. Para los juristas sigue siendo un difícil problema reunir a la tentativa con la tentativa inidónea desde la perspectiva de la teoría del injusto establecida a partir de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, pues es claro que cuando se da una tentativa inidónea (cuando el objeto del delito es imposible o los medios inidóneos) no se produce una

lesión al bien jurídico. Es a partir de ello que resulta indispensable aceptar que para implicar una teoría unívoca de la tentativa habría que abarcar a la tentativa inidónea dentro del marco de la así denominada teoría de la infracción de las expectativas normativas³¹. No es este el lugar para hacer una toma de posición dogmática sobre el punto, sin embargo, si resulta importante mencionar que Costa Rica ya había asumido, desde hace tiempo, la no punición de la tentativa. La antigua redacción del último párrafo artículo 24 decía, textualmente: “No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito, en tal caso se impondrá una medida de seguridad”. Esta última frase del artículo 24, “en tal caso se impondrá una medida de seguridad”, fue considerada inconstitucional en el Voto No. 1588-98 de la Sala Constitucional. Dada esta escogencia de nuestro sistema jurídico, es evidente que no resulta incompatible la solución de la tentativa inidónea con la teoría de la lesión al bien jurídico, dejando al menos de lado las principales objeciones del funcionalismo jakobsiano³².

El Prof. Padilla repasó las consecuencias del delito imposible (tentativa inidónea) en su ensayo, según las estipulaciones del artículo 42 del Código Penal de 1941, cuando se dejaba a criterio judicial la reducción de la pena ordinaria, y hasta su eximición, dependiendo del grado de peligrosidad del agente³³. Aun cuando Padilla se decantaba por la solución del Código brasileño, que establecía la medida de seguridad, criterio que seguramente incidió en la redacción original del Código Penal de 1970³⁴.

De igual manera, el Dr. Padilla publicaría en las páginas de la RCJ un artículo sobre la “Participación Criminal y la Pluridad de Infracciones”³⁵ de gran trascendencia sobre esta problemática.

³¹ Cfr. JAKOBS, Günther, “El Intento de Tentativa”, en: Revista In Dret, No. 4, 2020, p. 492, disponible en: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/375609/469020>

³² El merecimiento de pena por tentativa inidónea decae, como es evidente, no sólo porque la lesión para el bien jurídico resulta imposible, sino también porque sería irracional que el derecho penal castigue evidentes manifestaciones de conducta que por más que manifieste una intención interna (cogitationem nemo patitur), no llegan a manifestar un cambio en el mundo de la vida.

³³ PADILLA, La Tentativa, op. cit., pp. 74-75.

³⁴ Ibid., p. 78.

³⁵ PADILLA CASTRO, Guillermo, “Participación Criminal y Pluralidad de Infracciones”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 11, 1968, pp. 189-226.

El artículo hace un estudio pormenorizado de la doctrina de su tiempo, tanto la clásica, como la que empezaba dibujarse en la legislación comparada, que se iba decantando desde una perspectiva subjetiva hacia un criterio objetivo para delimitar las diferencias entre autores y partícipes. Como siempre, el Prof. Padilla proponía una reflexión desde la legislación nacional, donde la condición de autor se adquiere por el “diseño de activar la realización del delito”, mientras que el diseño del cómplice sería secundario, casi circunstancial, dándole especial preponderancia a la teoría objetiva.

La participación “moral” o instigación merece glosas profundas de parte del Prof. Padilla que preparan el análisis de la instigación que se daría tiempo después, como la que se hace a partir de la consideración de cuando se hace una determinación suficiente a otro para que cometa un hecho específico.

El trabajo contenido en la RCJ es tanto preciso como informativo y prepara a quien lo lee en la época de su publicación a sobrevolar con gran detalle el estado de la cuestión en su tiempo, preparando el camino para la nueva doctrina que se desarrollaría con el finalismo welzeliano y los aportes posteriores del funcionalismo sistémico, que, por supuesto, no quedaron consignados en este artículo de finales de la década de los años sesenta del siglo XX.

