

PRÓLOGO

Para mí es un gran honor que se me haya solicitado que haga el prólogo a la obra "Lecciones de Derecho Penal". El primer tomo de la obra "Introducción al Derecho Penal" fue escrito por el catedrático de la Universidad de Salamanca Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, quien se desempeñó como coordinador, la profesora titular de la Universidad de Salamanca Ana Isabel Pérez Cepeda y la profesora titular de la Universidad de Salamanca Laura Zúñiga Rodríguez. En el segundo tomo de la obra "Teoría del delito" intervinieron como escritores el catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha Eduardo Demetrio Crespo, quien fungió además como coordinador, la catedrática de la Universidad de Castilla-La Mancha Rosario de Vicente Martínez y la profesora titular de la Universidad de Salamanca Nuria Matellanes Rodríguez. Todos los autores son profesores de un gran prestigio, el que ha trascendido las fronteras de España.

Se trata de una obra que contiene las discusiones más actuales, puesto que su elaboración concluyó, en su segunda edición, hace apenas unos pocos meses, conteniendo las últimas reformas que fueron aprobadas en España.

La obra, en ambos tomos, está escrita con gran sentido didáctico, explicándose en forma simple el Derecho Penal y la Teoría del delito, a lo cual se acompañan diversas prácticas para el ejercicio docente, ello a través de materiales complementarios, prácticas de lectura y estudio. Por lo anterior será de gran utilidad para aquellos que quieran adentrarse en el estudio del Derecho Penal. Precisamente el título de la obra "Lecciones de Derecho Penal", refleja claramente la intención didáctica de los autores, que hace

que la obra sea de gran utilidad como libro de texto en los cursos de Derecho Penal Parte General de las diversas universidades costarricenses. No puede dejarse de mencionar que en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, uno de los cursos que más dificultades ofrece a los estudiantes es el de Derecho Penal Parte General I y II.

Igualmente “Las lecciones de Derecho Penal” serán de gran importancia para la preparación de los exámenes para acceder al cargo de juez, dentro de la carrera judicial, puesto que en todas las categorías de juez penal, es elemental e imprescindible un adecuado dominio de los fundamentos del Derecho Penal, desarrollados en el Tomo Primero de las “Lecciones de Derecho Penal”, lo mismo que de la teoría del delito, tratada en el Tomo Segundo. En particular en la Teoría del Delito se reflejan con frecuencia graves falencias de los aspirantes.

Se suma a todo ello la ayuda que pueden prestar las “Lecciones de Derecho Penal” en la preparación del examen de incorporación al Colegio de Abogadas y Abogados, ello para solventar las falencias que en la educación universitaria presentan los aspirantes, como ha quedado reflejado en el bajo porcentaje de aprobaciones del examen.

También será de utilidad para los profesionales en Derecho. La necesidad del estudio del Derecho Penal Parte General se reflejó, por ejemplo en la gran cantidad de personas que se inscribió en un curso de “Teoría del delito” que impartió la Asociación de Ciencias Penales en Pérez Zeledón en 2015, en el que se superó todas las expectativas y hubo más bien que cerrar la inscripción. Por otro lado, ello quedó claro también en un curso de Teoría del Delito, que proyectó el Poder Judicial finales de 2015 para los profesionales del Poder Judicial, ello junto con la Facultad de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica.

Para dicho curso la cantidad de solicitantes fue tal, que hubo que posponer el curso para ser impartido con posterioridad. Igualmente cuando el Poder Judicial ha detectado los temas sobre los que hay necesidades de capacitación, por ejemplo en materia penal juvenil, se ha determinado que de carácter prioritario se necesita dedicar esfuerzos para una mayor capacitación en Derecho Penal Parte General y en particular sobre la Teoría del Delito.

Las “Lecciones de Derecho Penal” serán un adecuado complemento a la obra “Derecho Penal. Parte General”, escrita en Costa Rica por mi querido profesor Francisco Castillo González. Dicha obra escrita en 3 Tomos en su Parte General, entra dentro de la categoría de un “Tratado de Derecho Penal”, necesario para que estudiantes y profesionales puedan continuar profundizando en la gran complejidad que presenta el desarrollo del Derecho Penal. El profesor colombiano Fernando Velásquez Vélasquez ha catalogado a Francisco Castillo González como uno de los mejores penalistas latinoamericanos, a pesar de lo cual con frecuencia los celos profesionales han hecho que no se le conceda el mérito que merece. Estos mismos celos profesionales han llevado a desvalorizar la doctrina alemana y aquellos que en Costa Rica han estudiado en Alemania, contraponiéndola a la doctrina española, cuando en realidad, como se aprecia en las “Lecciones de Derecho Penal”, la doctrina alemana y española no se contraponen y en España se asumió la teoría del delito alemana desde hace muchos años. Se ha llegado a un gran desarrollo de la dogmática española, que ha permitido que la misma actualmente dialogue con la alemana y no simplemente transmita lo que la misma desarrolla. Por ello es cada vez más frecuente que autores españoles, dentro los que se encuentran los que autores de la obra que presento, lleguen a publicar en Alemania.

