

Informe de Investigación

Título: LA LEY DE PENALIZACIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Rama del Derecho: Derecho Penal	Descriptor: Derecho Penal Especial
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Ley de Penalización de violencia contra la Mujer, principio de legalidad, igualdad
Fuentes: Doctrina, Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 11/2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen	1
2 Doctrina	2
a) Proyecto de penalización de la violencia contra las mujeres.....	2
b) Consideraciones respecto al principio de igualdad en el Proyecto de Ley.....	3
c) Consideraciones respecto al principio de Legalidad en el Proyecto de Ley.....	4
d) Análisis general sobre la criminalización de la Violencia contra las Mujeres: ¿Un Ejemplo de Derecho Penal “Moderno” en el Contexto del Capitalismo Cínico y del Estado Policía?.....	5
3 Jurisprudencia	13
a) Criterio de la Procuraduría General de la República previo a la aprobación del Proyecto de Ley de Penalización de Violencia contra las mujeres.....	13
b) Interpretación de la Ley de Penalización sobre el artículo 43, es de aplicación tanto para hombres como para mujeres	28
c) Análisis sobre el Delito de Incumplimiento de medida de protección, el cual no aplica cuando la víctima es un hombre.....	31
d) Definición de violencia patrimonial.....	34

1 Resumen

En el presente informe de investigación se recopila la información disponible que realiza análisis sobre los temas contenidos en la Ley de Penalización de la violencia contra la mujer, entre estos artículos de doctrina cabe aclarar al lector que los mismo fueron elaborados con base en el texto

del proyecto de ley, dentro de los temas que se analizan están los principios de igualdad y legalidad, además desde la jurisprudencia se analizan aspectos con base a casos prácticos.

2 Doctrina

a) Proyecto de penalización de la violencia contra las mujeres

[VALERÍN RODRIGUEZ]¹

“Partiendo de la calificación que la violencia doméstica es un problema de salud pública, en 1996 en nuestro país se aprobó la Ley de Violencia Doméstica, que significó un importante rompimiento con la lógica jurídica tradicional en aspectos trascendentales para la seguridad de las mujeres.

Tiene un proceso que aborda situaciones de emergencia, según el cual se puede desalojar al ofensor o aplicar otras medidas de protección, antes de realizarse una comparecencia para decidir si se mantienen esas medidas o se levantan. Además, se rompe con la lógica jurídica tradicional, con el establecimiento del "in dubio pro víctima". En caso de duda el juez debe mantener las medidas de protección.

Esta ley ha tenido problemas serios de aplicación debido a la mentalidad imperante entre los jueces, pero también porque hemos visto que dejar la protección legal tan solo en el área civil es ineficiente. Muchas mujeres continúan siendo asesinadas y maltratadas severamente por sus esposos, compañeros, excónyuges o parientes cercanos en el ámbito del hogar.

La "dinámica del dolor" que año con año ha venido cobrando cada vez más vidas de mujeres en el hogar y en situaciones de poder o confianza nos llevó a presentar en noviembre de 1999 ante la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, en un proceso de elaboración, consulta y discusión muy similar al aplicado con la Ley de Paternidad Responsable y en una misma coyuntura histórica.

Una vez más el apoyo y compromiso del Presidente de la República, de las magistradas de la Corte Suprema de Justicia, de las diputadas del parlamento ha sido fundamental para alcanzar en el marco del trámite legislativo la aprobación en la Comisión de Asuntos de la Mujer y llevar la propuesta a su última etapa de ese proceso para convertirse en ley.

El Proyecto visibiliza la violencia física, sexual, psicológica y patrimonial a que son sometidas las mujeres por parte de su esposo y compañero, y la eleva a la categoría de delito para decretar la correspondiente sanción al agresor.

La propuesta representa un salto cualitativo trascendental en el marco del Derecho Penal, que en nuestro país se remonta a los años setenta del pasado siglo y a las doctrinas vigentes en el Cono Sur del Continente, cuando las mujeres no sólo eran sujetas con escasos

derechos, sino que la jurisprudencia estaba signada por la voluntad de los sables y las charreteras.

Pretendemos sacar del anonimato del ámbito privado el golpe, la descalificación, la agresión sexual y también la patrimonial, para elevarla a la categoría de acción pública y convertirla en delito.

El proyecto rompe con la lógica jurídica tradicional al abordar la diferencia genérica de poder entre la pareja, superando el mito de igualdad de hecho que se ha argumentado en muchas ocasiones.

Además se redacta para proteger a un grupo especialmente vulnerable, como una medida de acción positiva. También sigue la línea de establecer límites a los actores privados de violación u obstaculización de los derechos humanos de las mujeres.

Estamos conscientes de que la ley, por sí sola, no va a eliminar un problema ancestral de la sociedad humana, pero complementada con otras acciones a desarrollar por las instancias oficiales y la sociedad civil puede coadyuvar a la conformación de nuevos patrones culturales, buenas prácticas y sanas formas de relacionarnos entre los géneros, fundamentadas en el respeto a las diferencias, la igualdad y la equidad.

Con ese objetivo estratégico, y también para responder a las demandas del presente, hemos conformado un Sistema Nacional de Atención a la Violencia Doméstica en conjunto con organismos estatales y no gubernamentales.

b) Consideraciones respecto al principio de igualdad en el Proyecto de Ley.

[GUZMÁN GÓMEZ]²

“En primer lugar, el principio de igualdad implica que a todos los seres humanos se les debe dar trato igual, en la medida en que sus condiciones sean iguales. Es decir, se rechaza todo tipo de discriminación basada en motivos irracionales, como puede ser la discriminación en razón del sexo, la raza o la denominación religiosa de una persona.

El contenido del proyecto en estudio es contrario al principio de igualdad que se tutela en el artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica, pues los artículos 1 y 3 del proyecto pretenden brindar protección especial a las mujeres mayores de edad y a las menores de 18 pero mayores de 15 años, que sean víctimas de la violencia en el marco de una relación de poder o confianza. Estas dos normas obvian que todas las personas pueden ser víctimas de la violencia, independientemente de su género y edad.

Estas normas también son contrarias al artículo 33 de la Constitución Política debido a la excesiva exclusividad que pretenden establecer. El hecho de que la mayoría de las víctimas de la violencia sean mujeres, no justifica la exclusión de otros grupos de personas como los niños, niñas, hombres jóvenes y adultos mayores, y por ende estas dos normas resultan ser discriminatorias.

La protección a las víctimas de la violencia sería vana en la medida en que sea aplicable a todas las personas, no así si se protege sólo a un grupo de ellos.

La diferenciación que pretenden las normas de este proyecto tampoco cumple con la exigencia de ser una diferenciación de tipo objetiva, pues las normas tienen como fin principal la protección a las mujeres como grupo vulnerable a la violencia, y no buscan atacar y penar objetivamente las conductas violentas.

Las estadísticas que muestran que las mujeres son la mayoría de las veces víctimas de la violencia, no son realmente un motivo relevante que justifique la existencia de una diferencia entre grupos, si se considera que todas las personas merecen una vida libre de la violencia.

Tampoco se puede alegar que la exclusividad de estas normas corresponda a la finalidad que persigue el artículo 7 inciso c de la Convención Belén Do Para, pues, esta norma en ninguna forma deja margen para suponer una exclusión de otros grupos, de la protección de las normas que se generen para eliminar o prevenir la violencia.

La protección a las víctimas de violencia es un motivo válido para el establecimiento de una norma especial, no así, para la imposición de una diferenciación que no está totalmente justificada, como sería dar protección solamente a las víctimas que sean mujeres mayores de edad.

Otra discriminación establecida en los artículos 1 y 3 del proyecto, es aquella que resulte de no proteger a las mujeres menores de quince años de edad. El proyecto no considera que en la realidad actual, muchas jóvenes menores de quince años establecen relaciones de poder y confianza con otras personas, de igual forma que lo hacen las mujeres adultas.

También los niños resultan excluidos de la protección de este proyecto, y no se puede olvidar que son otro grupo vulnerable a la violencia, y que es un grupo para el cual debe existir protección especial en razón de sus circunstancias.”

c) Consideraciones respecto al principio de Legalidad en el Proyecto de Ley

[GUZMÁN GÓMEZ]³

“En segundo lugar, el principio de legalidad debe ser una garantía con la que cuenten los ciudadanos en sus relaciones con la administración del Estado, y en el caso de la legalidad en materia punitiva no se debe hacer excepción.

En el caso del artículo 3 del proyecto en cuestión, se presenta una oposición con el principio de legalidad, ya que en este artículo se hallan términos amplios e indeterminados como son "el dominio y el control de una persona sobre otra", "sean estos vínculos de pareja, trabajo, estudio, familia, afectos de jerarquía o autoridad formal o moral", que en realidad, si se piensa detenidamente, podrían ser aplicados a casi cualquier situación de la vida cotidiana, y que no resultan precisos.

Estos conceptos son amplios, y no servirían de garantía a los ciudadanos, ya que el juzgador tendría la potestad de dar contenidos a tales términos. Lo que provocaría que las normas del proyecto no sean inequívocas, en oposición a las exigencias del principio de legalidad del artículo 39 de la Constitución Política.

También el proyecto roza con el contenido del principio de legalidad* pues al ser aprobado, se presentaría la coexistencia de éste con las normas del Código Penal; y en caso de aplicar las normas del proyecto,, se estaría aplicando la norma más grave a los imputados.

Por conexión, al resultar el artículo 3 del proyecto inconstitucional por ser contrario al principio de legalidad, el resto de los artículos, en los que se establecen los tipos penales que propone el proyecto, resultan igualmente inconstitucionales.

En tercer lugar, se concluye que el proyecto presente otros defectos que lo hacen ser contrario a las normas constitucionales.

Uno de esos defectos es el que se evidencia en el artículo 7 del proyecto, que dispone que "No incurrirá en delito la persona que, en el ejercicio de una función pública, plantee la denuncia formal de alguno de los delitos de acción pública contenidos en esta Ley, aun si el denunciado no resulta condenado, excepto cuando se configuren los delitos de calumnia y denuncia calumniosa." Este artículo resulta contrario a la constitución por cuanto, en ausencia de razones de peso ningún ciudadano debería ser expuesto a las diligencias propias de un proceso penal, y además el artículo en cuestión libera al funcionario público de responsabilidad por su actuación, aunque éste haya sido errada, lo cual umita la posibilidad del ciudadano de reclamar alguna indemnización.

El artículo 22 del proyecto (actual artículo 23), violentaba el artículo 73 de la Constitución Política, pues antes de su actual redacción imponía obligaciones a la Caja Costarricense de Seguro Social que resultaban contrarias a su autonomía de gobierno, como era por ejemplo contribuir económicamente al mantenimiento de los programas propuestos por el proyecto.

Por otra parte, la pena de salida del hogar que se establece en el proyecto no resulta inconstitucional en sí misma, pues no viola el artículo 51 de la Constitución Política como se alegó por parte de algunos diputados. Esta pena encuentra sustento en la necesidad de brindar protección a los miembros de la familia que sean agredidos, aunque para ello se requiera exigir al agresor que salga del domicilio."

d) Análisis general sobre la criminalización de la Violencia contra las Mujeres: ¿Un Ejemplo de Derecho Penal "Moderno" en el Contexto del Capitalismo Cínico y del Estado Policía?

[CHAN MORA]⁴

"Cualquier proyecto de ley debe ser leído en el contexto socioeconómico y sociopolítico en el cual es gestado, y no solamente en la inmediatez de sus aplicaciones y normas concretas. Para comprender las nuevas leyes penales que se gestan en nuestro país (y dentro de ellas la de la criminalización o penalización de la violencia contra las mujeres), estas deben ser analizadas en relación con aquel contexto y con las posibles bases ideológicas o filosóficas que las sustentan, las cuales muchas veces pasan desapercibidas.

En este breve trabajo se pretende llamar la atención sobre el contexto socio económico y sociopolítico, sobre el escenario político global y discursivo, en el cual se gestan actualmente las leyes penales, haciendo a su vez la relación entre dicho contexto y algunas de las tendencias que actualmente asume el denominado "derecho penal moderno".

Se sugiere así un posible marco para la evaluación de las nuevas leyes penales, y con esto, de aquellas con que se pretende proteger en nuestro país a las mujeres.

1. El actual contexto socioeconómico mundial: del capitalismo utópico al capitalismo cínico



El proyecto neoliberal se caracteriza por proponer una radical separación entre lo económico, regido de manera absoluta y totalitaria por el mecanismo “neutral” del libre mercado; y lo social, cada vez más abandonado a la arbitrariedad de los poderes estatales, desde cuyas instituciones en peligro de extinción, cada vez más, solamente se administran y se gestionan migajas.

En lo que acá más interesa, el actual momento histórico está marcado entonces, por la reestructuración del Estado, en tránsito hacia la anulación de sus escasas funciones de gestión de las políticas de desarrollo o inclusión social.

Los procesos y mecanismos de legitimación y sacralización del mercado como instrumento “neutral y eficiente” para la regulación de las relaciones humanas y la distribución de la riqueza, son una constante en la historia del capitalismo, desde sus momentos tempranos, hasta la actual etapa neoliberal. Sin embargo, el contenido de esos discursos y de esos mecanismos de legitimación del mercado, ha sufrido una ruptura que permite hablar de la transición de un capitalismo utópico, a un capitalismo salvaje o cínico (para todo: HIKELAMMERT Franz, Solidaridad o Suicidio Colectivo, San José, ediciones Ambientico 2003, pp17-28).