La teoría de la intervención criminal ha sufrido cambios trascendentales en las últimas décadas, y ha culminado con la teoría del dominio funcional del hecho que ha derruido las últimas diferencias que aun podían sostenerse entre la autoría y la participación criminal, sobre todo a partir de la generosidad con que la jurisprudencia ha asumido tal criterio en casos de criminalidad organizada. Sin embargo, tal consolidada posición no existía en los primeros tiempos de vigencia del Código Penal de 1970, donde apenas se empezaba a superar la teoría de Von Buri donde existía la idea de que todos los participantes de un delito debían ser castigados por igual, pues cada uno de ellos participaban en un conjunto de causas y son aquellos quienes las determinan. La propuesta, claramente causalista, observa la participación en la medida en que la empresa criminal involucraba la puesta en marcha de causalidades por quienes participaban en ella.

En general, suele explicarse que la teoría de la intervención en el delito surge de una cuestión absolutamente racional como es que la obra humana puede obtenerse gracias a la contribución de otros, siendo algunos de ellos autores y otros colaboradores o partícipes. Esta circunstancia, por supuesto, conduce a aceptar que algunos de los partícipes no realizan toda la obra principal, pero prestan su concurso para garantizar su realización.

Desde este punto de vista, la participación criminal se observa como accesoria a la autoría, y sólo puede existir en la medida que haya un autor que realiza el verbo típico.

La teoría del dominio del hecho, con base en el finalismo, complementaría esta consideración a partir de que es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, es decir, quien controla el sí y el cómo de la acción.

Roxin³⁶ terminaría de redondear las implicaciones dogmáticas de este postulado al considerar al dominio del hecho como parte de la parte objetiva de la autoría, así como el dominio de la voluntad del dominio integra la parte subjetiva.

Don Guillermo Padilla no dejaría de pasar revista, bajo el capítulo de “delincuencia asociada”, a otras formas de criminalidad, como la criminalidad organizada, la criminalidad de los aparatos de poder y la de los crímenes contra la humanidad, que son formas criminales que requieren ya no un acercamiento de participación criminal, según su dicho, sino de algo más, que hasta ese momento era objeto de la sociología del delito y que hoy comprendemos como una extensión por vía de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder, en la construcción ofrecida por Roxin.

El Prof. Francisco Castillo González, por su parte, nos introduce en el debate fascinante de la participación necesaria³⁷, cuestión que ha merecido un debate importante en el derecho penal costarricense. Lo interesante de la cuestión es el apelativo “participación necesaria”,

³⁶ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Barcelona, Marcial Pons, Séptima Edición, 1998.

³⁷ Castillo González, Francisco. “La participación necesaria”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 48 (1982): 61-77.

pues en estos casos no hay realmente una complicidad o instigación como formas de participación, sino realmente actos de autor. No deja de señalar el Prof. Castillo que estos casos son desconocidos por nuestra jurisprudencia, pero no por ello menos importantes.

Menciona el Prof. Castillo que la participación necesaria se da recién cuando el tipo penal exige para su realización, la participación de varias personas, aun cuando alguna de ellas tenga un comportamiento pasivo³⁸. De la mano de la clasificación de Freudenthal de los delitos de convergencia o de encuentro, señala don Francisco que en estos casos no se presentan problemas especiales de interpretación puesto que los autores involucrados en un delito de encuentro o de convergencia realizan una unidad de acción en sentido legal.

Lo que ha generado discusión importante es la aparente falta de punibilidad de la complicidad o instigación realizadas por un participante necesario punible, pues según el punto de vista sustentado por don Francisco, en estos casos la autoría absorbe la punibilidad de esas formas de participación.