Las bases comunes en las que descansa el desarrollo del Derecho Penal conforme a los principios de un Estado de Derecho, hacen que “Lecciones de Derecho Penal” deban ser recomendadas para el estudio del Derecho Penal en Costa Rica. Debe tenerse en cuenta que nuestro país a partir del Código Penal de 1970 asumió la concepción de la teoría del delito alemana, ello a través de la influencia que en el Código Penal Tipo para Latinoamérica ejercieron los proyectos de Código Penal alemanes de 1962 y 1966. Igualmente a nivel constitucional, especialmente con la creación de la Sala Constitucional en 1989, se hizo un desarrollo de los principios constitucionales en materia penal, actualizando a través de una interpretación evolutiva la Constitución de 1949, que había quedado desfasada en el desarrollo de las garantías penales, las que de todas maneras presentaban grandes problemas en su aplicación en la práctica jurisprudencial. Este desarrollo que se hizo por la Sala Constitucional es acorde con el que ha tenido el Derecho Constitucional en particular luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, que quedó reflejado, por ejemplo en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 y en la Constitución española de 1978. Igualmente la Sala Constitucional dentro de esta aplicación de las garantías ante la justicia penal, reconoció que los instrumentos internacionales de derechos humanos un valor constitucional y hasta supra-constitucional, conforme al principio pro-hómine.

Debo resaltar la profunda relación que tiene el Derecho Penal con la Constitución Política, lo mismo que con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Precisamente en la Constitución Política, tanto en la de España, como en la de Costa Rica, hay numerosas normas que se refieren a la materia penal, ya sea correspondientes al Derecho Penal sustantivo o al Derecho Procesal Penal. Por

ello se afirma que hay una relación estrecha entre la regulación del Derecho Penal, en sentido amplio, y el régimen político. Ello se expresa en las páginas 20-23 del Tomo Primero, bajo el título “El Derecho Penal como expresión del sistema político que lleva detrás”. De gran importancia dentro de un Estado Social de Derecho es que el Derecho Penal no solamente es un medio de control social (Tomo primero, páginas 17-20), sino también de contención del poder punitivo, de modo que el mismo debe ser desarrollado respetando el sistema de garantías. Sobre ello se señala en la página 98 del Tomo Primero: “La preocupación por establecer límites y controles al poder punitivo del Estado obedece a las repercusiones que el ordenamiento penal tiene sobre la limitación de los derechos individuales. La falta de límites convierte al Derecho Penal en algo arbitrario y onnipotente en la represión de conductas. Admitir ilimitadamente la intervención penal daría luz verde a un Estado totalitario y represivo de los derechos y libertades fundamentales en que los comportamientos contrarios al orden que establece pudieran ser reducidos con máxima dureza”. Se agrega: “El Derecho Penal sólo se justifica cuando es una respuesta racionalizada, cierta y formalizada a los más graves conflictos sociales, dicho en otras palabras cuando cumple una función de garantía”.

Ello de acuerdo con mi criterio tiene una gran relevancia como resistencia al populismo punitivo al que desgraciadamente se tiende hoy día y que ha encontrado una gran acogida legislativa y jurisprudencial en Costa Rica, frente a los problemas de inseguridad ciudadana que vivimos. El populismo punitivo parte de que el problema de la criminalidad es el “exceso de garantías a favor de los delincuentes y la desprotección de las víctimas”, lo que lleva a renegar de las garantías constitucionales, herencia de la doctrina ilustrada. Debe resaltarse el ejercicio que se hace

con respecto al Populismo Punitivo en las páginas 227-228 del Tomo I. Igualmente el ejercicio sobre el Derecho Penal del enemigo, que se trata en las páginas 228-229 y sobre de la tolerancia cero en las páginas 229-230. Todas estas concepciones, como se dice en la página 227 de la obra, han puesto en crisis los principios constitucionales del Derecho penal. El Populismo Punitivo y el Derecho Penal del enemigo debe decirse que no presentan mayores diferenciaciones, sino se trata de dos denominaciones diferentes que recibe el desprecio de los principios de garantía del Derecho Penal, llegándose a una relativización de las garantías penales. El Populismo Punitivo, al igual que el Derecho Penal del enemigo, es selectivo, y con ello es contrario al principio de dignidad humana. La Tolerancia Cero, que encuentra políticos admiradores en Costa Rica, es otra forma de expresión del Populismo Punitivo y del Derecho Penal del Enemigos, tendiendo a la represión de la delincuencia de bagatela, lo que encontró expresión en Costa Rica a través de la conversión de la contravención de hurto menor en un delito de hurto, lo mismo que en el desarrollo que ha tenido en la práctica el “procedimiento expedito de flagrancia”. Relevante dentro de lo populismo punitivo es que se trata de utilizar la reforma legal para apaciguar al público y como un “sana todo” de los problemas sociales no solucionados, señalándose, en contra de lo que debería ser un Derecho Penal orientado a las consecuencias, que para la reforma legislativa no se requieren estudios criminológicos previos, puesto que se trata de un asunto de sentido común, que indica que el problema de la criminalidad es provocado por la lenidad del sistema penal. Una crítica a la falta de utilización de los conocimientos obtenidos a través de las investigaciones criminológicas, se expresa en la página 221 del Tomo Primero.