En el plano de los procesos de legitimación de las relaciones sociales de producción, de la legitimación del mercado, interesa resaltar el contenido de esa ruptura, pues eso permitirá más adelante hacer un parangón respecto de la ruptura que actualmente se genera en la base misma del derecho penal, esto es, en cuanto a los objetivos asignados al castigo penal y a la polémica sobre el mantenimiento o no de los principios formulados para su regulación.

En la tradición económica liberal clásica, el mercado es enunciado como el asegurador del bienestar propio, de los intereses individuales, y por operación automática, a la vez como el asegurador del bienestar general, del bien común. Así, se le afirma (aunque esto no pueda ser verificado para amplios sectores de la población) de manera utópica como un instrumento para la inclusión económica y el bienestar.

El mercado con su mano invisible establece una conexión automática entre el interés general y el interés particular (HINKELAMMERT:2003; p.18). Se le debe mantener porque es el que permite la inclusión de los intereses de cada uno en el interés general.

Esta afirmación opera sobre una base ideológica, en el sentido materialista histórico tradicional, es decir mediante una distorsión de la realidad: se presenta y se sacraliza como verdadero un hecho falso, porque por regla la oposición en competencia, entre intereses individuales, no materializa, no realiza el interés general, el bien común (HINKELAMMERT: 2003; p.17).

Precisamente, ante la falsedad de aquella premisa de que el libre mercado, de que la oposición de intereses individuales genera bienestar general, es que se gesta el modelo de Estado capitalista interventor o de bienestar (Welfare State): Este se crea con el fin de asegurar la estabilidad política y el desarrollo social que el mercado (confesión tácita dada por la propia existencia del Welfare) por sí solo no puede asegurar.

El Estado Benefactor engarza con la lógica del capitalismo utópico, pues sirve para asegurar cierto grado de bienestar general con su gestión, y a partir de esta legitima su existencia. Se le presenta así como la prueba de que el mercado incluye (los intereses de cada uno en el interés general) y por eso debe mantenerse.



Ahora bien, la crítica al capitalismo utópico debe formularse desde un cuestionamiento a sus mecanismos o instrumentos ideológicos. Debe plantearse a partir de la puesta en evidencia de su contenido mixtificador, a partir de la crítica de la ideología, de la distorsión de la realidad que subyace en aquel postulado-base del capitalismo utópico. Se puede evidenciar la falsedad de su contenido, por ejemplo, a partir de un concepto de bien común entendido como inclusión, como aseguramiento para las mayorías de una vida digna, mostrando precisamente como la lógica de la competencia destruye esta posibilidad (HINKELAMMERT: 2003; p.18).

En síntesis, en el contexto del capitalismo utópico se recurre a un mecanismo ideológico, con el fin de legitimar un determinado orden económico que en sus consecuencias produce la exclusión y marginación de amplios sectores de población, y ese mecanismo, si se asume una perspectiva crítica, es el que debe ser puesto en evidencia.

No obstante, esta estrategia para la reflexión crítica resulta estéril en el actual contexto del capitalismo salvaje, sencillamente porque en éste se renuncia expresamente a aquel mecanismo o postulado para la legitimación ideológica. Es acá donde se presenta la ruptura a que se hacía referencia anteriormente.

En el nuevo discurso económico de las “reformas y ajustes estructurales”, la competencia del mercado ya no se presenta más como el instrumento para la simbiosis entre interés individual y bienestar general, por el contrario se le afirma expresamente como mecanismo para la expulsión y exclusión de aquellos incapaces (los “ineficientes”) de imponerse en la competencia. Ahora el mercado selecciona, y en la batalla de intereses individuales el “ineficiente” es desechado, prevaleciendo o salvándose solo el más fuerte.

Con ello, como afirma Hinkelammert, el capitalismo renuncia a su utopía: ya no anuncia el logro del bien común mediante la pugna de intereses individuales, ya no afirma (mediante una distorsión ideológica de la realidad), la realización del bien común mediante el libre flujo del mercado, por el contrario, expresamente se renuncia a ese objetivo, y se entroniza exclusivamente el interés individual, desde el cual se justifica la exclusión (anulación) de los “ineptos”, de los “ineficaces” en aquella neurótica competencia. Y es por esta razón, que el capitalismo en su reivindicación del mercado, se vuelve cínico, pues denuncia la muerte o exclusión social de muchos como “correcta”.

Esta es la nueva lógica del mercado: sálvese quien pueda. Con ella se celebra y se justifica la exclusión e incluso la muerte de los “ineptos”, no se le disfraza, y en eso radica el cinismo del capitalismo salvaje.

En este contexto el Estado del Welfare o benefactor ya no tiene razón de ser, y desaparece: si las personas (o las naciones) son excluidas y lanzadas a la marginación es por su propia “ineptitud” para la competencia. No merecen recibir nada, ni el Estado debe proporcionarles nada (ni salud, ni vivienda, educación o trabajo) si ellas por sí solas no han sido capaces de obtenerlo.

Esta “lógica de la muerte” generada mediante la exclusión de amplios sectores de población, es presentada de manera transparente, revelada tal como ocurre, afirmándola como “correcta” de manera cínica y no mediante el recurso a la ideología.

Por esa razón es que la crítica al cinismo del capitalismo salvaje, no puede estructurarse a partir de la crítica tradicional a la ideología (HINKELAMMERT:2003; p.22), sino a partir del juicio o cuestionamiento de lo que en él se presenta como “correcto”. Y ese cuestionamiento solamente puede realizarse oponiendo al cálculo de utilidad del mercado, un concepto de bien común basado en la posibilidad de la vida humana.

Si se reivindica, (y no se oculta en función de un pretendido interés general) la exclusión y muerte de amplios sectores de población, no existe ninguna crítica a la ideología que realizar, lo que debe realizarse es el cuestionamiento de esa consecuencia desde la posibilidad de vida, desde la dignidad del ser humano concreto.

2. Legitimación ideológica y legitimación cínica del castigo penal.

En lo que respecta a los procesos y mecanismos de legitimación del castigo penal, actualmente se presenta una ruptura muy similar a la que se ha dado en cuanto a la legitimación del mercado, y que se describía en párrafos anteriores.

Para hacer el parangón, en la misma base del derecho penal, es decir en lo que toca a los fines u objetivos del castigo penal, y a los principios formulados para su regulación, también se vive una ruptura en cuanto a los mecanismos para la legitimación de su existencia.

Desde hace ya bastante tiempo el profesor Alessandro Baratta distinguía el diverso contenido, los distintos mecanismos de legitimación del castigo penal con que operan los discursos o teorías sobre la pena. De esta forma diferenciaba entre discursos o teorías ideológicas y discursos o teorías tecnocráticas de la pena, según se recurriera o no a un mecanismo mixtificador o falsario para la justificación de la sanción penal (BARATTA, Alessandro; Viejas y Nuevas Estrategias en la Legitimación del Derecho Penal, en: Revista Poder y Control, #10, 1986, pp.77-91).

En el caso de las teorías ideológicas, la legitimación o justificación de la sanción penal se realiza mediante la asignación a la misma, de un objetivo o finalidad cuya realización es inalcanzable o imposible de verificar empíricamente.

Mediante un mecanismo similar al que opera para la legitimación del mercado en el caso del capitalismo utópico, se justifica la pena a partir de una distorsión de realidad, pretendiendo, por ejemplo, la reinserción social del individuo mediante su segregación en la cárcel: el castigo penal (por excelencia la cárcel) -se afirma- se justifica porque mediante el mismo se resocializa al individuo.

En realidad esta afirmación es pura ideología, pues presenta como real un dato falso, en este caso porque conlleva en sí misma una incongruencia: no se puede resocializar a alguien mediante mecanismos disocializantes, de la misma forma que, como se afirmaba anteriormente, no se puede lograr el interés común mediante la mera consecución de intereses individuales.

En este caso la pena (de cárcel) se impone en aras de un objetivo inalcanzable (aunque queda de lado la discusión de si dicho objetivo puede lograrse a través de otro tipo de sanciones no disocializantes). Por lo tanto, la crítica respecto de las teorías ideológicas de la pena debe estructurarse a partir de la puesta en evidencia de su falsedad, o de los obstáculos inherentes que impiden la realización de su objetivo.

Sin embargo, a pesar de su base ideologizante este tipo de teorías, sobre todo aquellas de la prevención especial positiva, propiciaban (al menos formalmente) cierto grado de “bienestar general” (al igual que en el Welfare del capitalismo utópico) en este caso en la prisión, porque obligaban a la prestación de servicios para los reclusos. De esta manera se debía procurar algún mínimo de insumos técnicos (por ejemplo profesionales en diversas ramas de las ciencias humanas y sociales para la atención de los reclusos) y materiales para alcanzar la tan buscada resocialización del privado de libertad. A pesar de que la cárcel por sí misma no podía resocializar, por lo menos se procuraban algunos recursos para intentar lograr ese objetivo.

Como ya se ha dicho, la crítica a este tipo de discurso legitimante del castigo penal debe realizarse a partir de la puesta en evidencia de su falsedad, por ejemplo mostrando los procesos de disocialización y prisionización como resultado que inexorablemente se produce a lo interno de las prisiones.

Esta última opción crítica, sin embargo, carece de eficacia respecto de aquellas posiciones que enuncian un objetivo tecnocrático como justificación del castigo penal. Sencillamente porque en este caso, de manera honesta y transparente (aunque si se quiere, también cínica) se presenta un objetivo alcanzable, real y verificable (como la producción de sufrimiento o la anulación de un ser humano mediante la pena, por ejemplo), como lo que justifica el castigo penal.

Precisamente, lo que se quiere sugerir, es que actualmente existe una ruptura en cuanto a los mecanismos de legitimación del uso del castigo penal, en el tanto que se ha renunciado casi completamente al fin de reinserción de la pena, que obligaba por lo menos a cierta gestión del Estado respecto de los condenados y privados de libertad. Esta ruptura se ha dado en aras de sostener exclusivamente un fin retributivo o un objetivo preventivo especial negativo o de anulación para el castigo penal.

La influencia cada vez mayor del derecho penal y sobre todo del penitenciarismo anglosajón en todo el orbe, es un claro indicador de esta tendencia, de esta ruptura en cuanto a los mecanismos tradicionales de legitimación del castigo penal. Apuntalada sobre la premisa de que nada funciona (Nothing Works), se promueve la idea de que el derecho penal no puede tener mas función que llenar las cárceles, y de que estas solamente pueden ser depósitos para la anulación de seres humanos o para que paguen (sufran, expíen) su culpa (en sentido lato).

En este caso, al igual que en el ejemplo del capitalismo cínico, también se renuncia a un instrumento ideológico para la legitimación del castigo, y en su lugar se presenta un hecho real (efectivamente, la cárcel anula a los sujetos y los hace sufrir) como correcto, con ese fin. Con este mecanismo de legitimación, el derecho penal también se vuelve cínico, pues enuncia como “correcta” la anulación y el sufrimiento de un ser humano como su objetivo.

Por esa razón, es que al igual que en la crítica al cinismo del capitalismo salvaje, a las propuestas del “derecho penal cínico” no se les puede contestar mediante una crítica de la ideología (pues con ellas se comunica lo que realmente ocurre con el castigo penal), sino a partir del juicio o cuestionamiento de lo que con esas propuestas se presenta como “correcto”.

Ese cuestionamiento solamente puede realizarse oponiendo al “cálculo de sufrimiento o de anulación” un criterio ético alternativo que tenga como su centro la dignidad de cualquier ser humano, un criterio ético idóneo para cuestionar aquella afirmación de que resulta “correcto” anular

o hacer sufrir a un ser humano mediante el castigo penal.

Lo que se quiere sugerir, es que en cada nuevo proyecto para la criminalización de más y más conductas, y eso incluye el proyecto de penalización de la violencia contra las mujeres, se debe analizar y discutir su justificación o mecanismo de legitimación subyacente.

Es decir, que en cada proyecto para la criminalización y el castigo penal de las conductas se debe polemizar sobre la existencia de una justificación ideológica o de una justificación “cínica” para dicho castigo, lo cual no es otra cosa que poner sobre el tapete una discusión sobre teoría de la pena.

En este punto, siguiendo a Larrauri (LARRAURI Elena, Control formal:...Y el Derecho Penal de las Mujeres, en: Mujeres, Derecho Penal y Criminología, Madrid, editorial Siglo XXI, 1994, p.98), debe indicarse que en las reformas penales no se debe renunciar a una reflexión sobre la función simbólica y sobre la función tecnocrática o instrumental del nuevo derecho penal que se construye. Planteado a manera de interrogante: ¿Cuál es el mensaje o justificación que se formula en estos nuevos proyectos sobre los objetivos del castigo penal?. ¿Es acaso un mensaje ideologizante o más bien “cínico” sobre los objetivos de la pena?

En ese debate no se debe olvidar (LARRAURI:1994, p.99) que una de las trampas de requerir más de lo mismo (más tipos penales, penas más altas, más cárcel), radica precisamente en que se soslaya la utilización de un instrumento marcadamente androcéntrico, y se deja de lado la discusión sobre un aspecto cardinal de fondo: ¿Cuál es la verdadera capacidad resolutoria o de protección del derecho penal respecto de los intereses de las mujeres?; pues bien se podría estar promoviendo su utilización a partir de un engaño o ilusión sobre su eficacia (Así, LARRAURI Elena, ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, en Revista de derecho penal y criminología, UNED-España, 2ª época, #12, 2003, pp.271-307)

En este sentido se debe operar con suma cautela ante quienes presentan el derecho penal como la solución a los problemas de las mujeres, sobre todo porque no es difícil constatar que en otras latitudes “más derecho penal no ha sido sinónimo de más aplicación, ni de una mayor protección” de sus intereses (LARRAURI:1994, p.99-100; 2003, p.276).