6. El derecho penal especial y sus problemas

Junto a los trabajos señeros sobre la Parte General del Código Penal, encontramos en la RCJ valiosas contribuciones al estudio del derecho penal especial, que tuvieron una importante repercusión en las aulas universitarias, pues determinaron un cambio revolucionario en la forma de la enseñanza de esa materia.

Era normal que se enseñara el derecho penal especial de una manera totalmente concentrada en las categorías incorporadas en la construcción penal, descontextualizando la enseñanza de los tipos penales del sistema de interpretación de la ley penal fundando en la Parte General

³⁸ Ibid., p. 74.

del Código, y transmitiendo la idea errada de que había una desconexión entre los tipos penales, su interpretación y las reglas de la teoría del delito.

Entre las consecuencias de esa metodología, algunas nefastas como la idea de que la Parte Especial se estudiaba memorísticamente, existía la idea de que los tipos penales podían ser examinados de manera aislada, quizá con alguna relación a su ubicación en la estructura del Código Penal, pero de manera totalmente antojadiza y asistemática.

En la Revista No. 55 de 1986 aparecería un trascendente trabajo del Prof. Henry Issa El Khoury sobre el estudio del derecho penal especial que sin duda sería el parte aguas sobre la materia. Es claro que este ensayo se sumaba a la importante tarea dogmática del Prof. Francisco Castillo venía realizando sobre el análisis de algunos delitos clave de la regulación criminal costarricense, la cual aspiraba también a un análisis equilibrado entre las consecuencias interpretativa de esos tipos penales y la parte General del Código, pero no había hasta el momento una explicación integral que orientara hacia una forma o método de la enseñanza.

Don Henry nos alerta sobre la separación artificial entre la Parte General y Parte Especial a la que nos tenía acostumbrados ese “método de estudio” al que hicimos referencia, y al efecto nocivo al que conducía una visión parcial del estudio de los tipos penales en específico sin conexión con la teoría del delito.

La propuesta metodológica de don Henry se enrubaba en su comprensión de un derecho penal de la República, esto es, un derecho penal que respondía, en primera instancia al proyecto social y político recogido en la Constitución Política, en donde el principio de lesividad (artículos 28, segundo párrafo y 39 de la Carta Magna) establecen la obligación del estudio del bien jurídico en la medida en que sólo se puede entender una conducta como delictiva en la medida en que se viole o “...se pone en real peligro un bien jurídico racional, legalmente tutelado”³⁹.

³⁹ ISSA EL KHOURY, Henry, “Notas Aclaratorias para el Estudio del Derecho Penal Especial”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 55, 1986, p. 13., disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17492/17001>

Así las cosas, un examen de derecho penal especial no puede estar separado de la obligación del estudio de la acción tal y como fue descrita por el legislador, sometiéndolo a una investigación sobre el contenido de la prohibición desde el tipo garantía, y de su necesario vínculo con un bien jurídico protegido. De esta forma se realiza el compromiso de la legalidad criminal de expresar lo prohibido en términos de que pueda ser entendida por el ciudadano y pueda comprobarse su idoneidad descriptiva y normativa, de tal manera que sea posible aquilatar su racionalidad y utilidad.

Para don Henry resulta fundamental establecer que la valoración del tipo sistemático y del tipo garantía no son áreas dicotómicas, sino que son complementarias, una necesita de la otra. Tanto el relevamiento de los elementos de la descripción, así como si cumple con los compromisos con la legalidad criminal, son indispensables para un análisis completo y detallado del tipo penal. Solo así podrá apreciarse el alcance de la prohibición y establecer si esta cumple con su tarea de tutelar un determinado y específico bien jurídico.

Con esta propuesta pretendía el Prof. Issa El Khoury hacer una revisión de los programas de estudio del derecho penal especial en las diversas Facultades y Escuelas de Derecho, y lograr por esa vía que la explicación de los contenidos del derecho penal especial no se quedara afincada en los elementos de construcción de los tipos, sino entender a través de ello que también es posible una lectura político-criminal de los delitos y de las tendencias hacia un derecho penal impulsado por movimientos internacionales, intereses económicos y políticos externos, así como la asimilación de zonas protegidas que provienen de estructuras no convencionales.

