

### **Presentación del número 12.**

**Prof. Dr. Gustavo Chan Mora**

En el año 1917, el gran pensador británico Bertrand Russell, indicaba con acierto que el *“Ser humano le teme al pensamiento, como no teme a nada más sobre la tierra – más que a la ruina, y aún más que a la muerte –. El pensamiento es subversivo y revolucionario, destructivo y terrible; el pensamiento no tiene piedad con el privilegio, con las instituciones establecidas, ni con los hábitos confortables; el pensamiento es anárquico y no está sometido a leyes, indiferente a la autoridad, y no se toma cuidados con la bien probada sabiduría de los años. El pensamiento, mira dentro del pozo del infierno y no siente temor. Ve al hombre, una endeble partícula, rodeada por insondables profundidades de silencio; que sin embargo se porta con orgullo, tan indiferente, como si fuera el señor del universo. El pensamiento es grandioso, rápido y libre, la luz del mundo, y la principal gloria del ser humano.”* Bertrand Russell, *Why Men Fight* (1917), Ch. V Education, pp. 178-179.

Hoy, más que nunca, se debe recalcar la importancia de este atributo esencial de la condición humana: el escenario global nos muestra, para los contextos nacionales más variados, similares niveles de decadencia en la gestión de las instituciones públicas, abandonadas a la improvisación, sin Norte ni planificación, e incluso enfrentadas con los criterios y parámetros de la ciencia. No es casual entonces, que los fundamentalismos autoritarios que han gobernado y gobiernan recientemente el mundo, se arrojen con todo lo que sirva para la anulación del pensamiento crítico. Así, se evitan los peligros de subversión - incluso los más insignificantes - se mantienen los privilegios, se entronizan los dogmas de la autoridad sin más, y se detienen las posibilidades de cambio del estado actual de las cosas.

En el escenario del Derecho como disciplina de conocimiento, y del Derecho penal en particular, la situación no es muy diferente. Usualmente, la jurisprudencia penal se contenta con dar vuelta sobre sí misma al infinito, sin provocar grandes avances en los instrumentos que ofrece para el análisis y valoración de la realidad que le resulta relevante. Lo propio acontece en la mayoría de las voces de la dogmática, encerradas en el ontologicismo jurídico, ausentes y lejanas de las grandes discusiones y descubrimientos que se están dando en otros ámbitos del saber (como por ejemplo las neurociencias, o los avances de la inteligencia artificial) haciendo como si aquello no les tocara, o no les resultara de importancia nunca.

Muy por el contrario, en esta publicación periódica consideramos que se debe celebrar cada intento de disrupción en el campo de conocimiento especializado que tratamos. Se compartan o no las premisas de las que parten los autores que presentan sus artículos, resulta extremadamente loable si con ellos se abren nuevos caminos para la discusión, ahí donde antes solo habían verdades o dogmas inmutables. El avance de las ciencias penales, precisamente, solamente se dará si se procede de esa manera. Nunca por la repetición que se acomoda a los “hábitos confortables”. En un intento por seguir esos objetivos, como parte de la línea editorial de esta revista, en este número 12 se presentan siete artículos de diferentes autores y autoras, nacionales y extranjeros.

**El primero de ellos**, ha sido escrito por el profesor Juarez Tavares, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, en Brasil; reconocido referente de la dogmática penal crítica en Latinoamérica. Con su artículo denominado “La formación de intersubjetividad y la política criminal populista”, el autor delimita conceptualmente lo que se entiende por “intersubjetividad” en sociedades conflictuales como la brasileña, para luego establecer la relación que existe entre aquella y la denominada “política criminal populista”. Su disertación desemboca, finalmente, con la proposición de ciertas condiciones para limitar una esta última orientación.

En este sentido, Juarez Tavares sostiene que la dogmática penal, como forma de un saber comprometido con la verdad, debe ser el instrumento de crítica y de control de la política criminal. Pero hay que señalar que la política criminal no es producto solo del poder legislativo o del poder ejecutivo, sino también del judicial. Y frente al judicial, cabe a la dogmática penal demostrar que sus decisiones no pueden apartarse de la Constitución, que su racionalidad está siempre vinculada al derecho legítimamente legislado. Por eso, el llamado activismo judicial solo puede valer en cuanto se manifieste como forma de garantizar la extensión de los derechos fundamentales.

Jorge Quesada Jiménez, licenciado en derecho y egresado de la Maestría en Ciencias Penales, es **el autor del segundo artículo** de este número 12 de la revista, titulado “La muerte digna en el Estado de Derecho costarricense: acercamiento al suicidio asistido”. Quesada Jiménez polemiza con su propuesta de promover la despenalización del suicidio asistido en Costa Rica. Para ello, el autor parte de la premisa fundamental de que las personas deberían tener libertad para decidir cuándo ponerle fin a su propia vida, en determinadas circunstancias, con la ayuda del Estado. Según considera, esta es la manera efectiva de garantizar los derechos fundamentales a la autonomía y dignidad del ser humano.