Una de las concepciones que ha recibido adeptos en Latinoamérica es el abolicionismo penal, concepción idea-

lista y utópica, pero que supone un llamado a la conciencia de los problemas del sistema penal. En ese sentido es la referencia que se hace en la página 200 del Tomo Primero. Mención al abolicionismo se encuentra también en la página 532 del Tomo indicado. En Costa Rica con la intención de desacreditar a los que defienden el sistema de garantías penales, se ha afirmado que los garantistas son partidarios de la abolición del sistema penal, llevando al grave error de identificar el garantismo y el abolicionismo como sinónimos.

Dentro del desarrollo de las garantías ante la justicia penal tiene una importancia fundamental el principio de legalidad, que obedece a la garantía de seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho, siendo además expresión del principio democrático. Igualmente está relacionado con la motivación que se pretende por las leyes penales (páginas 36-41 y 103 del Tomo Primero). Se trata de un principio que es herencia de la doctrina ilustrada continental europea, que depositaba su confianza en la legislación como límite a la arbitrariedad judicial. El principio de legalidad se encuentra previsto expresamente en el artículo 39 de la Constitución Política. Al mismo han hecho mención numerosas resoluciones de la Sala Constitucional. Es desarrollado en las páginas 100-112 del Tomo Primero. En cuanto a la garantía de ejecución como parte del principio de legalidad, mencionada en las páginas 101-102 del Tomo Primero, en Costa Rica solamente se ha aprobado la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, no así una Ley de Ejecución Penal con respecto a los que sean condenados como adultos, ello a pesar de que el artículo 51 del Código Penal desde 1970 anunciaba la aprobación de una Ley de Ejecución Penal. Recientemente la Sala Constitucional por resolución 2015-19582 del 16 de diciembre de 2015, declaró una inconstitucionalidad por

omisión, por la falta de aprobación de tal Ley, disponiendo la obligación legislativa de aprobarla.

Dentro de los principios limitadores del poder punitivo está el de lesividad, que lleva a que el Derecho Penal, al estar destinado a hacer posible la convivencia en sociedad, tenga como límite la necesidad de protección de los bienes jurídicos fundamentales para dicha convivencia, lo que implica un límite al legislador, el que debe basarse en un substrato material, que es el bien jurídico, al momento de incriminar una conducta. Por ello se dice que el Derecho Penal no debe intervenir cuando no se ha producido un peligro o una lesión a un bien jurídico. El principio de lesividad es desarrollado en las páginas 116 a 119 del Tomo Primero.

A pesar de la falta de claridad expresa constitucional al respecto, la Sala Constitucional ha buscado fundamento al principio de lesividad en el artículo 28 de la Constitución Política. Una de las resoluciones más importantes de la Sala Constitucional es el voto 1588-M-98 del 10 de marzo de 1998, que declaró la inconstitucionalidad de la medida de seguridad que el artículo 24 del Código Penal contemplaba para la tentativa absolutamente imposible. Entre otros aspectos desarrolló la sentencia la necesidad de que el Derecho Penal proteja bienes jurídicos, por lo que no solamente consideró que no podía imponerse una medida de seguridad en los casos de tentativa absolutamente imposible, sino que tampoco podía decretarse la imposición de una pena. Ello es importante, ya que supuso una demarcación de la concepción finalista, que tiende a la punición de la tentativa inidónea. Por otro lado, al decretar la inconstitucionalidad de la medida de seguridad, enfatizó la necesidad de que el Derecho Penal sea un Derecho Penal de acto y no de autor. El tema de la tentativa inidónea es tratado en las páginas 264-270 del Tomo Segundo. El desarrollo allí parte en principio de la punición de la tentativa

inidónea, lo que debe reconocerse que es la concepción dominante. De utilidad por la terminología que se utiliza en Costa Rica, es la referencia a la distinción entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea, ello en las páginas 268-270 del Tomo Segundo.