De igual manera, postulaba don Henry la necesidad de incorporar la exploración de materias tales como los tipos incorporados en las leyes penales especiales y el derecho contravencional, usualmente alejados de los programas de estudio del derecho penal especial. A este respecto, lo pretendido por nuestro querido maestro era una invitación importante que establecía una unidad del estudio de esta materia que hasta ese momento no se observaba como indispensable.

Podemos decir con seguridad que esta línea de trabajo ha sido seguida de manera sistemática por los juristas costarricenses, aportando importantes observaciones, comentarios y desarrollos a los tipos penales incorporados en el Código Penal, como los del derecho penal colateral, estableciendo una unidad inescindible de estudio y análisis a partir de su conexión con el derecho penal nuclear de la Parte General.

7. Conclusiones

Luego de este recorrido por la Revista de Ciencias Jurídicas, y de haber revisado las colaboraciones de diversos autores costarricenses y extranjeros al derecho penal, podemos decir, sin lugar a dudas, que esta publicación ha aportado un espacio riquísimo a la investigación y la docencia.

Aun cuando no ha habido una línea específica de desarrollo, o lo que se ha querido ver en otros países como una línea de política criminal, la ciencia penal costarricense ha encontrado en la revista de ciencias jurídicas un espacio para exponer ideas, señalar derroteros, criticar algunos objetivos descaminados, y ofrecer siempre una rica observación de los problemas dogmáticos y legislativos.

Bien se sabe que la ciencia penal se enriquece de otros saberes y de la interdisciplina, y eso es lo que hemos observado en este examen, un tanto apretado, de tanta investigación como la que contiene la Revista de Ciencias Jurídicas. Se trata de más de 70 ensayos sobre diversos problemas que apuntan hacia los diversos vértices del debate internacional. La criminología comparada y crítica, la política criminal, la teoría del injusto penal, la casuística, las relaciones entre la Parte Especial y General, así como sobre la teoría de la pena y su justificación, entre otros temas de un complejo universo que han ocupado con detalle a los juristas que han ofrecido sus trabajos a lo largo de estos 60 años.

No podemos decir que las contribuciones se queden en los compartimentos, un tanto estrechos de la ciencia dogmática, sino que se observa en ellos preocupaciones propias de la

sociología criminal, la política criminal comparada, la filosofía del derecho y de la crítica jurisprudencial. Esta interrelación de saberes es de indudable importancia para la formación de los juristas que serán mañana los encargados de la creación, aplicación e implementación normativas. En un país donde resulta tan difícil investigar, y donde la acción docente se complementa con gran sacrificio de quienes se dedican a la justicia y al litigio, la Revista de Ciencias Jurídicas demuestra que es posible hacer ciencia del derecho penal con todas esas limitaciones y mantener un estándar de calidad que es valorado altamente en diversas latitudes. Entretanto, los juristas costarricenses demuestran su capacidad para hacer complejos estudios de derecho comparado que enriquecen, sin duda, no sólo el debate nacional sino también el regional.

La base de sustentación para este flujo de conocimiento y de investigación se ha alcanzado a través de muchos años de inversión en la formación de los juristas, en donde ha intervenido la preocupación de la Universidad por preparar a sus docentes, y por el Poder Judicial por formar también a sus estamentos. Dicha tarea se ha visto interrumpida en los últimos años por una crisis económica de grandes proporciones, pero eso no ha desestimulado que haya un grupo de juristas que demuestran la preocupación de integrar docencia e investigación, pregrado con posgrado, y estimular los diversos programas de doctorado con cursos de alta excelencia y de investigación de gran nivel.