En esta línea de reflexión, se analizan los bienes jurídicos en juego, luego de lo cual se concluye que en el tema, se da la colisión de varios bienes jurídicos (vida, dignidad, autonomía), frente a los cuales se requiere una valoración integral para poder discutir sobre la aplicación del suicidio asistido en Costa

Rica. Sumado a lo anterior, se proponen ciertas condiciones específicas para poder aceptar que alguien disponga de su vida. Quien escribe, pone en evidencia que las disposiciones legales actuales, no le permiten al titular de los bienes jurídicos en juego, otorgar su consentimiento a terceros para que acaben con su vida, por lo que se les obliga a actuar personalmente e, incluso, con mayor sufrimiento. No deja de lado que también existe una discusión ética en el asunto, a saber, si los médicos deben hacer todo lo posible por preservar la vida de las personas, aún cuando esta es forzada, y con preponderante ausencia de salud.

**En el tercer aporte**, titulado como “El delito de pornografía virtual y pseudo pornografía en el Código Penal de Costa Rica”, Soledad Cortés Sandí, defensora pública en este país, sugiere que los tipos penales depornografía virtual y pseudo pornografía tienen, debido a su redacción, graves vicios de constitucionalidad. Mediante un estudio de derecho comparado con la legislación española, la autora hace una reflexión político-criminal y un estudio de la técnica legislativa utilizada para la formulación de los tipos penales de pornografía infantil, así como también presenta un breve análisis sobre la falta de bienes jurídicos protegidos al efecto. En un cuestionamiento, claramente crítico, Cortés Sandí apunta la importancia de que los legisladores se aparten de sus propios prejuicios, al regular de determinadas conductas sexuales, ya que con base en ellos pueden atentar contra el propio Estado de Derecho.

El proceso de expansión del derecho penal, se evidencia en Costa Rica, desde 1994, con una creciente promulgación de tipos penales y con la agravación de penas en materia de delitos sexuales. En lo que respecta a los tipos específicos de pornografía infantil propiamente, la ley 8590 del 18 de julio del 2007, vino a establecer sobre todo aumentos de penas. El delito de difusión de pornografía infantil se instaura por primera vez en el Código Penal con la ley 8143 del 5 de noviembre del 2001. Años más tarde se reforman estos artículos con la finalidad de aumentar las penas, situación que la autora critica, pues considera que son sanciones que no responden a la realidad, ya que las denuncias en materia de delitos sexuales, se dan principalmente por violaciones y abusos sexuales: “tendríamos que preguntarnos si tanta ampliación de la punición en realidad se justifica en el plano de la política criminal.”

Al respecto, plantea que la criminalización de muchas de estas conductas sexuales en realidad es una construcción social contraproducente para la vida de los jóvenes, pues se basa más en mecanismos de control de su sexualidad, que de protección de los mismos. En materia de menores, la autora entiende que la política criminal debe centrarse en el contexto que rodea al menor, y no en una criminalización de las formas en que se vincula con otros pares. A esto suma, que la técnica legislativa utilizada en nuestro país para la penalización de pseudopornografía no se basa en el principio de lesividad, y vulnera el principio de lex certa (claridad de la ley penal) ya que el tipo penal correspondiente, resulta ser

excesivamente indeterminado, y no se entiende que conductas se procura penalizar. La autora también critica que se pretenda la condena de la posesión privada de estas imágenes, pues considera, de nuevo, que no existe bien jurídico.

Danny Herrera Camareno, egresado del programa de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, suscribe el **cuarto artículo de esta edición**, denominado “Neurociencia y Derecho Penal: Credibilidad del testigo a la luz de los avances sobre el sistema nervioso”. Se ofrecen así novedosos aportes sobre los avances en la investigación del sistema nervioso, como criterios para determinar la credibilidad del testimonio en sede judicial. Luego de repasar los conceptos de Neurociencia y Neurolaw, se exponen algunos elementos que, según sugieren las neurociencias, deben tomarse en cuenta al momento de valorar un testimonio. El núcleo de su escrito, versa sobre las variables a considerar para atribuir exactitud y credibilidad a los testimonios. Siendo así, establece que existen distintos aspectos que pueden influir en la función de la memoria y, por eso, es importante determinar ciertas pautas para otorgarle validez a los testimonios, por ejemplo, en el reconocimiento de personas. Además, define el denominado *Statement Validity Assessment*, con el que se busca determinar la validez a los testimonios, por ejemplo, al recabar la mayor información posible sobre el testigo (como el estado mental); al utilizar criterios que permiten distinguir una invención de un recuerdo genuino, para así determinar la validez. En el caso específico del testimonio rendido por menores de edad, delimita condiciones propias del mismo, que deberían ser consideradas para determinar su validez, algo que no se realiza en la actualidad, debido a que se emplean únicamente criterios formales propios del sistema de valoración de la sana crítica. Por último, Herrera Camareno, deja abierto el debate acerca de la posibilidad de utilizar la neuroimagen (instrumento que mediante imágenes explica la función del sistema nervioso central), como elemento probatorio en el proceso penal costarricense.