Relacionado con el principio de lesividad y de proporcionalidad está el principio de mínima intervención y de ultima ratio, que lleva al carácter fragmentario del Derecho Penal. El Derecho Penal no protege todos los bienes jurídicos ni frente a todos los ataques a un bien jurídico (carácter fragmentario). El Derecho Penal protege solamente los bienes jurídicos fundamentales y cuando no hay otra forma de tutela efectiva menos gravosa. Todo ello está relacionado con los problemas que implica recurrir al Derecho Penal y a la imposición de una pena. A este carácter fragmentario se refiere el Tomo Primero de la obra en las páginas 36, 124-125 y 217. Desgraciadamente se tiende actualmente a recurrir al Derecho Penal como la primera ratio y no como la ultima ratio, de modo que en algún momento Julio Maier afirmó que si se aprobara un nuevo Código Civil, tendría un capítulo de delitos. Debe ser resaltado lo que se indica en la página 342 del Tomo I: “La utilización de la pena como primera ratio demuestra una incapacidad política en general para resolver los problemas sociales que constituyen el caldo de cultivo de la delincuencia: pobreza, paro, marginalidad”. Una crítica, basada en Löic Wacquant, a las políticas actuales que han dejado de lado el principio de Estado Social y han priorizado una política represiva de inocuización, llevando a una expansión del Derecho Penal y a una reducción de las garantías, se aprecia en las páginas 236-237 del Tomo Primero.

El principio de proporcionalidad es tratado en las páginas 351-352 del Tomo Primero. Se desarrollan allí los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad

en sentido estricto, los que han sido admitidos por la Sala Constitucional, como parte de la influencia del desarrollo del principio de proporcionalidad por el Tribunal Federal Constitucional alemán. En las páginas 131-133 del Tomo Primero se aprecia también un desarrollo del principio de proporcionalidad. Se señala en la página 132 de dicho Tomo: “La exigencia de proporcionalidad de las penas tiene relevancia (...) de cara a la eficacia preventiva de la norma penal, pues sólo penas proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su valoración social están en condiciones de motivar a los ciudadanos en el respeto de la norma penal. Ello sirve para cuestionar la supuesta eficacia preventiva de normas penales muy represivas, pues terminan por ser una ‘lotería al revés’ y, muchas veces, los jueces, al verlas tan desproporcionadas terminan por no aplicarlas buscando atenuantes o eximentes”.

Debe reconocerse que hoy día existe una tendencia a reformular el principio de proporcionalidad, utilizándolo como una exigencia de severidad del sistema penal y de una justicia retributiva y vengativa. Ello ocurre en Costa Rica en donde el principio de proporcionalidad es utilizado con frecuencia en la práctica para reclamar penas elevadas. El principio de proporcionalidad, sin embargo, surgió para limitar el poder estatal. En este sentido es importante lo que se dice en la página 133 del Tomo Primero: “La orientación que el Estado social y democrático de Derecho otorga a la proporcionalidad tiene un sentido garantista. Es decir ha de servir para determinar los grados máximos de penalidad y no para definir grados mínimos irreductibles”.

El principio de culpabilidad es desarrollado en las páginas 134-140 del Tomo Primero. Debe resaltarse que el principio de culpabilidad, proscribire un Derecho Penal de autor, exigiendo que el Derecho Penal sea configurado como de acto. Se señala en la página 135 del Tomo Prime-

ro: “El juicio de reproche en que para algunos consiste el principio de culpabilidad, no puede formularse en atención a la personalidad global del sujeto o por la forma en que se desenvuelve su propio estilo sino que, por el contrario, la imputación subjetiva tiene que extraerse únicamente del concreto ilícito cometido, y sólo en razón del mismo tendrá que ser determinada la ulterior sanción. En este sentido se distingue un Derecho penal del hecho frente a un Derecho penal ‘de autor’. En las páginas 420-421 del Tomo Segundo se hace referencia a la culpabilidad por el hecho y a la culpabilidad de autor, criticándose como parte de esta la concepción de Edmund Mezger de la culpabilidad por la conducción de la vida, formulada en 1939.

Debe resaltarse además la exigencia de dolo o culpa, como consecuencia del principio de culpabilidad, lo que prohíbe la responsabilidad objetiva. Ello es desarrollado en las páginas 136-137 del Tomo Primero.+

Fundamental es la consideración de la culpabilidad como un límite a la pena, desarrollado en las páginas 139-140 del Tomo Primero. Se defiende allí la concepción, que encontró acogida en su momento en diversas resoluciones del antiguo Tribunal de Casación Penal, de que la culpabilidad supone un límite a la pena a imponer, pero no una exigencia de que la pena sea adecuada a la culpabilidad, de modo que podría imponerse una pena por debajo de la culpabilidad. El principal de los votos que dictó el antiguo Tribunal de Casación Penal fue el 586-01 del 10 de agosto de 2001, siendo reiterado el criterio por los votos 898-01 del 9 de noviembre de 2001 y 1034-01 del 14 de diciembre de 2001. Se indica, con acierto, en la página 139 del Tomo Primero: “El principio de culpabilidad se opone a que la pena vaya más allá del marco superior de la culpabilidad, pero no a que se sitúa por debajo, ya que la pena es sólo necesaria cuando resulta instrumento imprescindible para

cumplimentar suficientemente los fines de protección preventivos del Derecho Penal. Por ello, la culpabilidad simplemente limita, pero no fundamenta la imposición de la pena”.