Si como ha sucedido en otros países, se confirma que la existencia de “más castigo penal” no mejora la situación de las mujeres, ni protege de mejor manera sus intereses, y aún así se sigue defendiendo su utilización extensiva, entonces se podría estar cayendo en una posición cínica, la de afirmar el uso de la violencia institucional sin más objetivo que hacer sufrir o anular al agresor. Pero, paradójicamente, esta posición operaría a la vez sobre un mecanismo falsario, de ser empleada a pesar de tener plena conciencia de que el objetivo expreso de lograr una mejor tutela de intereses o de mejorar la situación de las mujeres no están siendo alcanzados.

Y acá se debe prestar atención, para poner un ejemplo, a los estudios de violencia doméstica (HAIMOVICH; GUTIÉRREZ; ATKINS Y HOGGERT, Citadas por LARRAURI:1994, p.100), en que se duda sobre la eficacia de la intervención del derecho penal en esta materia.

En síntesis, la gran paradoja de defender la utilización de un instrumento excesivamente violento y lesivo como el derecho penal, se presenta cuando a pesar de comprobarse su ineficacia para asegurar los intereses de las mujeres, se sigue sosteniendo su empleo con el objetivo fundamental de provocar sufrimiento o anular al agresor, (lo cual efectiva y materialmente se da con la ejecución de la pena carcelaria), pero sin dejar de lado con ello, aunque con menor importancia, un objetivo

simbólico para la ley penal.

Ahora bien, esta estrategia de recurrir al derecho penal, a la creación de nuevos y más numerosos tipos penales y de elevar las penas para buscar la protección de los intereses de las mujeres, en ocasiones es acompañada por un alegato para el debilitamiento de las garantías propias del derecho penal liberal.

En ese punto la propuesta engarza perfectamente con los procesos que se viven en el contexto del capitalismo salvaje, o sea, aquellos de transformación del Estado Benefactor en Estado Policía, y del “canje” del derecho penal de tradición liberal, por un derecho penal “moderno” con garantías suprimidas o minimizadas. Sobre este punto, debe realizarse al menos una somera mención.

3. Los instrumentos punitivos en el capitalismo salvaje: Más Estado Policía y Derecho Penal Moderno (menos garantías)

En el contexto del capitalismo salvaje, el Estado Benefactor desaparece o ha desaparecido casi completamente. Pero no lo ha hecho sin dejar nada en su lugar. A cambio deja al Estado Policía. Se trata, en palabras de Loïc Wacquant, de la transición del Estado Providencia al Estado Penitencia (WACQUANT Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, ediciones Manantial, 2000, pp.88-150).

El proceso de reducción y de aniquilación del “Estado interventor” en materia económico social, aunque parezca contradictorio, va acompañado por la estructuración de un Estado Policía, en muchos casos militar, que crece y crece, y que se mueve cada vez más a sus anchas, desatado de los límites o restricciones para el ejercicio del poder heredados de la tradición iluminista.

Ante las carencias desatadas por la desaparición de las instituciones de protección y bienestar social, se despliega, sobre todo en las regiones marginales del espacio social, una cerrada y sólida red policial y penal, con lo que “... a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia distópica del Estado penal...” (WACQUANT: 2000, p.88).

Algunas de las tendencias que Loïc Wacquant menciona para caracterizar la expansión del Estado Policía en los Estados Unidos, también se evidencian en nuestro medio social, o en su defecto deberían alertarnos sobre su presencia en un futuro cercano. De manera muy somera debe indicarse que estas tendencias son las siguientes:

A. Hiperinflación carcelaria: caracterizada por un crecimiento sostenido de las personas privadas de libertad, por el uso creciente de la pena privativa de libertad, a pesar de que las tasas de criminalidad registrada, por cada cien mil habitantes se mantienen más o menos constantes para numerosos delitos. Según datos de la Dirección General de Adaptación Social, las tasas de población penitenciaria en nuestro país casi se triplicaron, pues pasaron de 100 privados de libertad por cada cien mil habitantes en el año 1979, a 280 por cien mil habitantes en el año 2000 (Así, *Revista Defensa Pública*, #1, Octubre 2001, Sección de Estadísticas, p.129)

B. La extensión horizontal de la red penal: caracterizada sobre todo por la expansión en el uso de dispositivos electrónicos de seguridad para la vigilancia a distancia, y por la proliferación de bancos de datos o “listados” para el control sobre la vida de las personas. Estos últimos, en nuestro medio, son de uso extensivo, por ejemplo por los empleadores, para “verificar” no solo si una persona ha sido condenada penalmente, sino el simple hecho de que haya sido denunciada o procesada, a



pesar de la imprecisión o el error que puede existir en esos datos. Debe recalcar que en esta tendencia también queda manifiesta la obsesión por el control total, la neutralización y el aislamiento de algunas personas, en detrimento de cualquier objetivo para su reinserción social.

C. Crecimiento del presupuesto del sector penitenciario y policial, en detrimento del destinado para la administración judicial, y ni que decir de aquel destinado para la ayuda social. Lo cual debe llevar a la reflexión porque cuando el aumento desmedido del presupuesto policial y penitenciario se realiza en detrimento de las sumas de dinero dedicadas a ayuda social, salud y educación, obviamente se privilegia la represión sobre la prevención; pero además, porque la “sobre alimentación” de un sector del sistema penal (el sector policial y penitenciario) genera un grave desequilibrio en todo el sistema, con lo que, con un sector judicial debilitado decrece la posibilidad de análisis y resolución judicial racional de los casos, en aras de una respuesta inmediata, o de más “garrote”.

D. El desarrollo frenético de la industria privada de la prisión, sustentado en el dudoso objetivo (desde el punto de vista ético, más no utilitarista-mercantil, claro está) de lucrar con la privación de libertad y el sufrimiento humano, y cuyas “florecientes” industrias (CCA, CSC, SECURICOR, WACKENHUT, por mencionar las más importantes), dueñas de acciones siempre con tendencia a la alza en la bolsa de Nueva York, ya comienzan a extender sus tentáculos en nuestro país, donde fácilmente han encontrado numerosos socios.

E. La radicalización de la selectividad del sistema carcelario, sustentada en otras latitudes en criterios “raciales”. En Estados Unidos, por ejemplo, las personas negras representan casi el 50% de la población carcelaria, aunque solo conforman el 12% de la población del país, representando una tasa de 3400 privados de libertad por cada cien mil habitantes, una tasa de encarcelamiento mayor a la existente en la Sudáfrica del Apartheid (CHRISTIE Nils, La Industria del Control del Delito, 1993, p.127). En nuestro medio se da esta radicalización de la selectividad fundamentalmente por razones socioeconómicas, pues la mayoría de los privados de libertad proviene de sectores sociales marginales, en una clara tendencia a la penalización creciente de la miseria.

Estas tendencias deben ser diferenciadas y estudiadas en nuestro país pues las mismas pueden ser un claro indicador de la eclosión de un Estado Policía con vocación totalitaria, en detrimento de lo que aún queda del Estado de asistencia.

Ahora bien, al Estado Policía como nuevo contexto sociopolítico del capitalismo salvaje, también se corresponden una serie de cambios en el Derecho penal, ya concretamente en sus instituciones y formulaciones dogmáticas sustantivas (de derecho penal material) y adjetivas (de derecho penal procesal). Al Estado Policía, le corresponde en el discurso jurídico (cuando aún se le conserva y no ha sido sustituido del todo por el discurso militar de guerra), un nuevo, un “moderno” derecho penal.

Este moderno derecho penal, también denominado como “derecho penal de riesgo” o “derecho penal de la seguridad” se caracteriza, en lo general, porque pierde su función de garantía de la libertad de las personas, es decir de límite al poder del Estado en tutela de la libertad y autonomía de cualquier persona; transformándose, por el contrario, en instrumento posibilitador para la intervención cada vez mayor del Estado. Se abandona así el principio de ultima ratio, para una

intervención mínima del derecho penal, y se le asume como prima o única ratio, en una tendencia expansiva para la penalización de más y más conductas sin analizar la idoneidad y necesidad de esas medidas (para todo: MENDOZA BUERGO Blanca, El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, Madrid, editorial Civitas, 2001, pp.44 y sgtes).

Sobre este aspecto, debe enfatizarse que los principios de la tradición jurídica penal liberal nacen claramente con el objetivo de limitar el poder del Estado y el ejercicio de la autoridad pública, y que con ellos las prácticas del castigo propias del control social informal (policial, comunal y de otras instancias) tradicionalmente se topaban con una barrera.

Principios como el de estricta legalidad, el de lesividad y el de culpabilidad, se constituían como una barrera (formal al menos) a la lógica del castigo policial o del castigo informal en general. Pero resulta que ahora estos principios comienzan a ser debilitados, ya no desde aquel margen del control social informal (en donde de por sí, siempre han tenido una escasa o nula vigencia) sino desde “dentro”, desde el propio discurso jurídico penal que informa la reacción punitiva formal o judicial.

Ya en lo concreto de los planteamientos y principios doctrinales, este derecho penal moderno, a muy grandes rasgos se caracteriza por:

A. La configuración de nuevos bienes jurídicos universales, difusos o supra individuales, con un vago contenido; por la doble tutela de bienes jurídicos ya protegidos; o peor aún, por el abandono de bienes jurídicos individuales y concretos como objeto de protección penal, en aras de proteger funciones y roles sociales. Con esta desmaterialización del concepto de bien jurídico, se debilita gravemente el principio de lesividad, y la posibilidad de distinción de delitos imposibles, por ejemplo (MENDOZA BUERGO: 2001, pp.68-78);

B. La anterior característica se agrava porque además se promueve un acentuado adelantamiento de la protección penal, mediante la formulación creciente de delitos de peligro abstracto. Con este mecanismo se da un grave debilitamiento o se promueve el abandono del análisis de causalidad entre acción o conducta humana y resultado lesivo, de la verificación de la existencia de resultados lesivos y de la propia existencia de víctimas concretas.”

3 Jurisprudencia

a) Criterio de la Procuraduría General de la República previo a la aprobación del Proyecto de Ley de Penalización de Violencia contra las mujeres

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁵



O.J.- 171– 2002

09 de diciembre, 2002

Señor

Carlos Herrera Calvo

Diputado

Asamblea Legislativa

Estimado señor:

Por encargo y con la aprobación del señor Procurador General Adjunto de la República, Licdo. Farid Beirute Brenes, nos es grato responder a su atento oficio sin número de fecha 04 de setiembre del año en curso, mediante el cual se solicita a esta Procuraduría General que vierta su criterio técnico-jurídico en relación con el proyecto de ley denominado: "Ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres", expediente legislativo N° 13.874.-

I.-Alcances del presente pronunciamiento.

Tal y como es de su estimable conocimiento, en vista de que la gestión formulada por la Comisión consultante no se ajusta al procedimiento de solicitud de dictámenes, establecido en el artículo 4° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los comentarios siguientes no obligan al órgano consultante ni constituyen jurisprudencia administrativa de acatamiento obligatorio. La presente constituye, en consecuencia, una opinión jurídica, que emana de este Órgano Asesor como una colaboración al señor Diputado, atendiendo a la delicada labor a su cargo.-

Finalmente, conviene advertir que -dado que esta Institución no se encuentra dentro de los supuestos que informan lo preceptuado en el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa-, no les es aplicable el plazo ahí dispuesto.

II.-Pretensión del proyecto bajo estudio.

El proyecto que nos ocupa, parte de una presunción -casi iure et de iure- que la mujer se encuentra socialmente en una posición de riesgo como objeto de violencia, por el sólo hecho de ser mujer y que esta situación -que ha sido reconocida en instrumentos internacionales-, nos obliga a tomar medidas que erradiquen no sólo dicha violencia, sino también toda forma de discriminación fundada en el género, de forma inmediata.-

En cuanto a la criminalización de la violencia contra la mujer, se considera que si bien el Código Penal vigente permite que algunas de las conductas sean sancionadas, no toma en cuenta los efectos individuales y sociales que provoca un acto de violencia contra las mujeres; de ahí la razón de ser de la presente propuesta.-

III.-Criterio de la Procuraduría General de la República.

De previo a iniciar este pronunciamiento técnico-jurídico, es necesario manifestar que reconocemos la existencia de una problemática social, que tiene como consecuencia una más grave violencia física y psicológica contra la mujer, que hunde sus raíces en tiempos lejanos y cuya persistencia se ha mantenido gracias a una robusta –pero poco halagadora- costumbre social, motivo por el cual, hechos los reparos desarrollados más adelante, avalamos –prima facie- la propuesta.-

Si bien es cierto se solicita criterio sobre el proyecto de ley en su conjunto, usted que tiene especial interés en dos aspectos: la posible duplicidad de penalización de una misma conducta, así como sobre el ámbito de aplicación de la ley, temas que serán tratados con mayor profundidad, sin obviar comentarios acerca de otros artículos en caso de que los ameriten.-

A.-Ámbito de aplicación de la norma:

Mediante el artículo 2° del Proyecto de ley consultado, se define el ámbito de aplicación que se propone para la ley, el cual contiene dos elementos determinantes, a saber: en primer lugar, la ley sólo será de aplicación cuando los hechos ilícitos sean cometidos en contra de mujeres mayores de edad y contra las mujeres de quince a dieciocho años cuando no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental; como segundo aspecto, los actos serán punibles solamente dentro de una relación de poder o de confianza estructurada entre la mujer mayor de edad agredida y las de quince a dieciocho años con su agresor.-

Conforme a lo anterior, para estudiar el ámbito de aplicación de este proyecto en particular, es obligatorio referirnos tanto a las razones de la exclusión en la protección de las mujeres menores de edad de cero a catorce años, como a lo que se debe entender por "relación de poder o de confianza", concepto establecido en el artículo tercero.-

1.-Limitación en la aplicación de la ley a mujeres menores de edad (de cero a catorce años y de quince a dieciocho años, siempre que no se trate de relaciones derivadas del ejercicio de la autoridad parental):

El proyecto de ley en estudio constituye –como se ha dicho- una iniciativa para sancionar la violencia cometida en contra de la mujer. A pesar de ello, el artículo segundo del proyecto dispone que la ley será de aplicación a las mujeres mayores de quince y menores de dieciocho años, salvo cuando exista una relación derivada del ejercicio de autoridad parental, así como a todas aquellas que gocen de la mayoría.-

Por ende, quedan así excluidas de la tutela de esa ley las mujeres menores de quince años bajo cualquier supuesto y las de quince a dieciocho años, cuando el vínculo entre ella y el agresor sea consecuencia del ejercicio de la autoridad parental.-

En ese sentido, nos parece comprensible que se excluya de la aplicación de la ley aquellos casos en los que exista una relación de ejercicio de la autoridad parental (1- "Artículo 143.- La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo. ..."

