



Jurisprudencia sobre la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica Contra las Mujeres

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Violencia Doméstica.
Palabras Claves: Violencia Doméstica, Violencia contra la Mujer.	
Fuentes de Información: Jurisprudencia.	Fecha: 14/02/2014.

Contenido

RESUMEN	2
JURISPRUDENCIA	2
1. Los Fines de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra la Mujer	2
2. Requisitos para la Aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica	4
3. ¿Aplicación de la Ley 7586 a Relación de Noviazgo Finalizada?	12
4. Aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra las Mujeres y la Ley de Violencia Doméstica	14
5. Ley sobre la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra las Mujeres y la Convención de Belém do Pará	19
6. El Delito de Violación: Diferencias entre el Código Penal y la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica en contra de las Mujeres	27
7. Mujer Embarazada como Sujeto Vulnerable ante la Violencia Doméstica .	28
8. Análisis de los Artículo 7 y 43 de la Ley 7586 y la Protección a las Mujeres Durante el Proceso por Violencia Doméstica	30
9. La Imposición de la Pena	40
10. Facultad del Juez para Sustituir la Pena de Prisión	42
11. Fundamentación de la Pena	43

12.	Privación de Libertad e Intento de Femicidio	44
13.	El Delito de Femicidio	46
14.	Incumplimiento de Medidas de Protección	48
15.	El Delito de Restricción a la Libertad de Tránsito	49
16.	El Delito de Amenazas	53
17.	El Delito de Fraude de Simulación	57
18.	El Delito de Fraude de Simulación y la Comunicabilidad de las Circunstancias	60
19.	¿Aplicación del Beneficio de Ejecución Condicional de la Pena?	65
20.	Aplicación del Artículo 43 de la Ley de Penalización de la Violencia es Tanto para Hombres como para Mujeres	69

RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra la Mujer, para lo cual se realiza un repaso por las posturas que la Sala Tercera, Tribunal de Familia, Tribunal Contencioso Administrativo y Tribunales Penales de Casación y Apelación han realizado sobre las diferentes situaciones reguladas en la norma supra citada.

JURISPRUDENCIA

1. Los Fines de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra la Mujer

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]¹

Voto de mayoría:

...Sobre el punto, es necesario traer a este fallo lo dispuesto por la Ley número 8589 de Penalización de Violencia Contra las Mujeres, que establece como sus fines protege r los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación

contra la mujer, Ley Nº 6968, de 2 de octubre de 1984, así como en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Ley Nº 7499, de 2 de mayo de 1995-, (artículo 1) cuerpo normativo que resulta de aplicación 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 (artículo 2), establece además, que todos los delitos contemplados en esta Ley serán de acción pública (artículo 4) que quienes en el ejercicio de sus funciones, estén obligados a conocer de situaciones de violencia contra las mujeres, en cualquiera de sus formas, o a resolverlas, deberán actuar ágil y eficazmente, respetando tanto los procedimientos como los derechos humanos de las mujeres afectadas; de lo contrario, podrán incurrir en el delito de incumplimiento de deberes (artículo 5) y que desde el inicio de la investigación, para protección de las víctimas durante el proceso, podrán solicitarse, las medidas de protección contempladas en la Ley contra la Violencia Doméstica, así como las medidas cautelares necesarias previstas en el Código Procesal Penal (artículo 7). Refiere además la ley de cita, que serán circunstancias agravantes generales de las conductas punibles descritas en esa Ley, con excepción del delito de femicidio, y siempre que no sean constitutivas del tipo, perpetrar el hecho: a) Contra una mujer que presente una discapacidad sensorial, física o mental, total o parcial, temporal o permanente. b) Contra una mujer mayor de sesenta y cinco años de edad. c) Contra una mujer en estado de embarazo o durante los tres meses posteriores al parto. d) En presencia de los hijos o las hijas menores de edad de la víctima o del autor del delito. e) Con el concurso de otras personas, con fuerza sobre las cosas o mediante el uso de armas. f) Con alevosía o ensañamiento. g) Por precio, recompensa, promesa remuneratoria o ventaja de cualquier otra naturaleza. h) Con el uso de un alto grado de conocimiento científico, profesional o tecnológico del autor en la comisión del delito. i) Con el uso de animales. El juez que imponga la pena aumentará hasta en un tercio la señalada por el delito correspondiente, cuando concurren una o varias circunstancias agravantes (artículo 8). Debe el Tribunal ser enfático en señalar que la regulación en protección de la mujer, adoptada como consecuencia del principio de igualdad y dignidad que le resulta inherente, sin perjuicio de una considerable cantidad de normativa a nivel internacional; determina que las medidas de protección en esa materia se adoptan teniendo como eje central la denuncia de la presunta víctima. La que se presume como cierta, salvo que se acredite lo contrario. Por su parte la Ley de Penalización de Violencia contra la Mujer y la normativa conexas completaron el abanico de protección. Eso lleva implícito un debilitamiento de las normas penales de protección para asegurar una mayor protección de la denunciante, en tanto esta poniendo en riesgo su vida y su integridad física, sexual y patrimonial. Eso lleva a la necesaria consecuencia, que las medidas cautelares penales se adoptan en un criterio más amplio de aquel que resultan propio de la materia penal. Efecto directo de esta situación es que el ámbito de responsabilidad penal se hace más amplio, en tanto, existen más supuestos donde