Las páginas de esta revista, en sus 60 años de existencia, han atestiguado el avance del debate nacional e internacional en torno al derecho penal, la política criminal y la criminología, dando indudables impulsos al análisis crítico de las instituciones incorporadas al Código Penal, así como a la jurisprudencia que se ha venido produciendo durante estas seis décadas.

La dirección del debate académico, tan fértil como comprometido con el Estado Democrático y Social de Derecho, ha permitido que los jóvenes estudiantes y juristas puedan encontrar guía en momentos particularmente complejos como difíciles para un análisis acompasado y equilibrado de temáticas tan señeras como la pena y su justificación, el retorno a la peligrosidad y al derecho de autor, así como sobre la culpabilidad y sus consecuencias

punitivas. Es claro que también las diversas categorías del injusto penal han sido objeto de postulación y debate.

Particularmente la enseñanza del derecho penal se ha visto beneficiada por las siempre oportunas inclusiones de artículos de excelente factura que han orientado el replanteamiento de las metodologías de estudio de esta ciencia, y han señalado los caminos para un desarrollo vigoroso de un currículo sólido de las diversas categorías de la teoría del delito y de la pena.

Es apreciable, finalmente, la preocupación de los juristas costarricenses y extranjeros que publicaron en la Revista de Ciencias Jurídicas, por construir un derecho penal liberal en tiempos de crisis para el Estado de Derecho y en años de una crisis de sus instituciones que no puede disminuirse en sus consecuencias. La realidad social, atenazada por contradicciones económicas y sociales, exige seguridad en una época de reducción del Estado, de ahorro fiscal y de amenazas indudables procedentes del crimen organizado y de modernas tendencias de la criminalidad tecnológica. Es en este preciso momento donde un espacio para la discusión científica se convierte en indispensable, para no cerrar la puerta a la esperanza cuando la desazón y el desánimo parecen ser la regla y no la excepción. La posibilidad de pensar nuevas visiones, nuevos horizontes de proyección para la ciencia penal podrán construir mejores opciones político-criminales en épocas donde la esperanza parece escurrirse entre nuestros dedos y donde la ciencia penal se separa de la conexión que debería de ser inescindible con la sociología criminal y otros saberes como la política, la estadística y la criminología crítica.

La Revista de Ciencias Jurídicas ha demostrado que no se puede observar con desesperanza el debate dogmático. Se ha visto que no se trata de construcciones teóricas y abstractas que nada tienen que ver con el mundo de lo práctico y de lo real. Se trata de un ejercicio constante de análisis de opciones políticas, para construir un mejor derecho penal en la medida que es mejor en sus opciones de libertad y más sometido a los límites propios de la democracia y de respeto a la dignidad humana.

La enseñanza del derecho penal entendió que no podía quedarse en el estudio de los tipos penales, desconectados de la realidad social y de las consecuencias del funcionamiento del sistema de justicia penal. Los juristas que han publicado en estas páginas estaban conscientes que un modelo integrado de la ciencia penal requiere una revisión del discurso dogmático desde la política criminal y la criminología, manteniendo un ojo avizor a las tendencias represivas y peligrosistas que obligan hoy, y mañana también, a buscar soluciones que nos mantengan a buen recaudo de la deriva autoritaria.

8. Bibliografía

Ambos, Kai y Rakow, Peter, “Was ist Gessinungsstrafrecht?”. En *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, editado por Hilgendorf, Eric, Lerman, Marcelo, Cordoba, Fernando, 19-36. (Berlin: Duncker Humblot, 2020)

Antillón Montealegre, Walter. “La Legislación Penal en Costa Rica”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r17098.pdf>, pp. 37-38. (Consultado el 15 de octubre de 2023)

Beristain, Antonio. “La reforma del Código Penal alemán”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1969): 373-374.

Castillo González, Francisco. “La participación necesaria”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 48 (1982): 61-77

Castillo González, Francisco. “Observaciones sobre los Delitos Culposos”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 15, (1970): , 275-333

Castillo González, Francisco. “José Astúa Aguilar”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 13, (1969): 159-165.