Código de Familia.), ya que en muchos de los tipos penales propuestos el ejercicio legítimo de esa autoridad podría hacer incurrir a los padres en conductas delictivas, con consecuencias muy graves para la cohesión del núcleo familiar.-

Además, conductas tan reprochables como las descritas en los delitos de femicidio y violación de una mujer llevada a cabo por quien ejerce la autoridad parental, se encuentran recogidas en la legislación vigente, y son consideradas conductas agravadas en relación con el tipo principal, con una pena prevista idéntica a la propuesta por el proyecto de ley.-

Lo que a criterio de este Órgano Consultivo resulta insostenible, son las razones que otorga el dictamen afirmativo de mayoría del proyecto de ley para justificar la exclusión del ámbito de protección de las menores de edad, empleando una línea argumental que sólo cubre las relaciones fundadas en el ejercicio de la autoridad parental, dejando por fuera otros supuestos:

"La razón por la cual se hace esta delimitación es que las personas menores de edad están bajo la supervisión y el poder legítimo –otorgado por la ley- que ejercen normalmente la madre, el padre, o quien asuma esta responsabilidad. ... Si no se hiciera esta diferenciación, se podría estar ante el inconveniente de que un padre o madre, en el ejercicio legítimo de la autoridad parental, se enfrente a una denuncia por parte de su hija menor de edad por el hecho de que se le impone límites legítimos y propios de su edad, por ejemplo, de su libertad ambulatoria...."

La violencia contra la mujer es –tal y como se expresa en la presentación del proyecto- un problema socio-cultural que afecta a la mujer por el sólo hecho de serlo. Y precisamente, este trato diferenciado y discriminatorio empieza desde que la mujer nace, teniendo que enfrentarse desde sus primeros años a situaciones de violencia en los distintos ámbitos en los que se desenvuelve, sea dentro del seno familiar, en la guardería, en la escuela, en el colegio, en su vida adulta, etc.-

La etapa de la niñez y la adolescencia en toda persona es determinante y define lo que va a ser en el futuro. En este entendido, la protección que proclama el proyecto de ley para las mujeres se convierte en una vía ideal y óptima que les permite a las niñas y adolescentes evitar y combatirla, pero, contrariamente y sin ninguna explicación aceptable, les niega esa cobertura.-

Por último, nos interesa mencionar que la iniciativa legislativa se presenta como un mecanismo de combate y represión de la violencia contra las mujeres, así como un medio de cumplimiento de los compromisos que ha adquirido el país mediante la suscripción de convenios internacionales que tutelan los derechos de la mujer, los cuales en ningún caso limitan la protección exclusivamente a las mayores de edad.(2- "Artículo 3. Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado" Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", Ley N°7499 de 02 de mayo de 1995.)

En esta inteligencia, consideramos que la ley propuesta debe ser aplicada a toda mujer con independencia de su edad, salvando sólo aquellos casos en los que exista entre la víctima y el agresor una relación propia del ejercicio de la autoridad parental.-

2.-Actos de violencia cometidos dentro de una relación de poder o de confianza:

2.1. Definición de las relaciones de poder y/o de confianza:

Como hemos indicado, el artículo 2° del proyecto define el ámbito de aplicación y manifiesta que una de las condiciones normativas de aplicación del proyecto, es que exista una "relación de poder o de confianza" entre el agente del delito y la víctima, pero es el numeral tercero el que se dedica a definir lo que debe entenderse como tal, en los siguientes términos:

"Relaciones de poder o de confianza. Las relaciones de poder a las que se refiere esta ley son aquellas caracterizadas por la asimetría, el dominio y el control que una persona ejerce sobre otra.

Las relaciones de confianza son aquellas basadas en los supuestos de lealtad, credibilidad, honestidad y seguridad que se establecen entre dos personas.

Ambos tipos de relación puede derivarse de vínculos de pareja, trabajo, estudio, familia, afectivos, de jerarquía o de autoridad formal o moral. Las relaciones de poder o de confianza pueden subsistir aún cuando haya finalizado el vínculo que las originó, y determinan diferencias en las responsabilidades y en el acceso a la información, al conocimiento, a la justicia y a los recursos sociales de las personas involucradas."

Al confrontar la definición dada de las relaciones cobijadas por esta ley, con lo establecido en el artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, se aprecia que tanto una como la otra tienen grandes alcances y en lo fundamental guardan gran similitud:

"Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprenda, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimiento de salud o cualquier otro lugar, y que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra."

A pesar de la semejanza en cuanto a la amplitud que existe entre la definición del ámbito de aplicación del proyecto de ley en estudio, y el instrumento internacional supracitado, consideramos que deben de discutirse algunos aspectos.-

Tal y como ha sido mencionado, la definición dada por el artículo 3° de la iniciativa legislativa en estudio resulta bastante amplia en cuanto a sus alcances, abarcando una gran gama de situaciones, de difícil o imposible determinación.-

A criterio de este Despacho, la amplitud en la protección para la mujer al combatir la violencia a la que es sometida, es una iniciativa que debe ser alabada; pero por tratarse de un proyecto de ley de materia penal en el cual se utiliza un concepto tan amplio -"una relación de poder o de confianza"- como uno de los elementos de los tipos penales propuestos, es preciso analizar con especial atención la indeterminación que presenta.-

a.-El principio de legalidad:

Recordemos que el principio de legalidad exige que los tipos penales sean redactados de tal determinada manera, que constituyan una genuina garantía:

"II.-... La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en voto 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, de esta Sala se indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. ..." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1877-90 de las dieciséis

horas dos minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa.

Es así como para que se cumpla con el principio constitucional de legalidad, los tipos penales deben ser redactados en forma clara, por lo que se debe utilizar una redacción y una terminología (3- "Un término es indeterminado cuando no tiene límites precisos, estos es, cuando no traza sobre la realidad a la que se refiere una línea clara. Esto realmente ocurre con todos los términos de cualquier lengua, salvo verdaderas excepciones, como son, y no siempre, los numerales, las denominaciones de las figuras geométricas, los nombres propios. Sin embargo, no a todos los términos les afecta la indeterminación de la misma manera. Existen diversos grados de indeterminación. El término "madre" o el término "árbol" son mucho más determinados que el término "casa ruidosa" o "acción honrosa". En el ámbito del Derecho se reserva la denominación de "conceptos indeterminados" a aquellos que presentan un grado de indeterminación mayor que otros, a los que se denomina "conceptos determinados", siendo la vigencia jurídica de sus notas el elemento cualificador de la indeterminación."

SAINZ MORENO (Fernando) Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1976, p. 70) que permita su comprensión para cualquier persona.-

En el mismo orden de ideas, hay otro aspecto que debemos mencionar y es que el Derecho Penal no es exhaustivo; un código penal es una mera yuxtaposición de incriminaciones cerradas, comunicadas, entre las cuales no hay más relaciones que las establecidas por las mismas disposiciones. La zona entre una y otra incriminación es zona de libertad y las acciones que en ella caigan son acciones penalmente irrelevantes.-

(4- SOLER (Sebastián) Derecho Penal Argentino, Tomo I, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1ª edición, 1956, p. 152.)

Y precisamente, esta particularidad del derecho penal es la que garantiza el derecho a la libertad, ya que todas aquellas conductas que no se encuentran recogidas en un tipo penal no pueden ser castigadas penalmente, lo que permite que la persona ejerza en forma plena su libertad.-

(5- Doctrina que informa el artículo 28 constitucional.)

b.-Los tipos penales abiertos:

Otra de las prohibiciones a que se encuentra sometido el legislador, en materia penal, es la creación de los llamados tipos penales abiertos;(6- "De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador. ..." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto ° 3686-93 de las catorce horas tres minutos del treinta de junio de mil novecientos noventa y tres) en ese sentido, ha sostenido la Sala Constitucional que la doctrina más autorizada del derecho penal los define como aquellos "... a los que la materia de prohibición remite a la determinación judicial, omitiendo el legislador incluir en el tipo penal la materia de prohibición".-

(7- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto ° 490-94 de las dieciséis horas quince minutos del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cuatro.)

Como ha sido mencionado supra, el principio de legalidad exige que sea mediante ley que se



determine la conducta punible, de tal manera que permita su comprensión; y por lo tanto, es intolerable que por haberse utilizado términos muy amplios, ambiguos o generales en los tipos penales,(8- "... La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecúen (sic) su comportamiento a las pretensiones de la ley penal". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1877-90 de las dieciséis horas dos minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa.) se deje en manos del juzgador al momento de la aplicación del tipo penal, la verdadera determinación de la materia prohibida.-

El máximo Tribunal en materia constitucional, recientemente, en relación con un proyecto de ley que fue sometido a su conocimiento, sostuvo que éste quebrantaba el principio de legalidad por utilizar términos tan abstractos y generales que impedían conocer cuál era la conducta punible por el tipo:

"... en los artículos consultados, no se formulan las prescripciones del delito de modo preciso, lo que lleva al incumplimiento de la función garantista de la libertad individual contenida en el principio de tipicidad ... esta forma de construir el tipo es defectuosa porque involucra toda actividad de los funcionarios, sin brindar al juzgador ordinario un marco legal dentro del cual se precise porque la conducta es de tal relevancia que deba ser castigada por el derecho penal. ..." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 2000-9249 de las quince horas trece minutos del dieciocho de octubre del año dos mil.

La utilización de tipos penales abiertos como una técnica legislativa para criminalizar conductas, ha sido considerada inconstitucional por nuestro Tribunal Constitucional, dada la transgresión al principio de legalidad:

"... Es comúnmente aceptado que los tipos abiertos, en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad."

Voto 490-94 de las dieciséis horas quince minutos del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

En relación con el proyecto en estudio, es necesario manifestar que la utilización de la terminología "relación de poder o de confianza" como uno de los elementos del tipo penal, convierte los delitos en tipos penales abiertos. A pesar de la definición exhaustiva que se efectúa en el artículo tercero del proyecto, es indiscutible que incluye la mayoría de relaciones que se pueden establecer con una mujer, desde la más casual hasta la más íntima, razón por la cual se debe considerar una terminología abstracta y general, no permitida por el derecho penal para ser utilizada como componente de un tipo penal.-

De acuerdo con lo expuesto, es criterio de este Órgano consultivo que para que se cumpla con las exigencias del principio de legalidad, es necesario que se delimite, de una manera más específica, el tipo de relaciones dentro de las cuales se aplicará la normativa contenida por el proyecto de ley.-

2.2. Vigencia de la relación de poder o de confianza:

Otro aspecto relacionado con el tópico de "las relaciones de poder o de confianza" y que tiene una importancia primordial, es la vigencia de dicha condición para que pueda ser considerada una circunstancia que justifica la aplicación de los tipos penales propuestos.-

Respecto a lo anterior, nos preocupa sobremedida que el proyecto de ley contiene una inconsistencia muy severa. Por un lado, el artículo tercero del proyecto sostiene que las relaciones de poder o de confianza "... pueden subsistir aún cuando haya finalizado el vínculo que las originó", lo que aunado al resto del texto del numeral nos hace concluir que las relaciones que cobijaría la ley serían las relaciones de poder o de confianza que mantienen vigencia, aún en aquellos casos en que los vínculos se rompan, siempre y cuando mantengan las características descritas en el artículo de comentario para cada una de las categorías.-

Contrariamente, en todos los tipos penales del proyecto, se indica lo siguiente: "... con quien mantiene o ha mantenido una relación de poder o de confianza"; por lo que de acuerdo con dicha redacción es posible que se incurra en los delitos contenidos por el proyecto de ley, aún cuando ya no se den los elementos caracterizadores de la relación de poder o de confianza, subsistiendo el reproche penal por el sólo hecho de que una vez hubo una relación de ese tipo.-

El proceso de violencia contra la mujer obliga a que la tutela se extienda más allá de la ruptura del vínculo, pero indiscutiblemente, el reproche penal no puede actuar si no se dan los elementos caracterizadores de las relaciones de poder o de confianza.-

Pretender que los tipos penales se apliquen a situaciones en las cuales en el pasado existió una relación de las indicadas, pero al momento de los hechos no existe, no encuentra justificación, ya que precisamente es dentro de dichas relaciones en las que la mujer se encuentra vulnerable, lo que a su vez justifica la tutela penal.-

De acuerdo con lo indicado, sugerimos que se elimine la frase "haya mantenido" de los tipos penales propuestos por el proyecto que la contengan, para que de esta forma -de acuerdo con lo dispuesto en el artículo tercero-, se entienda que se tutelan las relaciones de poder o de confianza, aún en el caso de que el vínculo se haya terminado, siempre y cuando subsistan los elementos que caracterizan las relaciones de poder o de confianza.-

B.-Duplicidad de delitos:

Otro de los aspectos que han sido consultados en forma puntual, ha sido si los tipos penales propuestos por el proyecto de ley provocan una duplicidad en la tipificación de las conductas al confrontarlos con los delitos contenidos por la legislación penal vigente.-

En primer lugar, señalamos que en cuanto a la duplicidad de tipificación, se deben diferenciar dos supuestos: aquel en que la misma conducta es tipificada en dos figuras penales en forma idéntica y cuando una conducta igual es regulada en dos figuras penales con diferencias entre sí, como podría ser que se contemple una sanción diversa sea en grado como en tipo de pena.-

En caso en que la conducta sea regulada en forma idéntica, si bien es cierto ello constituye una mala técnica legislativa que podría eventualmente ocasionar confusión en el destinatario de las normas y en sus aplicadores, lo cierto es que, mientras se prevea igual sanción, no se presentan mayores problemas.-

Por el contrario, cuando una misma conducta se encuentra tipificada en forma idéntica por dos tipos penales, pero con una pena prevista diferente, nos enfrentamos a un verdadero problema que lesiona abiertamente principios constitucionales, como el de igualdad y de legalidad.-

Con la intención de cumplir con los requerimientos del consultante, pasamos a efectuar un análisis de los tipos penales propuestos por el proyecto en relación con la legislación penal vigente, para determinar si se presenta una duplicidad en la criminalización de las conductas.-

De manera preliminar, adelantamos que desde nuestra consideración, de las conductas descritas como típicas en el proyecto, tales como el femicidio, maltrato, restricción a la libertad de tránsito, restricción a la autodeterminación, amenazas contra una mujer, violación, sustracción patrimonial y daño, podría considerarse que tienen un similar en la legislación vigente, por lo que de seguido se procede a efectuar un análisis pormenorizado de ellos.-

1.-Femicidio:

La conducta descrita en el artículo 24 del Proyecto de ley debe ser confrontada con los artículos 111 y 112 del Código Penal, que tipifican los delitos de homicidio simple y calificado.-

El artículo 111 supracitado describe y sanciona la conducta general de dar muerte a otra persona en forma dolosa, mientras que el numeral 112 enumera una serie de circunstancias bajo las cuales se considera más reprochable la conducta y que por tanto, constituyen agravantes del tipo principal.-

Por su parte, el artículo 24 del proyecto denominado "femicidio" describe la conducta del canon 111 del Código Penal, con una particularidad especial: que el agente mantenga o haya mantenido una relación de poder o de confianza con la mujer víctima del delito, y prevé la misma pena establecida por el artículo 112 del Código Penal, que contiene los supuestos de agravación.-

De acuerdo con lo visto, debe entenderse que la intención de la propuesta es considerar que dar muerte a una mujer cuando exista una relación como la mencionada entre la víctima y el agresor, es una circunstancia agravante, tan reprochable como las enumeradas en el artículo 112 del Código Penal vigente.-

En el caso que nos ocupa, además, la duplicidad no produce consecuencias menos favorables para quienes cometen la conducta, ya que ambas normas establecen el mismo tipo y monto de pena.-

2.-Maltrato:

El delito de maltrato propuesto tipifica la agresión de manera grave o reiterada o la lesión física a una mujer, lo que nos presenta tres supuestos independientes: a) agredir de manera grave; b) agresión reiterada y c) lesionar físicamente.-

En cuanto a los dos primeros, es posible afirmar que no encuentran un similar en la legislación vigente; pero en relación con la lesión física es necesario hacer una confrontación con los delitos de lesiones contenidos en el Código Penal.-

Por disposición expresa de la norma, se deben excluir del análisis los delitos de lesiones graves y gravísimas, lo que supone que las lesiones físicas a las cuales se refiere el delito de maltrato -propuesto por el proyecto- serían de menor gravedad.-

De acuerdo con lo anterior, el delito de maltrato contenido por el proyecto de ley, debe ser confrontado con el delito de lesiones leves –artículo 125- y el delito de lesiones levísimas –artículo 378-, contenidos en el Código Penal.-

El delito de lesiones leves es aquel que castiga con pena de prisión de tres meses a un año a quien le cause a una persona daño en el cuerpo o en la salud, que le provoque una incapacidad para las labores habituales por más de cinco días y menos de un mes. Por su parte, el ilícito de lesiones levísimas prevé una sanción penal de diez a treinta días multa para quien le produzca a otro un

daño en la salud, que no le impida desempeñar sus ocupaciones habituales.-

De la redacción del tipo penal propuesto, se observa que a pesar de castigar a quien lesione físicamente a una mujer, no toma como referencia los días de incapacidad producidos como consecuencia del trauma, para la determinación del reproche penal; contrario a lo que es característico en los delitos de lesiones previstos en la legislación penal vigente.-

Se debe entender, entonces, que la propuesta considera que cualquier tipo de lesión física -con independencia de si produce o no incapacidad- es igualmente reprochable cuando se cometa en las circunstancias descritas por el artículo 24; es decir, contra una mujer adulta y que exista entre ésta y el agresor una relación de poder o de confianza.-

A nuestro criterio, a primera vista podría pensarse que existe una duplicidad en la tipificación en relación con las lesiones físicas contenidas en el artículo 24; pero es claro que no la hay, ya que como ha sido ilustrado, las circunstancias descritas por uno y otro tipo penal son diversas.-

3.-Restricción a la libertad de tránsito:

De la sola lectura del delito propuesto en el artículo 25 del proyecto de ley, nos podemos percatar de la semejanza que tiene con la conducta descrita en los artículos 191 y 192 del Código Penal, que corresponden a la descripción del delito de privación de libertad sin ánimo de lucro –el primero- y a sus formas agravadas –el segundo.-

En cuanto al numeral 192, éste establece una serie de circunstancias bajo las cuales la conducta descrita por el artículo 191 es reprochable, casos para los que prevé una sanción penal de dos a diez años de prisión.-

De la confrontación del delito de restricción a la libertad de tránsito, con los artículos supracitados del Código Penal, se debe entender que aquella constituye una especie de circunstancia agravante, ya que describe la conducta principal del delito de privación de libertad sin ánimo de lucro, pero agrega dos elementos: que la víctima sea una mujer y que exista una relación de poder o de confianza, los que motivan que la conducta merezca una pena mayor.-

Al igual que como fue mencionado al analizar el delito de femicidio, lo descrito en el artículo 25 del proyecto debe entenderse como una circunstancia agravante de la conducta principal descrita en el artículo 191 del Código Penal, que por una decisión de política criminal se ha considerado más reprochable.-

También, se debe rescatar que en aquellos supuestos en los cuales sí existe una duplicidad, ésta no ocasiona consecuencias negativas para quienes cometen la conducta, ya que ambas normas establecen el mismo tipo y monto de pena.-

4.-Restricción a la autodeterminación:

El artículo 193 del Código Penal describe una conducta casi idéntica a la del numeral 28 del proyecto de ley. La diferencia esencial entre uno y otro radica en que en el segundo de ellos, se establece como un elemento del tipo que el sujeto pasivo del delito sea una mujer, y que exista una relación de poder o de confianza con el agente.-

También se evidencia una diferencia importante en cuanto a la pena prevista en cada uno de los tipos penales, ya que para el delito de coacción del artículo 193, se establece una sanción de uno a dos años o cincuenta a doscientos días multa, mientras que la restricción a la autodeterminación

define una pena de seis a dos años, para quien comete la conducta descrita en el tipo penal.-

Al igual que se ha indicado en el análisis de los delitos anteriores, dada la similitud entre el tipo penal propuesto con el delito de coacción, debe considerarse el supuesto descrito en el artículo 29 del proyecto como una causal de agravación, lo que a su vez explica el incremento de la pena prevista.-

5.-Amenazas contra una mujer:

Si bien es cierto, es posible establecer cierta semejanza entre la conducta descrita por el numeral 195 del Código Penal y la del delito de "amenazas contra la mujer" propuesto por el proyecto, no permite afirmar que exista una duplicidad de tipificación.-

El artículo 30 del proyecto no sólo sanciona a quien utilice amenazas injustas y graves para alarmar o amenazar a otra persona, mediante el uso de armas de fuego, por dos o más personas reunidas o en forma anónima o simbólica, como lo hace el artículo 195 del CP, sino que sanciona a quien amenace de cualquier manera un bien jurídico de una mujer, de su familia o de tercera persona íntimamente vinculada con aquella, siempre que exista una relación de poder o de confianza entre el agresor y la víctima.-

Conforme a lo indicado, la conducta criminalizada por el artículo 195 del Código Penal se distingue de la que pretende penalizar el proyecto de ley mediante el delito de "amenazas contra una mujer".-

A pesar de lo dicho, nos sentimos obligados a mencionar que el tipo penal propuesto es demasiado amplio, lo que lo convierte en un tipo penal abierto, trayendo aparejadas consecuencias tan graves como las indicadas supra.-

6.-Violación contra una mujer:

El delito de "violación contra una mujer" debe ser confrontado con los artículos 156 y 157 del Código Penal, los cuales tipifican la "violación" y la "violación agravada".-

Al igual que en el análisis de otros delitos propuestos por el proyecto, debemos considerar que el artículo 156 del Código Penal describe la conducta principal, y que tanto el numeral 157 del mismo cuerpo legal, como el 32 del proyecto de ley, constituyen causales de agravación.-

En esta inteligencia, el delito de "violación contra una mujer" describe la conducta principal contenida por el artículo 156 supracitado y agrega dos circunstancias como justificantes de la agravación de la pena: que sea una mujer y ésta mantenga o haya mantenido una relación de poder o de confianza con el agresor.-

Puede ser que se presente, en algunos casos, una duplicidad de tipificación en relación con el supuesto contenido por el artículo 157 del Código Penal, el cual define como "violación agravada", aquella en que el autor sea un ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad de la víctima.-

Dado que, tanto en el canon 157 del CP como para el delito propuesto por el proyecto, se prevé una pena idéntica, en los casos en que se presente doble legislación en relación con la misma conducta, las consecuencias no serían lesivas para el imputado.-

7.-Sustracción patrimonial:

Es indiscutible que existe una duplicidad entre el delito de "hurto simple" y el delito de "sustracción patrimonial" propuesto por el proyecto de ley. El "hurto" utiliza como verbo el "apoderamiento", y la "sustracción patrimonial" la "sustracción", lo que nos permite considerar que las acciones descritas son iguales. La pena prevista por los tipos penales es casi idéntica, variando únicamente el extremo menor.-

De acuerdo con lo indicado, la duplicidad que se produce resulta perjudicial en relación con las consecuencias previstas por los tipos penales.-

c.-Otros aspectos que merecen ser comentados:

1.-Delitos de acción pública:

El artículo 5° del proyecto de ley indica en forma expresa que todos los delitos contenidos en él deben ser considerados de acción pública, lo que a nuestro criterio resulta innecesario. De acuerdo con el sistema jurídico vigente en nuestro país, todos los delitos son de acción pública, salvo que por disposición legal expresa se establezca que serán de acción pública a instancia privada o de acción privada.-

En esta inteligencia, si el proyecto de ley en estudio propone delitos de acción pública, no se requiere un artículo que así lo especifique, dado que es una circunstancia que se sobreentiende.-

Por otra parte, consideramos que las conductas tipificadas en los delitos propuestos en el proyecto se deben llevar a cabo dentro de una relación de poder o de confianza, lo que hace que necesariamente exista un vínculo cercano entre el agresor y la víctima y muchas veces, un nexo familiar. Dicha circunstancia, obliga a que se efectúe un análisis profundo para determinar si algunos de los ilícitos tipificados deben ser delitos de acción pública, pero a instancia privada, principalmente aquellas conductas que no representen una afectación grave a la integridad física o psicológica de la mujer.-

La posibilidad apuntada representaría un mayor respeto para el ámbito de intimidad de la mujer y además, es un reconocimiento a la capacidad plena de determinación que tiene como persona.-

Para efectos de determinar los delitos que serán de acción pública y los de instancia privada, es necesario también tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 del Código Procesal Penal.-

2.-Garantía de cumplimiento de un deber:

Lo dispuesto en el artículo 7° del proyecto resulta absolutamente innecesario, ya que la legislación procesal penal costarricense le reconoce a toda persona la facultad de denunciar ilícitos de acción pública y únicamente podría incurrir en responsabilidad, cuando abuse de dicha facultad e incurra en los delitos de calumnia y denuncia calumniosa.-

En el caso de los funcionarios públicos, éstos tienen obligación de denunciar los hechos delictivos que conozcan en razón del ejercicio de su cargo; y al igual que cualquier otro ciudadano, sólo podrían tener responsabilidad por la denuncia en caso de que incurran en los delitos mencionados.-

3.-Circunstancias agravantes generales del delito:

Los supuestos de agravación definidos en el artículo 9° del proyecto, se dispone que son de

aplicación para todos tipos penales contenidos por la ley, con dos excepciones: el delito de femicidio y cuando sean constitutivas del tipo.-

Consideramos que la técnica legislativa no es la más certera, ya que las circunstancias de agravación de una conducta tienen que tener una estrecha relación con el supuesto descrito por cada tipo penal. Se debe recordar que las circunstancias agravantes son aquellos supuestos bajo los cuales una conducta específica recibe un mayor reproche penal.-

De la lectura de las circunstancias agravantes que se describen en el artículo 9º mencionado, se puede observar que no son de aplicación para todos y cada uno de los delitos propuestos en el proyecto, porque algunos no tienen ninguna relación con la conducta que describe el tipo penal.-

Es criterio de este Órgano consultivo, que debe pensarse en la posibilidad de introducir para cada tipo penal las circunstancias merecedoras de una pena más grave y no en forma general, como lo contempla actualmente la propuesta.-