podría adoptarse una medida que a final de cuentas configure uno de los supuestos legalmente establecidos...

2. Requisitos para la Aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“II. El primer motivo del recurso debe ser declarado con lugar. En sentencia se tuvo por demostrado lo siguiente:

1. Que el imputado y la ofendida convivieron en unión de hecho durante dos años, producto de lo cual procrearon dos hijos.

2. Que cuando sucedieron los hechos acreditados ambos tenían ya siete meses de estar separados.

3. Que el veintisiete de agosto de dos mil doce, a las 04:00 horas aproximadamente, la agraviada estaba en casa de una vecina, adonde llegó el acriminado le gritó palabras ofensivas y además la amenazó, diciéndole que la iba a matar (Cfr. folios 73 y 74 del expediente). El Tribunal a-quo calificó los hechos citados como un delito de violencia emocional y un delito de amenazas contra mujer contemplados, respectivamente, en los artículos 25 y 27 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer (en adelante "ley de penalización"), imponiendo para cada uno de ellos la pena de seis meses de prisión (folios 76 y 77 de la sentencia incoada). Como se ha dicho, en la resolución recurrida se concluyó que, al momento de los hechos, la relación de hecho, entre el acusado y la agraviada, ya estaba terminada. Sin embargo, se consideró que, a pesar de ello, debido a que en el pasado ambos habían convivido bajo un mismo techo y procreado hijos en común (folio 76 de la sentencia), debía aplicarse la ley especial aludida y los tipos penales en cuestión. Las conclusiones sobre el cumplimiento de los requisitos fáctico-normativos para que proceda la aplicación de la ley penal especial en estudio son erradas. El artículo 2 de la ley citada indica en su literalidad: *"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."*

Dejando de lado los otros supuestos para su aplicación, y para lo que resulta relevante en este caso, debe indicarse que aquel requisito de la *unión de hecho*, no puede ser

obviado al momento de decidir si procede o no aplicar los tipos penales que se ubican en el cuerpo legal especial antes aludido. El concepto de *unión de hecho* es un concepto normativo, respecto del cual bien puede aceptarse la tesis recientemente expuesta por la Sala Tercera, en la sentencia número 350-2013 de las once horas diez minutos del quince de marzo de dos mil trece, en el sentido de que dicho vocablo, contemplado en el numeral 2 citado, no coincide en su significado con el que prevé y desarrolla el Código de Familia de Costa Rica. Expuesto en otros términos, aún cuando los conceptos presentes en ambos cuerpos normativos son morfológicamente idénticos, difieren -al menos parcialmente- en su significado. El concepto de **unión de hecho** del artículo 2 de la ley de penalización de la violencia contra las mujeres es un **concepto ampliado**, si se le compara con el que existe en el Derecho de Familia costarricense, esto en el sentido de que el primero habilita la intervención penal especializada sin que se exijan todos los requisitos que se plantean en aquella otra rama del ordenamiento jurídico. En el sistema penal costarricense para que se colme dicho concepto, es decir para tener por existente una unión de hecho, no se exige una convivencia de más de tres años, con el fin de poder implementar la tutela penal especializada que contempla la ley de penalización, en función de las mujeres que son víctimas de violencia. Ese requisito temporal, previsto en el artículo 242 del Código de Familia, no existe para el concepto de unión de hecho relevante en sede penal para decidir sobre la aplicabilidad de la ley analizada. Al efecto se ha dicho: *"En ese sentido, es claro que, por muy respetables que sean las posiciones de algunos de los órganos que se han pronunciado respecto a lo que es una "unión de hecho", o incluso la existencia de postulados legales al respecto, ellos se refieren (como se verá) a otros campos jurídicos, que tutelan intereses diferentes a los aquí involucrados, por lo que el concepto que en esos ámbitos se pueda acotar sobre "unión de hecho" tiene una consistencia diferente a la propia del Derecho Penal (...). Esta puede ser útil y conducente cuando lo que está en controversia o comprometidos son intereses familiares, esencialmente patrimoniales. En efecto, si se lee esos numerales (sobre todo el 242), al definir la unión de hecho lo hace para establecer que tiene los efectos patrimoniales propios del matrimonio (...). De manera que no se puede sostener, válidamente, que es esa acepción la que le da contenido tanto al concepto de "unión de hecho" para regular tanto intereses patrimoniales tutelados por la ley de familia, como la que le da contenido a la que regula intereses públicos y primarios tutelados por la ley penal. Es evidente que, en aquel caso, el legislador fijó una serie de requisitos que se debe cumplir para que las eventuales controversias patrimoniales o familiares puedan dirimirse aplicando ese concepto de "unión de hecho"; pero no se puede entender, so pena de confundir los campos de aplicación, que los mismos rijan también en el Derecho Penal (...) no se ve por cuál razón esa tutela calificada a bienes primarios y públicos (como es la que garantiza la ley penal), deba exigir una convivencia mayor a tres años o que ambas partes estén en condiciones legales de contraer matrimonio. Es comprensible que ello sea exigido con vista a la regulación de*