Dentro del tema del principio de culpabilidad se trata en las páginas 138-139 del Tomo Primero la presunción de inocencia, que aunque es un principio de carácter procesal y no sustantivo, debe reconocerse que es la versión procesal del principio de culpabilidad. Como se dice en el texto, gran número de violaciones al principio de culpabilidad afectan la presunción de inocencia. Debe resaltarse que aunque la presunción de inocencia no está prevista expresamente en la Constitución Política costarricense, la misma ha sido deducida del artículo 39 de la Constitución Política. Se trata de un principio fundamental y esencial de un proceso penal de un Estado de Derecho. Lo mismo cabe indicar con respecto al principio de culpabilidad.

En cuanto al principio de culpabilidad, el mismo ha sido reconocido por la Sala Constitucional en diversas resoluciones en las que excluido la responsabilidad objetiva, señalando que no hay pena sin culpabilidad. Igualmente ha señalado que la pena está limitada por el principio de culpabilidad. Entre los aspectos de gran importancia en Costa Rica es que se ha enfatizado por la Sala que el Derecho Penal debe ser un Derecho Penal de acto y no de autor.

De gran relevancia con respecto a ello es que la Sala Constitucional decretó la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad previstas en el Código Penal de 1970 para los delincuentes habituales y profesionales. Ello se dispuso por el voto 88-92 del 17 de enero de 1992. La regulación al respecto se había basado en la propuesta del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Se consideró por la Sala que esas medidas de seguridad a sujetos imputables son propias de un Derecho Penal de autor y no de un

Derecho Penal de acto y por ello son contrarias al principio de culpabilidad. La legislación costarricense permitía mantener privado de libertad a aquel que una vez cumplida la pena fuera catalogado como peligroso. En España a partir de 2015 se encuentra la prisión permanente revisable para sujetos peligrosos que han cumplido la pena, criticada en diversas partes del Tomo Primero, por ejemplo en las páginas 128-129, 141, 296-297, 342, 352, 357, 376, 382-387, 510, 563.

A pesar de que la Sala Constitucional ha rechazado que el Derecho Penal pueda ser un Derecho Penal de autor, lo que la llevó al rechazo de la medida de seguridad a imputables peligrosos, ha justificado en forma contradictoria que las condenatorias anteriores del imputado sean utilizados en su contra en la fijación de la pena, de modo que se pueda aumentar la pena con base en ello. Se trata de un criterio que ha sido sostenido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos, unificando la jurisprudencia, ante el criterio divergente que se sostuvo en algunos fallos del antiguo Tribunal de Casación Penal y del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Ello ha sido sostenido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en los votos 2012-212 del 17 de febrero de 2012; 2012-1836 del 5 de diciembre de 2012. Se ha dicho que la reincidencia es un factor a considerar junto con otros aspectos, pero no es permitido que sea lo único que sirva para fundamentar la pena (voto 2012-136 del 27 de enero de 2012). Se trata de un criterio problemático, que correspondería al concepto de culpabilidad por la conducción de la vida, formulado por Edmund Mezger, al cual se hizo mención arriba.

Con respecto a la pena máxima de prisión debe resaltarse lo que se indica en las páginas 388-390 del Tomo Primero. Se menciona allí el límite máximo de la pena de

prisión en 20 años, pero una serie de excepciones en que se puede imponer una pena mayor, pudiéndose llegar a la imposición de una pena de 40 años. Se critica ello en cuanto supone una cadena perpetua solapada. Se hace mención a que existe consenso en la doctrina española en que una pena de prisión mayor de 15 años tiene efectos irreversibles con respecto a la socialización del individuo, por lo que es contraria al principio de reeducación (Tomo Primero, página 389). Ello tiene relevancia con respecto a la situación costarricense. La Sala Constitucional, a pesar de la prohibición constitucional de las penas perpetuas, por medio del voto 2015-19582 del 16 de diciembre de 2015 declaró que la pena máxima de 50 años contemplada en la legislación costarricense, no es incompatible con los principios de humanidad y proporcionalidad, reiterando el criterio que había sostenido en las sentencias 2009-4522 del 18 de marzo de 2009 y 2010-4488 del 3 de marzo de 2010.

Debe reconocerse que la Sala Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de penas en algunos asuntos de poca relevancia, por ejemplo en relación con los delitos de abandono dañino de animales (voto 2007-18486) y el descuido de animales (voto 2008-16098). Sin embargo, en los asuntos que tienen relevancia, no ha procedido a declarar la inconstitucionalidad, por ejemplo además de la pena máxima de 50 años de adultos, declaró la constitucionalidad del máximo de 15 años de internamiento que se pueden disponer conforme a la Ley de Justicia Penal Juvenil (voto 2743-99), lo que va en contra de los parámetros internacionales fijados en el Derecho Comparado y de los principios de la justicia penal juvenil. Igualmente se declaró la constitucionalidad de la pena mínima de 7 años del artículo 58 de la Ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades

conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo (Voto 2011-11,967). Debe señalarse que donde realmente se pone a prueba los principios del Estado de Derecho, como el principio de proporcionalidad, es en los asuntos que tienen gravedad, no en los asuntos de poca relevancia. Así donde se fijaron las reglas de la proporcionalidad por la Sala Constitucional es en los votos 2015-19582, 2009-4522, 2010-4488, 2743-99 y 2011-11967, no en los votos 2007-18,486 y 2008-16,098. Uno de los aspectos del principio de proporcionalidad es la dosimetría entre las penas. Sin embargo, la misma pierde sentido cuando se establecen penas de hasta 35 años de prisión y la posibilidad de imponer en total 50 años en el Derecho Penal de adultos. Igualmente cuando en el Derecho Penal Juvenil pueden imponer 15 años de internamiento.