Por último, es necesario indicar que una circunstancia agravante como su mismo nombre lo indica, debe constituir un supuesto muy particular y de tal gravedad que justifique un aumento en la pena prevista para el tipo principal. Es por ello que es necesario analizar si las enumeradas en el artículo 9º del proyecto de ley, realmente cumplen con estas condiciones.-

4.-Prohibición de conciliar:

El artículo 10 dispone que en los procesos penales por denuncia de los delitos propuestos por el proyecto de ley en análisis -con la excepción de violencia patrimonial-, la conciliación se encuentra prohibida.-

No comparte esta Procuraduría General la decisión de negarle la posibilidad a las mujeres víctimas de llegar a un acuerdo conciliatorio. En primer lugar, consideramos que se está partiendo de que una mujer en la condición de víctima no tiene la capacidad para poder negociar un arreglo en condiciones de equidad, lo que es insostenible desde cualquier punto de vista.- (9- Véase que a pesar de que el artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia prohíbe las conciliaciones, la Sala Constitucional dispuso mediante resolución 7362-02 de las quince horas con cincuenta y tres minutos del veinticuatro de julio del año dos mil dos, que para que el numeral indicado se apegue al plexo constitucional, debe interpretarse que la conciliación "... podrá realizarse cuando el imputado y el ofendido sean personas menores de edad".-

Uno de los principales objetivos que se deben perseguir a través de leyes como la propuesta, es que se reconozca la igualdad de condiciones entre un hombre y una mujer, lo que no permitiría una discriminación como la que encontramos con la prohibición de conciliar que contiene el proyecto.-

Si bien es cierto la mujer víctima de violencia, en muchos casos, se encuentra en una condición vulnerable frente al agresor, el juez actúa como un controlador del equilibrio entre las partes en un proceso de conciliación judicial -así lo dispone el artículo 36 del Código Procesal Penal.-

La solución no es considerar que la mujer no tiene capacidad para llegar a una conciliación en términos favorables para ella, sino brindarle el apoyo y la asesoría que le permita negociar, en caso de que sea su deseo. Además, y para tal efecto, el Estado ha creado organismos que pueden operar en su orientación y defensa, como por ejemplo el INAMU.-

5.-Pena de inhabilitación:

El artículo 11 del proyecto clasifica la inhabilitación como una pena accesoria; pero es el numeral 19 el que define en qué consiste dicha sanción, indicando que será la suspensión o restricción para ejercer el cargo público, el oficio o la actividad, con ocasión de cuyo desempeño haya cometido el delito, o para ejercer la tutela, curatela o administración judicial de bienes, así como cuando el delito haya sido cometido aprovechando estas situaciones jurídicas.-

Hasta aquí todo pareciera similar a lo dispuesto por la legislación vigente; pero lo interesante es que los artículos 26, 31, 36 y 43 del proyecto, contrario a la manera en que se encuentra regulado en el Código Penal,(10- Ver artículo 358 del Código Penal.) establecen como un deber y no como una facultad la imposición de la pena.-

La situación apuntada, en primer lugar, resulta contradictoria con lo expresado en el artículo 19 del proyecto, el cual define los supuestos en los cuales procede su aplicación.-

Por otra parte, la pena de inhabilitación, por consistir en una suspensión o restricción para el ejercicio de un cargo público o la tutela, curatela o administración judicial, en pocos casos tendrá una relación directa con la comisión de conductas como las descritas en los tipos penales propuestos en el proyecto.-

La única manera en que se podría justificar que por una misma conducta a una persona le impongan sólo pena de prisión y, a otra por la misma conducta, pena de prisión y pena de inhabilitación, es para tutelar el buen desempeño de un cargo público; si tuviese otra finalidad se estaría incurriendo en una desigualdad, que resulta inconstitucional.-

De acuerdo con lo expuesto, es necesario que sea revisada la manera en que se encuentra regulada la pena de inhabilitación dentro del proyecto de ley en análisis.-

6.-Revocatoria de una pena alternativa:

En cuanto a las penas alternativas, el numeral 16 en el segundo párrafo dispone que el juez deberá revocar la pena cuando el condenado sea acusado en forma posterior, por otro delito de los contenidos en la ley.-

No es posible, conforme al principio constitucional de inocencia, que por una nueva acusación -que si bien es cierto se debe entender que tiene mayor sustento que una simple denuncia- se castigue al condenado, revocándole el beneficio que significa una pena alternativa.-

No está de más recordar que al imputado lo cobija el principio mencionado hasta que exista una sentencia firme que lo declare culpable, y en esta inteligencia, no procedería ninguna consecuencia secundaria -como sería la prevista por el artículo 16 del proyecto- hasta la declaración de culpabilidad.-

7.-Cancelación por parte del condenado de los gastos por tratamiento:

Los incisos a) y b) del numeral 18 describen dos de las posibilidades para la pena de cumplimiento de instrucciones, que consisten en el sometimiento del condenado a programas de tratamiento de adicciones, y programas especializados para ofensores.-

En la última parte del artículo supracitado se dispone que, cuando el condenado cuente con

recursos suficientes para sufragar los gastos en que se incurra por el tratamiento al cual es sometido, deberá cubrirlos.-

Esta Procuraduría General no comparte la posición del proyecto, ya que el Estado se encuentra obligado a sufragar los gastos correspondientes a la ejecución de las sanciones penales, con independencia de la condición económica del condenado.-

8.-Introducción de un nuevo inciso al artículo 239 del Código Procesal Penal:

Los tres requisitos materiales de la prisión preventiva se encuentran definidos en el artículo 239 del Código Procesal Penal de la siguiente manera. En el inciso a): sospecha suficiente de culpabilidad; en el inciso b): existencia de una causal de prisión preventiva (peligro de fuga, de obstaculización o de reiteración) y en el inciso c): que el delito atribuido esté reprimido con pena privativa de libertad.- (11- LLOBET RODRÍGUEZ (Javier) Proceso Penal Comentado, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1998, p.525.)

De acuerdo con lo indicado, cada uno de los incisos del numeral 239 del Código Procesal Penal contiene uno de los requisitos de procedencia de la prisión preventiva.-

El proyecto de ley en estudio, en el artículo 48, ordena la adición de un inciso d) al numeral 239 del Código de rito, que consiste en una situación particular aplicable sólo a los delitos de violencia contra la mujer.-

Tal y como se puede desprender de lo expuesto, si el artículo 239 del CPP enumera los requisitos de la prisión preventiva mediante los incisos, la inclusión de otro inciso provocaría que en los casos de los delitos previstos por el proyecto de ley se deba cumplir con un requisito adicional, amén de los tres anteriores.-

Si la intención del proyecto es particularizar la procedencia de la prisión preventiva, nos parece que debe hacerse mediante la introducción de otra causal al inciso b), que sería la descrita en el proyecto de ley.-

Por otra parte, en relación con el texto propuesto por el numeral analizado, es necesario comentar que la existencia de un peligro para el testigo ya se encuentra previsto como una causal de procedencia de la prisión preventiva en el inciso b), cuando se refiere al peligro de obstaculización; (12- Esta causal se encuentra desarrollada en el artículo 241 del Código Procesal Penal y dice: "Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado: a)Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba. b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamiento. El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate.".) por lo que es repetitiva su inclusión en la causal propuesta.-

Dejamos así evacuada la opinión legal que nos fuera solicitada del Proyecto de ley denominado: "Ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres".

b) Interpretación de la Ley de Penalización sobre el artículo 43, es de aplicación tanto para hombres como para mujeres

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁶

Resolución 2009-0783

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las ocho horas cinco minutos, del veintitrés de julio del año dos mil nueve.

RECURSO DE CASACIÓN interpuesto en la presente causa seguida contra S , mayor, divorciada, nicaragüense, cédula de residencia 135-RE-042019-1999, de años de edad, de oficio , nacida en Nicaragua el 30 de abril de 1978, hija de C. y J.; por el delito de INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN, en perjuicio de J. Intervienen en la decisión del recurso, el juez Rafael Ángel Sanabria Rojas, los co-jueces Omar Vargas Rojas y Ronald Salazar Murillo. Se apersonó en casación la MSc. Flor Sidey Salazar Fallas, Defensora Pública de S. y el Lic. Luis Alonso Bonilla Guzmán, Fiscal de la Unidad Especializada de Casación Penal.

RESULTANDO:

I.-Que mediante sentencia número 502-2009, de las once horas, del veintinueve de mayo de dos mil nueve, el Tribunal Penal. Primer Circuito Judicial de San José, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo establecido en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política; numerales 1, 22, 30, 45, 50, 71 del Código Penal, artículo 46 en relación al 43 del la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres N° 8589, artículo 3 de la Ley 7586 del 10 de abril de 1996 de Violencia Doméstica; 1,2,, 142, 265 a 268, 30 a 366 del Código Procesal Penal, se declara a S. como AUTORA RESPONSABLE del delito de INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN que en perjuicio de J. se le ha venido atribuyendo y, en dicha condición, se le impone una pena de seis meses de prisión, que por cumplir los requerimientos, en virtud del artículo 69 del Código Penal de le conmuta en una pena de multa de treinta mil colones de multa a razón de mil colones diarios, los cuales deberá pagar dentro de los quince días hábiles posteriores a la firmeza de la presente. Son las costas procesales y personales a cargo del encartado condenado. Una vez firme esta sentencia se emitirán las comunicaciones de rigor para ante el Registro JUdicial, el Juzgado de Ejecución de la Pena y el Instituto Nacional de Criminología. (sic)".

II.-Que contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de casación a MSc. Flor Sidey Salazar Fallas, Defensora Pública de S.

III.-Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código de Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de casación.

IV.-Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el Juez de Casación Sanabria Rojas; y,

CONSIDERANDO:

I. El recurso de casación reúne los requisitos de admisibilidad establecidos por los artículos 437, 438, 439, 458, 459 y 460 del Código Procesal Penal.

II. En el primer motivo de casación, la defensora pública de la imputada S. alega falta de fundamentación de la sentencia. Sostiene que el fallo le otorgó absoluta credibilidad al relato de la víctima P. y, sin fundamento, se la restó a las declaraciones del oficial W. y el de la acusada M. Afirma que se presentó prueba documental que determina la mendacidad del ofendido y que no fue objeto de valoración, consistente en la certificación del expediente 08-1174-635-VD (folio 4 y siguientes de la causa) que contiene la sentencia No. 3529-07, del Juzgado de Violencia Doméstica y copias de la causa 08-29-172-PE, en la que se demuestra que el ofendido mintió ante el Juzgado de Violencia Doméstica y el Tribunal de Juicio, pues afirmó que su esposa era la agresora y que solicitó medidas de protección, las cuales se levantaron por mutuo acuerdo. Sin embargo, el fallo 3529-07 determina que las medidas pedidas en diciembre del 2007 fueron levantadas en sentencia y no por mutuo acuerdo. Agrega que también consta en el expediente 08-1174-635-VD que las medidas de protección otorgadas al señor P, por resolución de las once horas cuarenta y dos minutos, del ocho de mayo del dos mil ocho, del Juzgado de Violencia Doméstica, fueron cesadas por sentencia 2263-2008, del 12 de agosto de 2008, por resultar improcedentes. De tal forma que las medidas cautelares no fueron mantenidas en sentencia como sostuvo la víctima. Agrega que no se valoraron contradicciones importantes en las deposiciones de P, S y M, en relación con la conducta de P. sobre el cierre del portón de ingreso al local de trabajo y la privación de libertad de W. y la permanencia de S. en el lugar. Finalmente, afirma que no se apreció la violencia doméstica a que fue sometida su defendida por el denunciante, lo cual consta en la sentencia 3529-07, del Juzgado de Violencia Doméstica del Segundo Circuito Judicial de San José, cuestión ratificada con la versión de M. en el juicio. No es atendible el reclamo. Como bien se valora en la sentencia, lo esencial en esta causa era determinar si existía una orden judicial que obligaba a la imputada M. a no acercarse ni perturbar al señor J, lo cual consta en la certificación del expediente respectivo. Existía una orden que se había emitido pocos días antes del suceso, donde se dejaba claro esa obligación. Sin embargo, teniendo pleno conocimiento de lo anterior, pues la resolución le fue notificada en forma personal, se introdujo al lugar de trabajo de don J, ocasionando un grave problema que incluso llevó a cerrar el establecimiento, ante la presencia policial y de otras personas ajenas al problema. Se analiza en la sentencia, incluso a partir de la propia declaración de la imputada, que ella ingresó y que no existía justificación alguna para tal proceder, pues le bastaba al oficial que cumplía con el requerimiento por la supuesta falta de pago de la pensión alimentaria con solicitar a P. su documento de identidad. Asimismo, se deja claro en la sentencia que la imputada era acompañada por una amiga que también pudo ingresar al recinto, pues no tenía restricción, a efectos de identificar al deudor de dicha obligación alimentaria. De tal forma que no se justificaba el ingreso de la imputada al lugar de trabajo del denunciante y causar la perturbación. El análisis de la prueba que echa de menos la recurrente podría llevar a determinar que la conclusión de la relación sentimental de la acusada y la víctima no ha sido llevada de la mejor manera y se han presentado, mutuamente, diferentes denuncias por agresión y violencia doméstica, en la cual han incurrido en algunas contradicciones y mendacidades, pero ello no tiene la virtud de eliminar la conducta realizada por la imputada, la que resulta típica, antijurídica y culpable, como en forma extensa, clara y precisa, se analiza en la sentencia. La prueba, cuya valoración se reclama no se realizó por el Tribunal, no tiene el carácter de esencial, lo que nos lleva a declarar sin lugar el motivo de casación.