asuntos de índole patrimonial o familiar, pero no para defender la vida, la integridad física, la libertad de determinación, la buena fe en el manejo de los bienes o la dignidad de la mujer ligada en matrimonio o unión de hecho, declarada o no (...) **Las diferencias entre ambos regímenes las marca justamente la situación particular en que se encuentran las susodichas mujeres, por lo que el Estado costarricense les ha otorgado una protección calificada.**" (Sala Tercera, sentencia número 350-2013 arriba citada. La negrilla y el subrayado se adicionan). Efectivamente, desde el contexto normativo que provee la Convención Belém do Pará y, en particular, siguiendo las recomendaciones de interpretación que plantea su numeral tercero, no puede derivarse que la ley de penalización tenga como requisito de aplicabilidad el que hayan transcurrido más de tres años de convivencia entre la mujer víctima de violencia y su agresor. Derivar semejante requisito tornaría nugatorios los objetivos de aquella Convención y de la ley interna costarricense, la cual se desarrolla con el fin de enfrentar, contener y reducir las prácticas de violencia contra las mujeres en el seno familiar. Al asumir un deber de amplia protección a las mujeres frente a la violencia, sería un evidente sinsentido no darla, por ejemplo, a quienes solo han alcanzado un tiempo de unión de hecho menor a los tres años que exige el concepto en el Derecho de Familia. En resumidas cuentas, dicho de manera clara y concisa, el concepto de unión de hecho en el Derecho penal excluye la exigencia temporal específica referida. No obstante lo anterior- y esto debe destacarse con toda claridad-, lo cierto es que la exigencia de que haya una unión de hecho sigue existiendo como requisito para la aplicabilidad de la ley de penalización, porque así está contemplado, explícitamente, en la propia letra de ley, en el artículo dos de repetida mención. Como tal, dicho requerimiento pasa además a conformar un presupuesto *normativo de aplicabilidad* para de cada uno de los tipos penales que integran la referida ley; por lo que, vaciado de aquella exigencia de temporalidad para la unión de hecho, conviene preguntarse cuál es el *contenido de significado* que queda para ese concepto, contemplado en el artículo segundo de la ley de penalización tantas veces aludida. La delimitación conceptual de tan "poroso" concepto, es absolutamente obligatoria, **en cumplimiento del principio de estricta legalidad y tipicidad del Derecho Penal**, de esencial importancia en un modelo penal democrático liberal, **ya que se trata de un presupuesto habilitante de la actividad punitiva del Estado, ejercida de manera especializada**. De no delimitarse claramente el concepto, se afectaría la seguridad jurídica, la sistematicidad y la uniformidad en la aplicación de la ley y, consecuentemente, el principio de igualdad ante la ley, ya que cada juzgador de la República podría interpretar de distinta manera el concepto de *unión de hecho*, ampliando o restringiendo, antojadizamente, la aplicación de la ley de penalización de la violencia contra las mujeres, según la definición o significado que quiera proveer para el concepto de marras. Siendo así, en cumplimiento de los principios indicados, lo que corresponde es realizar una *interpretación autorizada* para delimitar el contenido de significado de aquel concepto normativo indeterminado, ello si -como se ha