Uno de los grandes problemas que se presentan en Costa Rica es el hacinamiento carcelario, provocado por el éxito que ha tenido el populismo punitivo, que ha llevado a un aumento vertiginoso en la cantidad de privados de libertad desde 2010. Así los privados de libertad por cien mil habitantes que en 2003 era de 190, y se había mantenido con pequeñas variaciones en los años posteriores, siendo de 191 en 2009, pero subió en 2010 a 211, en 211 a 238, en 2012 a 264, en 2013 a 313 y en 2014 de 341. En marzo de 2015 la Ministra de Justicia señaló que la tasa de hacinamiento carcelario ascendía al 51,4%. De acuerdo con la Ministra de Justicia en las cárceles había 13,827 reos, pero solamente podían albergar 9,130, por lo que había un exceso de 4,697. Los intentos de la nueva Ministra de Justicia de tratar de reubicar reos no peligrosos en un régimen semi-institucional, han tenido una gran resistencia. El hacinamiento carcelario implica un grave quebranto al principio de humanidad (desarrollado en las páginas 126-129 del Tomo Primero) y además a la pretensión de

resocialización (tratada en las páginas 140-142 del Tomo Primero), puesto que agrava el carácter criminógeno que tiene la pena privativa de libertad.

En las páginas 467-491 del Tomo Primero se desarrolla “El sistema de sanciones aplicables a personas jurídicas”. El tema es tratado de nuevo en las páginas 25-26 del Tomo Segundo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas debe reconocerse que es una tendencia del Derecho Comparado, de modo que es un tema que no pueden desconocer aquellos que quieran adentrarse en el estudio del Derecho Penal. Sin embargo, debe advertirse que en Costa Rica no se ha admitido, con razón, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que se ha justificado en que ello sería contrario al principio de culpabilidad.

Se hace referencia en las páginas 319-329 del Tomo Primero al “Derecho Penal del Menor”, mencionándose el nuevo paradigma de responsabilidad, que llevó a que las personas menores de edad no sean consideradas como inimputables, lo que había llevado con anterioridad a una ausencia de garantías. Se hace énfasis en la finalidad preventiva-especial del “Derecho Penal del Menor”. Se hace mención a las “medidas” que se aplican a las personas menores de edad, que es la terminología utilizada en la legislación de España. En Costa Rica las consecuencias jurídicas que recibe el joven como consecuencia de su conducta delictiva reciben la denominación de “sanción”, aunque hubiera sido mejor que se hubiera utilizado el término “pena”, puesto que esa es su naturaleza, aunque con particularidades derivadas del principio educativo. Por ello aunque con respecto a algunas sanciones la legislación costarricense utiliza el término “medida”, debe evitarse la denominación “medidas”, empleada por la legislación española, puesto puede llevar a confusiones relacionadas

con el modelo tutelar. Debe admitirse que en forma inadecuada la legislación costarricense, al igual que la española utiliza el término “internamiento”, para denominar la pena privativa de libertad conforme al Derecho Penal Juvenil, lo que es una terminología más bien propia del modelo tutelar. Lo anterior no lleva a que se desconozca las características particulares que debe tener el sistema de sanciones en el Derecho Penal Juvenil, prefiriéndose en primer lugar las soluciones de justicia restaurativa, unido a que debe tratarse de evitar la imposición de la sanción privativa de libertad, dándose prioridad a las sanciones no privativas de libertad, requiriéndose cuando se impone una sanción de privación de libertad, una evaluación periódica, para determinar si se justifica mantener esa privación. A todo ello se agrega el sentido educativo que debe dotarse a la sanción penal juvenil en general y en particular a la sanción privativa de libertad, aunque debe reconocerse que por más que se pretenda este sentido educativo, no deja de ser una privación de libertad con todos los efectos negativos que tiene la misma, los que ven agravados por su condición de jóvenes. Como lo indiqué alguna vez ¡qué triste sería haber pasado la adolescencia privado de libertad! Se trata de una época que no vuelve y en la que los tiempos transcurren de una manera más lenta. Se une a ello el carácter episódico que tienen muchas veces los hechos delictivos de los jóvenes. Además con respecto a los jóvenes existen mucho mayores posibilidades de influir para que no continúen una vida delictiva, lo que se dificulta cuando se le priva de libertad al joven, por el carácter criminógeno que tiene la privación de libertad. Por ello los instrumentos internacionales enfatizan la prioridad que deben tener las soluciones alternativas y las sanciones alternativas, de modo que realmente la privación de libertad sea la ultima ratio. Es lamentable el endurecimiento del

sistema penal juvenil que ocurrió en España en 2006, el que es mencionado 325-327 del Tomo Primero.