III. El segundo motivo es por violación a las reglas de la sana crítica, concretamente, al principio de derivación y razón suficiente. Cuestiona que se haya tenido por acreditado que la orden de apremio contra la víctima había sido dictada desde el 8 de mayo de 2008 y que la imputada hizo uso de su derecho el 16 de mayo del 2009, lo cual implica mala fe o malicia de su parte. Reprocha que no se haya tomado en cuenta que ella sí estuvo tratando de que se ejecutara el apremio pero la policía no lo localizaba, de ahí que tuvo que ir a San José. Agrega que las reglas de la experiencia señalan que los deudores de pensiones alimentarias siempre se las pasan ocultándose para no ser detenidos. Critica que se admitiera que la acusada aprovechara el apremio para violar la restricción y perturbar al ofendido. Indica que ella explicó que tenía una situación económica difícil con sus hijos y tuvo la necesidad de ejecutar en todos los meses la orden de apremio, lo que fue respaldado por la testigo A. Cuestiona que se haya tenido por demostrado el hecho cinco, a partir de la declaración del ofendido, pues su información fue contrariada por S, C. y la imputada. Esto implica que no quedó demostrado que la imputada ofendiera a la víctima. Se rechaza el reproche. De nuevo insiste la defensa en aspectos periféricos que no tienen trascendencia para la solución de este conflicto. El que la imputada agrediera o no de palabra al ofendido no es esencial, pues lo importante es que realizó actos de perturbación al ingresar al recinto de trabajo de P, lo cual tenía prohibido por una orden emitida por una autoridad jurisdiccional, pocos días antes y de la cual había sido impuesta en forma personal. De igual forma, como ya se indicó en el considerando anterior, existían otras formas para que ella ejecutara la orden de apremio, sin necesidad de que ingresar a identificar a J, las que fueron debidamente valoradas en la sentencia. De ahí que la necesidad económica que tenía no justificaban que incurriera en conductas delictivas, si tenía otras opciones para hacer efectiva la orden de apremio. De igual forma, aún admitiéndose la existencia de un error en el razonamiento de la juzgadora sobre el interés actual de la ejecución de la orden, de la prueba recibida en el juicio deriva que ella había hecho valer su derecho en anteriores oportunidades, sin necesidad de incurrir en acciones como la que le atribuyó el Ministerio Público. Esto nos lleva al rechazo del reproche.

IV. En el tercer motivo se alega violación a las reglas de la sana crítica. Cuestiona la argumentación utilizada por la juzgadora para tener por demostrada la existencia de una conducta dolosa, antijurídica y culpable. Estima que la imputada nunca tuvo por objeto ingresar al lugar de trabajo del ofendido, sino ejecutar la orden de apremio por falta de pago de la pensión alimentaria. Señala que según la declaración de W, ella se quedó fuera del local y sólo ingresó para identificarlo. Afirma que ella no tenía que razonar ante la orden del oficial, y menos ante su premura económica. Estima que ella no tenía como fin incurrir en una conducta delictiva y por ello su proceder implica un error de prohibición. Sin lugar al motivo. La sentencia valora, adecuadamente, que la conclusión de la relación conyugal de la imputada y la víctima fue sumamente compleja y que existían diversas medidas impuestas para ambos, con la finalidad de que no se perturbaran y observaran el ordenamiento jurídico, a partir de la ruptura de su enlace. De ahí que no podría alegarse ahora la existencia de un error de prohibición de parte de la imputada, en cuanto a que la ejecución del apremio le permitía ingresar al local de trabajo de P, a pesar de que sólo unos días antes había sido notificada de que no podía perturbar a esa persona. Ella tenía otras opciones y debió informar al oficial S. de que tenía medidas que le impedían ingresar, teniendo otras opciones que ya fueron objeto de valoración. Por ello resulta inatendible el reproche por violación a las reglas de la sana crítica o bien la aplicación de un error de prohibición.

V. El último motivo es por incorrecta aplicación del artículo 43 de la Ley de Penalización de la

Violencia contra la Mujer. Estima que la ley aplicada sólo protege a las mujeres y no es posible su utilización en las hipótesis en que la víctima es un hombre. Considera que el fallo ha violado los artículos 1 y 2 que establecen con claridad que la protección es exclusiva para las mujeres. No es atendible el motivo. Como bien se señala en la sentencia impugnada, el artículo 46 de la Ley de Penalización de Violencia contra las mujeres reformó el artículo 3 de la Ley No. 7586, contra la Violencia Doméstica (folios 149 y 150). En la última norma se indican las medidas de protección que pueden establecerse al amparo de la ley de violencia doméstica y su relación con el artículo 2 ibídem, lleva a concluir que el artículo 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres es de aplicación tanto a hombres como a mujeres, es decir, los varones también tienen protección cuando se trata de cuestiones relacionadas con violencia doméstica. Lo anterior también se desprende de lo estipulado por el artículo 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, donde se establece, expresamente: "Incumplimiento de una medida de protección. Será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años, quien incumpla una medida de protección dictada por una autoridad competente, dentro de un proceso de violencia doméstica en aplicación de la Ley contra la Violencia Doméstica". Es claro que la citada normativa no discrimina entre hombres y mujeres, de ahí que se estima que la ley sustantiva ha sido aplicada en forma adecuada, rechazándose el reclamo formulado.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso de casación.

c)Análisis sobre el Delito de Incumplimiento de medida de protección, el cual no aplica cuando la víctima es un hombre

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁷

VOTO 141-2009

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz, a las catorce y cincuenta y cinco horas del siete de julio de dos mil nueve.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra xxxx , mayor, en unión libre, nativa de Chocó, de nacionalidad Colombiana, nacida el día 13 junio de 1978, con cédula de residencia 42002143960008654, domiciliada en Villarreal de Santa Cruz, 25 metros al este de la Soda El Rápido, por los delitos de INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN Y AGRESIÓN CON ARMA, en perjuicio de xxxx respectivamente. Intervienen en la decisión del recurso, el Juez Jaime Robleto Gutiérrez, y las Juezas Marta Muñoz Delgado y María de los Ángeles Londoño Rodríguez. Se apersonaron en casación, la Licenciada Enid Eras de la O, defensora pública de la imputada xxxx . Así como el representante del Ministerio Público, licenciado José Ángel Peñaranda Chaverri.

**RESULTANDO:**

1.-Que mediante sentencia N° 39-2009 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos minutos del veintiséis de marzo del año dos mil nueve, el Tribunal del II Circuito de Guanacaste, sede Santa Cruz, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo que se dirá en la sentencia integral, artículos 39 y 41 de la Constitución Política, artículos 1, 30, 31, 45, 50, 51, 59, 60, 62, 71 y 140 del Código Penal, 43 de la ley de penalización de la violencia doméstica (sic); artículos 1, 6, 141, 142, 144, 184, 360, 361, 363, 364, 365, 367 y 459 del Código Procesal Penal, se declara a xxxx autora responsable de los delitos de INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN y AGRESIÓN CON ARMA EN CONCURSO MATERIAL, cometidos el primero en perjuicio de xxxx y LA AUTORIDAD PÚBLICA; y el segundo en perjuicio de xxxx en tal carácter se le impone el tanto de SEIS MESES DE PRISIÓN por el primero y DOS MESES DE PRISIÓN, por el segundo, para un total de OCHO MESES DE PRISIÓN, pena que deberá descontar en el lugar y forma que indiquen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva sufrida. Por considerarlo procedente se le otorga a la condenada el BENEFICIO DE EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA por un período de prueba de TRES AÑOS, en el entendido de que durante dicho lapso no deberá resultar condenada por nuevo delito doloso en que se le imponga una pena de prisión superior a seis meses, pues en dicho evento, le será revocado el beneficio aquí concedido y deberá descontar en prisión la pena impuesta. Son las costas del proceso a cargo de la condenada. Una vez firme la sentencia inscribese en el Registro Judicial. NOTIFÍQUESE. LIC GERARDO RUBEN ALFARO VARGAS JUEZ DE JUICIO"

2. Que contra el anterior pronunciamiento la licenciada Enid Eras de la O, defensora pública de la imputada xxxx interpuso recurso de Casación.

3. Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por la normativa del Código Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el Recurso.

Redacta el Juez ROBLETO GUTIÉRREZ; y,

CONSIDERANDO:

I.-La licenciada Enid Eras de la O, defensora pública de la imputada xxxx, con fundamento en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política; 8 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 inciso 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 8 inciso 1, 2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 378 inciso e), 422, 424, 443, 444, 445, 446 y 447 del Código Procesal Penal, interpone recurso de casación contra la sentencia N° 39-2009 de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos minutos del veintiséis de marzo del año dos mil nueve, dictada por el Tribunal del II Circuito de Guanacaste, sede Santa Cruz, fallo mediante el cual se declaró a su representada xxxx autora responsable de un delito de Incumplimiento de Medida de Protección y de un delito de Agresión con Arma en concurso material, cometidos el primero en perjuicio de xxxx y La Autoridad Pública y el segundo en perjuicio de xxxx, imponiéndosele pena de seis y dos meses de prisión respectivamente para un total de ocho meses de cárcel, con el otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de la pena por un período de prueba de tres años.

II.-Errónea aplicación de la ley sustantiva. El reclamo consiste en que la defensa alega que no es aplicable al caso concreto la Ley de Penalización de Violencia en Contra de las Mujeres (sic). Se aduce que si bien la Ley de Violencia Doméstica regula la aplicación de medidas de protección en las relaciones de pareja, lo cierto es que en el ámbito de aplicación de la Ley Penalización de la

Violencia Contra Las Mujeres no se contempla la posibilidad de aplicarla en favor de los hombres víctimas de violencia en una relación de pareja y el artículo 43 de esta Ley, contiene precisamente el tipo penal de Incumplimiento de una Medida de Protección, por lo que no es posible su aplicación en esta causa toda vez que la víctima es un hombre, por lo que el a quo incurrió en errónea aplicación de la ley sustantiva y al no existir una ley previa que contemple sanciones contra una mujer como posible agresora en una relación de pareja, debe decretarse la ineficacia de la sentencia y absolverse de toda pena y responsabilidad a su defendida xxxx por ese hecho. Se acoge parcialmente el motivo por las razones que se dirán: La Ley N° 8589, de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres, publicada en La Gaceta N° 103 del 30 de mayo de 2007, establece en su artículo segundo lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.-

Ámbito de aplicación

Esta Ley se aplicará cuando las conductas tipificadas en ella como delitos penales se dirijan contra una mujer mayor de edad , en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

Además, se aplicará cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental."

(El subrayado no pertenece al original).

Claramente se determina que necesariamente el sujeto pasivo debe ser femenino y no podría ser en ningún delito contenido en esta Ley, un sujeto masculino. Es por ello, que efectivamente el tipo penal contenido en el numeral 43 de la ley bajo estudio, es decir, el Incumplimiento de una medida de Protección cobija únicamente aquellas hipótesis donde existe una mujer como víctima. En su contestación, el representante del Ministerio Público argumenta que debe ser aplicada la figura del incumplimiento, en vista de que la Ley de Penalización de la violencia Contra las Mujeres, en la descripción de los delitos, ubica como sujeto pasivo a la mujer, en tanto no lo hace, con la figura del incumplimiento de una medida de protección (artículo 43 de dicha ley). Aunque tal diferencia se nota en la Ley, una relación del articulado, y el análisis de los fines de la ley, señalados en el artículo 1, permiten concluir que esta norma no es de aplicación cuando el sujeto activo es un hombre. Se observa que la ley indicada se emite en cumplimiento de compromisos adquiridos por el país al suscribir la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, instrumentos ambos que procuran eliminar las prácticas abusivas contra las mujeres, y esperan de los estados signatarios, medidas efectivas en procura de ese fin, tal como reza el artículo 7 de la "Convención de Belém do Pará: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a

violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos". Es claro que la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, pretende equilibrar la disparidad existente en gran número de relaciones de pareja, verticalizadas y no paritarias. Es por ello, que una interpretación teleológica de la ley, permite descartar que dicha normativa pueda tener como sujeto pasivo al hombre, aunque la ley de Violencia Doméstica remita a la norma penal del Incumplimiento de una medida de protección, sin discriminar el sujeto pasivo. En consecuencia, sí existió el vicio in iudicando de errónea aplicación de la norma supra citada. Sin embargo, toda vez que el Tribunal tuvo por demostrada la desobediencia de la orden judicial dictada por el Juez de Violencia Doméstica de Santa Cruz a las 8:17 horas del 2 de noviembre de 2007 por parte de xxxx y dado que esa figura penal no es más gravosa en cuanto a su penalidad, por lo que no afecta el principio non reformatio in peius, siendo que además se le impuso el extremo menor punitivo, esta Cámara recalifica la conducta acusada como constitutiva del delito de Desobediencia y conforme la normativa vigente a la fecha de los hechos, es decir el día 15 de diciembre de 2007, antes de la reforma del 1º de enero de 2008 que incrementó la pena para este delito, se declara con lugar el motivo, recalificando y declarando a xxxx, autora responsable de un delito de Desobediencia, cometido en perjuicio de La Autoridad Pública y en tal carácter se le impone el tanto de quince días de prisión. Se mantiene el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena otorgado por el Tribunal de instancia en las mismas condiciones. En lo demás, el fallo permanece incólume.

POR TANTO:

Se declara parcialmente con lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa, en cuanto se verifica la existencia del vicio alegado por errónea aplicación de ley sustantiva, se recalifica la conducta acusada al delito de Desobediencia. Se declara a xxxx, autora responsable de un delito de Desobediencia, cometido en perjuicio de La Autoridad Pública y en tal carácter se le impone el tanto de quince días de prisión. Se mantiene el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena otorgado por el Tribunal de instancia en las mismas condiciones. En lo demás, el fallo permanece incólume.

d) Definición de violencia patrimonial

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁸

Resolución: 2009-0761

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las catorce horas treinta minutos del veintiuno de julio del dos mil nueve.