apuntado- no se quiere dar al traste con el principio de legalidad y tipicidad penal, de fundamental importancia en un modelo de Derecho Penal Liberal Constitucional. Desde la perspectiva de esta Cámara de Apelación - y así se sigue de la sentencia citada y de otras resoluciones de la Sala Tercera-, el concepto de unión de hecho que acá interesa, tiene un contenido material bien definido, dentro del cual solamente se excluye el requisito temporal de 3 años de convivencia planteado para el Derecho de Familia. Excluido ese requisito, subsisten otros presupuestos que la propia jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte se ha encargado de fijar, al indicar que: "(...) *en observancia de la citada convención [la Sala hace referencia a Belém do Pará] y de la lógica que preside a una regulación especializada como la que reprime la violencia contra la mujer, se imponía una interpretación más amplia de lo que se entiende por "unión de hecho" y su persistencia. Es más, ya muchos años antes de la entrada en vigencia de la ley 8589 (que es del año 2007), **haciéndose eco de lo que la Convención** había declarado en 1994 acerca de la unión de hecho, la Sala en el voto 286, de las 9:20 horas, del 4 de junio de 1996, había concluido que **los componentes de una unión de hecho son la estabilidad (lo que excluye las relaciones esporádicas), la publicidad (lo que excluye las relaciones furtivas), la cohabitación (lo que excluye las relaciones superficiales) y la singularidad (lo que excluye la multiplicidad) (...) Nótese, debe reiterarse, que estos son los requerimientos para que tenga lugar la aplicación de la normativa penal calificada. Son diferentes, como ya se explicó, a los contemplados por la normativa de familia y patrimonial.***"

(Sala Tercera, voto 350-2013, ibid. La negrilla, el subrayado y lo escrito entre paréntesis cuadrado se adicionan) En resumidas cuentas, son cuatro los requisitos materiales para que pueda aplicarse la ley de penalización de la violencia contra las mujeres, en casos de uniones de hecho, declaradas o no. Dicha unión de hecho debe tener:

- 1. Estabilidad**, lo cual significa que la relación entre hombre y mujer, en la cual se produce la violencia en cualquiera de sus manifestaciones típicas (penalmente hablando), no esté caracterizada por ser esporádica u ocasional, es decir que dicha unión no acontezca por una ocasión o accidentalmente.
- 2. Publicidad**, con lo que se exige que la unión de hecho no sea furtiva o "a escondidas".
- 3.** Según lo indica la Sala Tercera, en el voto arriba citado, debe existir **cohabitación**, como criterio para excluir uniones meramente superficiales, que no son sujeto de tutela especializada en caso de violencia.
- 4. Singularidad**, lo que excluye la multiplicidad de uniones. Expuesto en otros términos, la regla para este tipo de asuntos es que no procede la aplicación del cuerpo normativo especializado en estudio, ni de los tipos penales que contiene, cuando no

existe alguno de los elementos materiales que caracterizan una unión de hecho con relevancia penal. La dificultad que se suscita en este punto es que, tal como se indica en el mismo fallo 350-2013 de la Sala Tercera, la Convención Belém do Pará, en su artículo 2 inciso a., recomienda a los Estados tener en cuenta y tutelar también aquellas formas de violencia contra las mujeres que se suscitan cuando el autor de las mismas compartió (en el pasado) el domicilio con su víctima. Esto significa que, desde la Convención, se propone que también sean objeto de tutela por la ley penal especializada aquellas formas de violencia contra las mujeres que se hayan suscitado entre un hombre y una mujer que tuvieron una relación de hecho en el pasado, pero que ya no existe al momento de los hechos objeto de análisis penal. Esta recomendación de la Convención Belém do Pará, puede generar confusión en los aplicadores del derecho si no se le interpreta en armonía y consonancia con los principios de estricta legalidad y reserva de ley, de esencial importancia en el derecho penal. Como ya se ha apuntado, el artículo 2 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres es una *norma habilitadora*, en el sentido de que con ella se autoriza una particular modalidad de ejercicio del Poder Punitivo del Estado, agravada o acentuada, especializada, por estar pensada en función del requerimiento de tutela y protección de las mujeres frente a la violencia de género. Este objetivo, atendible y razonable, debe "empalmarse" con los principios de estricta legalidad penal y reserva de ley, según los cuales, el ejercicio del Poder Punitivo del Estado (en este caso especializado) solamente está permitido, en el estricto alcance y contenido que le de una n orma jurídica habilitadora, con rango de Ley de la República, que así lo autorice. Este principio fundamental, fue explicado claramente por el Magistrado Piza Escalante en la -a veces olvidada- resolución 1739-92, dictada por la Sala Constitucional a las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, con plena vigencia en la actualidad. En lo que resulta relevante, se dijo: "*En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y **solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento** , y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado -; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campos es casi absoluto. En nuestra Constitución Política, el principio general de legalidad está consagrado en el artículo 11, y resulta, además, del contexto de éste con el 28, que recoge el principio general de libertad -para las personas privadas y **garantiza la reserva de ley para regularla** , con el 121, especialmente en cuanto atribuye a la Asamblea Legislativa competencias exclusivas para legislar (incisos 1º, 4º y 17), para*