La teoría del delito es desarrollada en el Tomo Segundo, partiéndose de la estructura del delito similar a la propuesta por la concepción finalista. Importante es que la teoría del delito cumple una función de traer seguridad jurídica, en cuanto a través de un método escalonado de análisis, se trata de perseguir una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales. En ese sentido se dice en la página 15 del Tomo Segundo: “La justificación de la dogmática de la teoría del delito se haya en posibilitar una jurisprudencia racional, objetiva y unitaria y su consiguiente contribución a la seguridad jurídica”.

En Costa Rica una de las resoluciones de mayor trascendencia en cuanto a la teoría del delito es el voto 446-F-92 del 25 de septiembre de 1992, dictado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que supuso un cambio de paradigma, puesto que implicó la adopción de una estructura de la teoría del delito similar a la propuesta por el finalismo, separándose de la estructura neoclásica que había sido imperante hasta la fecha. Estas concepciones como parte de la evolución de la teoría del delito son desarrolladas en las páginas 20-24 del Tomo Segundo. Debe tenerse en cuenta que la estructura del delito propuesta del finalismo, aunque no su concepto de acción final, llegó a imponerse en forma absoluta en Alemania a mediados de la década de los setenta del siglo XX, luego de las grandes discusiones entre la teoría neoclásica y la final en la década de los cincuenta y principios de los sesenta del siglo XX. Tiempo después llegó a imponerse también en España. En el caso costarricense el cambio se realiza a partir del voto 446-92 de la Sala Tercera, arriba mencionado. Este votó distinguió por primera vez entre el error de tipo y el error de prohibición. Se señaló que el

error de tipo está relacionado con la tipicidad, mientras el error de prohibición con la culpabilidad. Acerca del error de tipo véase en particular las páginas 170-173 del Tomo Segundo y sobre el error de prohibición las páginas 477-482 del mismo Tomo. La Sala hizo una distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo en los delitos dolosos, señalando que en los delitos dolosos el dolo forma parte del tipo subjetivo. Bajo la influencia de Raúl Zaffaroni reconoció el error de prohibición culturalmente condicionado. Hizo además la distinción entre el error de prohibición vencible y el error de prohibición invencible, de modo que el primero disminuye la culpabilidad y la pena y el segundo excluye la culpabilidad y con ello la posibilidad de imposición de una pena.

Este mismo voto considera que el error sobre las circunstancias que harían justificada la acción es un error de prohibición indirecto, asumiendo la concepción defendida por el finalismo. Este criterio con respecto este tipo de error, denominado como error de tipo permisivo, ha sido mantenido por la jurisprudencia mayoritaria a través del tiempo, por ejemplo en los votos 2010-868 del 13 de agosto de 2010 y el 2010-921 del 27 de agosto de 2010, dictado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Igualmente fue sostenido por algunos votos del antiguo Tribunal de Casación Penal, por ejemplo en el voto 2009-1343 del 4 de septiembre de 2009. No han faltado, sin embargo, votos divergentes, dentro de los que destaca el voto 2001-713 del 14 de septiembre de 2001 y el voto 805-F-96 del 8 de diciembre de 1996, en los que se ha sostenido que la solución que se debe dar al error de tipo permisivo debe ser similar a la que se otorga al error de tipo. El asunto de acuerdo con mi criterio encuentra regulación expresa en la ley, en cuanto el artículo 34 del Código Penal indica: "No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en

error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. ***Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado***” (lo resaltado no es del original). Por ello tratar dicho error como un error de prohibición indirecto en Costa Rica es no solamente desatender lo establecido en el artículo 34 del Código Penal, sino además hacerlo a partir de una solución que resulta más gravosa para el sujeto al que se atribuye el hecho delictivo.

La distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, la que es fundamental para la determinación de si se está ante un tentativa o bien ante un acto impune, es desarrollada en las páginas 190-196 del Tomo Segundo, haciéndose una distinción entre las teorías subjetivas (el plan del autor) y las teorías objetivas (peligro y peligrosidad). En lo atinente a la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución la jurisprudencia costarricense desde principios de la década de los noventa del siglo pasado, ha afirmado que sigue la teoría formal-objetiva, formulada por el finalismo. Ello se aprecia por ejemplo en los votos 48-F-91 y 643-F-91, ambos ordenados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en 1991. Sin embargo, la jurisprudencia costarricense aunque diga que sigue la teoría objetivo individual, sigue en realidad una concepción híbrida, en forma similar a la propuesta de Eugenio Raúl Zaffaroni. Así ha dicho que es tentativa la conducta que de acuerdo con el plan del autor se pone en forma inmediata a la realización típica, poniendo en peligro el bien jurídico tutelado. Esta referencia al bien jurídico tutelado no es propio de la concepción finalista, que le daba énfasis al desvalor ético-social del acto, sino corresponde más bien a la