**El quinto artículo de este número 12 de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales**, ha sido escrito por Gabriela Arias Godínez, estudiante de este programa de posgrado, quien discurre sobre “El delito de aborto y el aborto terapéutico: Las deudas de la norma técnica para el procedimiento médico vinculado con el artículo 121 del Código Penal”. La autora parte de la identificación de la pugna, entre el derecho y la moral, que rodea al tipo penal del aborto. En esencia, una discusión que gira en torno al feto y a si este debe ser, o no, considerado persona, y que recientemente muestra evidentes contradicciones entre los parámetros de aquellos dos modelos de normas sociales.

Con el estudio del tipo penal objetivo del aborto, y de la acción típica que este contiene, Arias Godínez sostiene que para su correcta interpretación necesariamente se deben atender conceptos de orden médico-legal, que resultan muchas veces de difícil comprensión para el operador jurídico. Asimismo, la

autora diferencia los criterios que ha mantenido la Sala Constitucional de Costa Rica con respecto a la vida intrauterina, específicamente su cambio de paradigma con la sentencia de la CIDH en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica. Apunta su crítica en particular, a una resolución específica de la Sala Tercera de Casación Penal, con la cual se dejó de lado el concepto médico legal de “feto”, y se le definió como tal desde criterios no científicos. En ese orden de reflexión, la autora hace un análisis de normas nacionales e internacionales, se propone una redefinición del tipo penal de aborto y de la política criminal que lo sustenta.

Desde un planteamiento feminista, y la la lucha por los derechos de autodeterminación y decisión sobre el propio cuerpo, se apoya la despenalización del aborto procurado, con el fin de evitar alta mortalidad y los problemas de salud que sufren las mujeres, a causa los abortos clandestinos; a la vez que, mediante el ejemplo de un caso práctico, se cuestiona la deuda que, desde su perspectiva, mantiene la norma técnica del aborto terapéutico, con las mujeres.

Finalmente, **el sexto artículo de este ejemplar**, se denomina como “El delito de seducción o encuentros con menores por medios electrónicos desde la óptica penal juvenil”. Su autor, Álvaro Pérez Roda, defensor público en Costa Rica, considera que el tipo penal de seducción, o encuentros con menores, por medios electrónicos, previsto en el artículo 167 bis del Código Penal. se construyó a partir de una visión adultocéntrica. Considera así, que el principal problema de su redacción actual es que permite la represión penal juvenil de las conversaciones y los acercamientos de índole sexual entre adolescentes en condiciones de paridad. A partir de la lectura del artículo de ley respectivo, quien escribe deduce que el tipo penal no excluye la punibilidad de las conductas allí descritas, cuando el sujeto activo sea otra persona menor de edad.

Entre jóvenes menores de 18 años, es usual que se den conversaciones de carácter sexual. Por eso, propone una interpretación particularizada, para el derecho penal juvenil, de la dimensión objetiva y subjetiva del tipo penal aludido. En este orden el autor considera indispensable identificar si las personas adolescentes (de acuerdo a su madurez progresiva), en calidad de sujetos activos, son conscientes y tienen el dolo específico de cometer la acción típica. “Es difícil suponer razonablemente que desde la perspectiva de adolescentes mayores de 13 años y menores de 18, estos puedan presuponer que el acto de “seducirse” por medio de las TICs encuadre en una norma penal que pueda alcanzarlos.” El autor incluso sugiere que podría tratarse de un “error de tipo evolutivamente condicionado”.

Con base en un breve estudio de derecho comparado, Pérez Roda presenta la solución planteada por Ley Orgánica 10/1995 española, según la cual, si bien los mayores de 16 y menores de 18 años de edad pueden cometer esta acción típica, resulta ser que “el consentimiento libre del menor de dieciséis

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

años excluirá la responsabilidad penal, cuando el autor sea una persona próxima al menor de edad y grado de desarrollo o madurez.” El acierto español consiste en sacar de la esfera del derecho penal conductas que bajo tesis de principio no deberían ser objeto de represión penal, pero sí de una especial atención pedagógica. En la adolescencia se experimenta progresivamente la expresión sexual afectiva. Cuando se participa libremente de estas y en condiciones de igualdad, no se lesiona el bien jurídico. Por último, se hace referencia a la culpabilidad penal juvenil respecto de aquella conducta concreta; sobre la cual el autor duda que exista la capacidad actual o potencial de conocer su carácter lícito o ilícito, y de comportarse conforme a esa comprensión.