RECURSO DE CASACIÓN interpuesto en la presente causa seguida contra J, mayor, soltero, pintor, nación en Nicaragua el 19 de marzo de 1980, hijo de J y E, pasaporte N° C-996638, por el delito de INFRACCIÓN A LA LEY DE PENALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER en

perjuicio de E. Intervienen en la decisión del recurso, los jueces Jorge Luis Arce Víquez y Alfredo Chirino Sánchez y la jueza Sandra Zúñiga Morales. Se apersonaron en casación el licenciado José Alejandro Piedra Pérez, representante del Ministerio Público y la licenciada Johanna Rodríguez Acosta en condición de abogada de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima del Ministerio Público.

RESULTANDO:

I.-Que mediante sentencia número 240-09 de las catorce horas treinta minutos del primero de junio del dos mil nueve, el Tribunal Penal del Tercer Circuito Judicial de San José, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto; artículos 39 y 41 de la Constitución Políticas; 35 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres; 1, 6, 12, 117, 142, 360, 361, 363, 364, 365 y 366 del Código Procesal Penal, en aplicación del principio universal in dubio pro reo, se ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD a J, por los delitos de MALTRATO, VIOLENCIA EMOCIONAL Y DAÑO PATRIMONIAL, cometido en perjuicio de E. Se declara el desistimiento expreso de la acción civil resarcitoria y por lo tanto se ordena su archivo. Se dicta sin especial condenatorias en costas. Déjese sin efecto toda medida cautelar dictada contra el imputado. POR LECTURA NOTIFÍQUESE . (sic)".

II.-Que contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de casación el licenciado José Alejandro Piedra Pérez, representante del Ministerio Público y la licenciada Johanna Rodríguez Acosta en condición de abogada de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima del Ministerio Público.

III.-Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código de Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de casación.

IV.-Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el juez de Casación Penal Arce Víquez; y,

CONSIDERANDO:

I.- Recurso del Fiscal del Ministerio Público, licenciado José Alejandro Piedra Pérez. Como único reclamo del recurso de casación interpuesto por el actor penal se acusa la inobservancia de la ley sustantiva, concretamente la errónea interpretación y falta de aplicación del artículo 35 de la Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres, N° 8589 del 25 de abril de 2007. Advierte que inicialmente se habían acusado otros delitos, pero a raíz de que los artículos 22 (Maltrato) y 25 (Violencia emocional) de esa Ley fueron declarados anulados por la Sala Constitucional, al final el foco de atención se centró en la acusación por el delito de «Daño patrimonial» que prevé y sanciona en su artículo 35. En su criterio existió una mala interpretación de ese tipo penal, se omitió el análisis de la normativa nacional e internacional que orienta la interpretación de esa ley especial. Alega que si bien la casa donde se produjeron los daños era formalmente alquilada por el imputado, lo cierto es que el monto de su arriendo lo cancelaban entre él y la ofendida, y que ambos ejercían la posesión del inmueble. La posesión es un elemento normativo del tipo, la ejercían en común el imputado y la ofendida porque estaban en relación de convivencia, ambos pagaban el alquiler, ambos detentaban el poder de disposición sobre las cosas, ambos ejercían como poseedores y ejecutaban actos propios de un poseedor; vivían en la casa, la habitaban y desplegaban en ella actos propios de una unidad familiar, es más, la ofendida luego de la salida del encartado de la vivienda aún vive ahí y continúa pagando el alquiler del inmueble. "Parece antes



bien -alega el fiscal-, que el señor Juzgador no comprende la verdadera dimensión del bien jurídico tutelado en la norma, cual es no precisamente el patrimonio, sino que mas bien se trata de un delito de carácter pluriofensivo pero inserto dentro de la violencia doméstica y más propiamente dentro de la violencia patrimonial cuya definición, según se verá más adelante va más allá de la solución propuesta por el Juzgador en sentencia respecto a la condición formal de poseedor que pueda tener la mujer afectada [...] No debe perderse de vista que, el artículo 35 de la ley de Penalización de la Violencia Doméstica sí estipula claramente cuál debe ser la afectación producida pues indica como presupuesto necesario que el sujeto activo realice la acción 'en perjuicio de una mujer', es decir que el delito de daño patrimonial no responde a la tutela única y específica del patrimonio, siendo que el daño producido en efecto debe trascender esa concepción tradicional del delito de daños, abarcando la temática de la violencia patrimonial, lo que el tribunal sentenciador parece no entender. En juicio resultó clara la afectación sufrida en la persona y psiquis de la ofendida e inclusive en su grupo familiar, más allá de un mero menoscabo financiero o patrimonial, debido a que esto se desprende de su deposición en juicio, de su llanto, su modo de hablar y actitud durante el debate [...] La posesión que se pretende tutelar dentro del artículo 35 de la ley especial ya señalada, no es una posesión entendida desde un punto de vista económico o patrimonial, es una posesión entendida desde un punto de vista económico o patrimonial, es una posesión que va más allá orientada a los derechos de uso y disfrute que sobre el bien pueda tener la víctima de violencia, dentro del amrco de la normativa vigente en torno al tema de la violencia patrimonial, así como del reconocimiento que sobre el tema admiten los instrumentos internacionales aplicables al tema en cuestión". El reclamo es atendible. En la sentencia impugnada se consignaron como hechos probados los siguientes: "Primero: La ofendida E, ha mantenido por espacio de dos años y medio, una relación de unión de hecho con el imputado J, conconviviendo con el mismo en Piedades de Santa Ana, del súper Piedades un kilómetro, en Calle San Marcos. Segundo: El día 22 de junio de 2008, al ser las catorce horas aproximadamente, la ofendida se encontraba en su casa de habitación, en la dirección anteriormente señalada, en compañía de sus tres hijos menores de edad, N, de 14 años, K, de 11 años y J. de 13 años, cuando el imputado J. se presentó en la misma, en estado de ebriedad y llevando consigo media caja de cervezas. Tercero: Al reclamarle la ofendida, el encartado se molestó, discutió con la ofendida y en determinado momento el acusado procedió a propinar golpes a las paredes, hasta romper tres láminas de plywood, así como un vidrio. A raíz de lo sucedido, la ofendida solicitó auxilio policial, y al presentarse los oficiales de la Fuerza Pública en el sitio, el imputado salió de la vivienda y amenazó a la ofendida diciéndole 'ahora sí vas a saber quien soy yo, porque te dije que no llamas a la policía'..." (sentencia, folio 184), a lo que debe agregarse que a lo largo del Considerando III el juzgador describe los diferentes daños que causó dentro de la vivienda (cfr. folios 185 a 187). Aún cuando tuvo por acreditados esos hechos, el juez de mérito dice que no existe prueba para responsabilizar por ellos al imputado "...emergiendo en su favor una sensible duda que obliga a absolverlo de toda pena y responsabilidad" (sentencia, folio 185), descartando que tales hechos configuren el delito de «Daño Patrimonial» previsto y sancionado en la Ley N° 8589, en los siguientes términos: "La persona que en perjuicio de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, destruya, inutilice, haga desaparecer o dañe en cualquier forma, un bien en propiedad, posesión o tenencia o un bien susceptible de ser ganancial, será sancionada con una pena de prisión de tres meses a dos años, siempre que no configure otro delito castigado más severamente". Descartó la tipicidad de la conducta porque "...los bienes a los cuales se les causó daño, no son producto de una relación de matrimonio, ni de la unión de hecho que mantuvieron por dos años y medio, tampoco era un bien en propiedad, ni en posesión o tenencia de ser susceptible de ser un bien ganancial, aspectos que realmente no permiten la configuración del delito acusado..."

(sentencia, folio 185) y porque "...nos encontramos con que dicha vivienda no es propiedad de la ofendida, tampoco es un bien ganancial y la persona que realizó el contrato de arrendamiento fue el propio imputado, razón por la cual es dicha persona que tiene bajo su posesión el inmueble, además como lo mencionó la ofendida, ella no tuvo perjuicio alguno y además, el bien dañado no contiene las características que requiere el artículo 35 de la Ley de Penalización de Violencia contra las mujeres, toda vez que la morada uno [sic] era un bien en propiedad, la posesión la tenía el arrendante y aquí imputado y mucho menos era un bien ganancial, razón por la cual el delito acusado de Daño Patrimonial no se configura. Además, a la fecha no se tiene conocimiento bajo que términos se realizó el contrato y la persona que se encuentra legitimada para cobrar los mismos, sería el señor O. como propietario del inmueble, pero el mismo ni siquiera fue presentado al juicio, ni se ofreció su testimonio. Así las cosas, no configurándose el delito de daño patrimonial, razón por la cual lo procedente es absolver al imputado de toda pena y responsabilidad por los hechos que se le han venido atribuyendo" (sentencia, folio 187) incluyendo la absolutoria lo relativo a la acción civil resarcitoria (cfr. sentencia, folios 187). Tal como lo alega el quejoso, se aprecia una incorrecta interpretación del tipo penal de «Daño patrimonial», particularmente de la posesión como elemento normativo del tipo, pues al tenor del artículo 3 de la Ley N° 8589, este concepto debe interpretarse a la luz del artículo 51 de la Constitución Política (según el cual la familia tiene derecho a la protección especial del Estado) y dentro del marco que integran todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, en particular la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Ley N° 6968 de 2 de octubre de 1984) y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (conocida como "Convención de Belém do Pará", Ley N° 7499 de 2 de mayo de 1995), de manera que el tema de la posesión (o de la mera tenencia) debe enmarcarse dentro del contexto normativo de la violencia contra la mujer. En la "Convención de Belém do Pará" define e ilustra que debe entenderse por violencia de la siguiente manera:

"ARTICULO 1.-

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado."

"ARTICULO 2.-

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual..."

También nuestra legislación nacional tiene orientaciones respecto a lo que debe entenderse específicamente por violencia patrimonial:

"Acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas en el inciso a) anterior" (artículo 2.e de la Ley contra la Violencia Doméstica, N° 7586 del 10 de abril de 1996).

Es importante señalar que el párrafo final de este último artículo citado, advierte que la definición no es restrictiva. Conforme a todo lo expuesto (mas lo que se dirá en el siguiente Considerando), las razones que dio el juez de mérito son insuficientes para justificar razonablemente su decisión, por lo que se declara con lugar el recurso de casación, se anula totalmente la sentencia y se ordena el reenvío del proceso al competente para su nueva sustanciación, con todas las garantías del juicio oral, público, contradictorio y continuo, lo que se estima necesario para preservar el principio de igualdad procesal (artículos 6 párrafo tercero y 465 párrafo primero del Código Procesal Penal).

II.- Recurso de la licenciada Johanna Rodríguez Acosta, abogada de la Oficina de la Defensa Civil de la Víctima. En este se adhiere al recurso de la Fiscalía y se acusa la infracción de los artículos de los artículos 35 de la Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres, N° 8589 del 25 de abril de 2007, 117, 142 y 369 inciso d) del Código Procesal Penal, por inobservancia de la ley sustantiva y errónea aplicación de la ley procesal, alegando que el hecho sí es delito, que la ofendida en ningún momento desistió de su demanda y que la sentencia carece de fundamentación en lo concerniente al rechazo de la acción civil resarcitoria.-

El reclamo es atendible. Tal como lo alega la quejosa, la sentencia impugnada (cfr. Sentencia, Considerando IV, folio 187) carece de una fundamentación suficiente con relación a los aspectos de hecho y de derecho en los que el tribunal de juicio se basa para rechazar la acción civil resarcitoria, en ningún momento entró a analizar el sustento legal invocado ni explicó con claridad las razones por las cuales entendió que la actora civil desistió expresa y formalmente, lo que le ha causado un perjuicio a ella que también justifica que sea anulada la sentencia en cuanto a sus aspecto civil, más las razones que fueron indicadas en el Considerando anterior, que también inciden en lo que a la actora civil reclama y pretende en su adhesión.

POR TANTO:

Se declaran con lugar el recurso de casación interpuesto por el fiscal José Alejandro Piedra Pérez y la adhesión de la abogada de la Oficina de la Defensa Civil de la Víctima, se anula totalmente la sentencia impugnada y se ordena el reenvío del proceso al competente para su nueva sustanciación.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 VALERÍN RODRIGUEZ, Gloria. Avances hacia una construcción jurídica con enfoque de género. Artículo de revista
- 2 GUZMÁN GÓMEZ, Sonia. Análisis de constitucionalidad del proyecto de ley para penalizar la violencia contra las mujeres mayores de edad. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 2006. pp 135-137.
- 3 GUZMÁN GÓMEZ, Ibid pp 139-141.
- 4 CHAN MORA, Gustavo. La Criminalización de la Violencia contra las Mujeres: ¿Un Ejemplo de Derecho Penal “Moderno” en el Contexto del Capitalismo Cínico y del Estado Policía? Artículo de revista publicado en la Revista EL FORO. No. 4 del 2004. Disponible en la página del Colegio de Abogados. Visitada el 11/2009. Dirección electrónica. http://www.abogados.or.cr/revista_elforo/foro4/lacriminalizacion.htm
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica: O.J.-171– 2002. 09 de diciembre, 2002
- 6 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Resolución 2009-0783. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las ocho horas cinco minutos, del veintitrés de julio del año dos mil nueve.
- 7 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. VOTO 141-2009. Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz, a las catorce y cincuenta y cinco horas del siete de julio de dos mil nueve.
- 8 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Resolución: 2009-0761. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las catorce horas treinta minutos del veintiuno de julio del dos mil nueve.