concepción material-objetiva de la tentativa, propugnada por la concepción neoclásica de la acción. La posición que se sostiene en la página 264 del Tomo Segundo es similar a la de la jurisprudencia costarricense. Se dice: "El peligro al bien jurídico aparece como un elemento incapaz por sí mismo, sin referencia alguna al plan del autor, para deslindar los actos preparatorios de los actos ejecutivos: actos aparentemente peligrosos desde el punto de vista externo absolutamente aséptico respecto al plan del autor pueden ciertamente no serlo en absoluto o adquirir objetivamente un significado distinto una vez tenido en cuenta este último. Con todo, son las que apuntan en la dirección adecuada a fin de poder delimitar actos preparatorios y ejecutivos, para lo que habrá que tener en cuenta estos tres pilares: a) el plan del autor; b) la inmediata puesta en peligro del bien jurídico; c) la inmediatez temporal".

La teoría de la imputación objetiva es tratada en las páginas 123-150 del Tomo Segundo. Con respecto a la teoría de la imputación objetiva debe mencionarse la gran discusión que se suscitó en Costa Rica durante los años 2000 a 2002 entre Alfredo Chirino y Francisco Dall' Anese, por un lado, contrarios a la imputación objetiva, y Juan Marcos Rivero y Javier Llobet, por el otro, favorables a la teoría de la imputación objetiva. Se trata tal vez de la discusión dogmática más importante que se ha existido en Costa Rica, pero que desgraciadamente quedó inconclusa. En dicha discusión no dejó de entrar el análisis del funcionalismo extremo de Günther Jakobs y el funcionalismo moderado de Claus Roxin. En forma respetuosa debo indicar que de acuerdo con mi perspectiva mis amigos Francisco Dall' Anese y Alfredo Chirino no hicieron una distinción adecuada entre ambos funcionalismos y entre la concepción de la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs y la de Claus Roxin. Para traer más claridad sobre el funcionalis-

mo penal de Jakobs y Roxin, es importante considerar lo que se señala en las páginas 211-216 del Tomo Primero. La jurisprudencia costarricense en diversos fallos se ha referido a la teoría de la imputación objetiva, aunque debe reconocerse que no se trata de una temática que sea desarrolladas con frecuencia por ella, sino son relativamente pocos los votos que han tomado partido a favor o en contra de la teoría de la imputación objetiva. Entre los votos es importante mencionar el voto 122-F-99 del 9 de abril de 1999, ordenado por el antiguo Tribunal de Casación Penal. Igualmente pionero fue el voto 376-F-98 del 25 de mayo de 1998, dispuesto también por dicho Tribunal.

Dentro de los aspectos importantes correspondientes a Costa Rica, es que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que los supuestos de capacidad de culpabilidad disminuida, o imputabilidad disminuida, implican la exclusión de la culpabilidad y con ello la imposibilidad de imposición de una pena. Se trata de una concepción que se ha sostenido ante la falta de claridad del Código Penal, que al regular la imputabilidad disminuida solamente hizo mención expresa a la posibilidad de imposición de una medida de seguridad, pero no así a la posibilidad de imposición de una pena atenuada, como es el criterio que en general se sostiene por la doctrina y que encuentra cabida en el Derecho Comparado. Debe tenerse en cuenta que, con razón, la doctrina parte de que siendo la culpabilidad graduable, la capacidad de culpabilidad disminuida o imputabilidad disminuida, implica una menor culpabilidad y con ello procedería la atenuación de la pena, pero no significa la exclusión de la culpabilidad y con ello de la posibilidad de imponer una pena. A ello se hace mención en la página 440 del Tomo Segundo. Debe tenerse en cuenta que en Costa Rica se regula en ese sentido la emoción violenta como un supuesto de atenuación del homicidio o

lesiones, considerándose en general por la doctrina que la emoción violenta, que no llegase al grado de afirmar la falta de capacidad de culpabilidad, es precisamente un ejemplo de capacidad de culpabilidad disminuida. Con todo, en contra de este argumento, la jurisprudencia costarricense, ha sostenido que la capacidad de culpabilidad disminuida no disminuye la culpabilidad, sino la excluye, y no atenúa la pena, sino excluye la posibilidad de imposición de una pena. Debe reconocerse, sin embargo, que muchos de los casos que en los dictámenes periciales rendidos en Costa Rica son catalogados como de capacidad de culpabilidad disminuida, en realidad son supuestos de falta de capacidad de culpabilidad. Sobre el criterio jurisprudencial que sostiene que no puede imponerse una pena en los casos de capacidad de culpabilidad disminuida puede citarse el voto 2009-296 del 3 de marzo de 2009, ordenado por el antiguo Tribunal de Casación Penal.

Quiero agradecer a los autores que me hayan concedido el honor de hacer el prólogo a la presente obra.

Alajuela 27 de enero de 2016.

*Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez LL.M.
Catedrático de la Universidad de Costa Rica*