Chinchilla, Laura. “La Seguridad Ciudadana: El caso costarricense”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 73, (1992): 10-39.

Fernández Reyes, Pamela, Anaya Ríos, Miguel Ángel, Anaya Ríos, José Luis, “Filosofía del Derecho Penal en el Sistema Democrático Mexicano”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 142, (Enero-Abril 2017): 13-32.

ALFREDO CHIRINO SANCHEZ: Evolución de la Dogmática penal y de la enseñanza del derecho penal costarricense a la luz de los 60 años de la Revista de Ciencias Jurídicas

Forsanari, Gabriel, “Derecho Penal Liberal y Derivas Autoritarias. Reflejos en el pensamiento de Giuseppe Bettiol”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, RECPC 16-01 (2014): 05 <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-01.pdf> (Consultado el 15 de octubre de 2023)

González Álvarez, Daniel. “La tutela penal de la atmósfera en la legislación italiana”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 47, (1982): 79-101.

Issa El Khoury Jacob, Henry. “Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción de Hans Welzel”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 52 (1984): 83-95.

Issa El Khoury Jacob, Henry. “Notas Aclaratorias para el Estudio del Derecho Penal Especial”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 55, (1986): 3., <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17492/17001> (Consultado el 15 de octubre de 2023)

Issa El Khoury Jacob, Henry. “Notas Aclaratorias sobre la Diferencia entre los tipos de “Allanamiento Ilegal” y “Violación de Domicilio” en el Derecho Penal Costarricense”, en: Revista de Ciencias Jurídicas No. 32, (1977): 139-140 <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16238/15721> (Consultado el 15 de octubre de 2023)

Jakobs, Günther. “El Intento de Tentativa”. Revista In Dret, No. 4, (2020): 492 <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/375609/469020> (Consultado el 15 de octubre de 2023)

León Díaz, Edgar Emilio. “La Sanción en el Derecho Penal Costarricense. Los Códigos de 1918 y 1924”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 34, (1978): 123-142 <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15759> (Consultado el 15 de octubre de 2023)

Llobet Rodríguez, Javier. Nacionalsocialismo y Antiguarantismo Penal (1933-1945). (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018).

Llobet Rodríguez, Javier. “Derecho Penal Nacionalsocialista (El Libro de Kai Ambos)”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 153, (Setiembre-Diciembre 2020): 169-222 <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/44534/44469> (Consultado el 15 de octubre de 2023)

Mendoza Buergo, Blanca. El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo (Madrid: Civitas, Primera Edición, 2001)

Padilla Castro, Guillermo. “Exposición de Motivos del Código Penal de Costa Rica”. Alcance No. 120 a la Gaceta No. 257 de 15 de noviembre de 1970, Imprenta Nacional del Estado. (1970): 7.

Padilla Castro, Guillermo. “Participación Criminal y Pluralidad de Infracciones”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 11, (1968): 189-226

Padilla Castro, Guillermo. “La tentativa”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 10, (1967): 63-81.

Romero Pérez, Jorge Enrique. “Algunas notas acerca del Código Penal de Costa Rica”, Revista de Ciencias Jurídicas No. 38 (1979): 365.

Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Barcelona: Marcial Pons, Séptima Edición, 1998.

Salazar, Luis Alonso. “Derecho Penal Preventivo y Peligrosista”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 139, Enero-Abril (2016): 57-88.

Salazar Rodríguez, Luis Alonso. “La imputación de resultados de lesión y/o peligro a supuestos de delitos de omisión en materia penal. Especial referencia a la hipótesis de la denominada “Delitos de Omisión Impropia”. Un análisis a la luz de la legislación penal costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas No. 107, (mayo-agosto 2005): 11-32 <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9702/9148> (Consultado el 15 de octubre de 2023)