crear tribunales de justicia y otros organismos públicos (incisos 19 y 20) y para disponer de la recaudación, destino y uso de los fondos públicos (incisos 11, 13 y 15); potestades que no pueden delegarse ni, por ende, compartirse con ningún otro poder, órgano o entidad (artículo 9º), y que generan consecuencias aun más explícitas como las que se recogen en la Ley General de la Administración Pública, principalmente en sus artículos 5º y 7º -que definen las jerarquías normativas-, 11 -que consagra el principio de legalidad y su corolario de regulación mínima-, **19 y 59.1 -que reafirman el principio de reserva de la ley para régimen de los derechos fundamentales y para la creación de competencias públicas de efecto externo -** **Téngase presente, asimismo que en Costa Rica tal reserva de ley está confinada a la ley formal emanada del órgano legislativo,** por estar prohibida constitucionalmente toda delegación entre los poderes públicos (art. 9º), haciendo así impensables los actos con valor de ley, por lo menos en situaciones de normalidad ". Ciertamente, el artículo 59 inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública no puede ser más claro al efecto, ya que se ubica bajo el Título Tercero, Capítulo Primero de dicha Ley, dedicado al origen, límites y naturaleza de la **competencia**, e indica al respecto:

"Artículo 59. 1. La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio." En ese sentido, debe derivarse que, de la misma manera que la Convención Belém do Pará no tiene la fuerza, ni eficacia jurídica para crear nuevos tipos penales, nuevos delitos, dicho cuerpo normativo **tampoco posee la potestad para delimitar los requisitos o condiciones de aplicabilidad que vendrían a autorizar el uso de esa particular competencia del poder punitivo del Estado, plasmada en la ley de penalización**. Si bien aquella Convención hace recomendaciones, muy atendibles, para la interpretación de la Ley, e incluso para la orientación de la política criminal costarricense en materia de violencia de género, lo cierto es que la potestad para delimitar las condiciones de aplicabilidad de esta y cualquier ley penal, y del poder punitivo estatal, solamente le corresponde al legislador costarricense. Ya en este punto debe precisarse que, en ese proceso particular de construcción del cuerpo normativo en estudio, la Asamblea Legislativa costarricense (a diferencia de lo acontecido en otras naciones) no contempló dentro de las condiciones de aplicabilidad de la ley de penalización aquellas formas de violencia de género suscitadas entre un hombre y una mujer en un momento posterior a la finalización de la unión de hecho. De este modo, existe un vacío legal al respecto que no puede ser suplido por la actividad jurisdiccional de los Tribunales en su pretensión de seguir alguna de las recomendaciones que hace Belém do Pará, porque eso implicaría una vulneración grosera del principio de legalidad penal y de reserva de ley. Este punto, sobre el cual la ley de penalización es omisa, puede ser expuesto de mejor manera mediante interrogantes (planteo de problemas): si se afirma que los tipos penales especiales de la ley de penalización de la violencia contra las mujeres no solo deben aplicarse si **existe** una unión de hecho, sino también si **existió** una unión de

hecho entre víctima y victimario, entonces: ¿de cuánto tiempo atrás se está hablando? ¿deben recibir esta tutela especializada uniones de hecho terminadas hace cuarenta, veinte, diez o cinco años? ¿se deben aplicar los tipos penales de la ley especializada para contextos de uniones de hecho que acabaron ya hace tantos años, o cuál es el límite temporal aplicable al efecto? Como se ha dicho, sobre el punto existe un vacío legal que propicia interpretaciones con las que se vulnera el principio de legalidad, ya que se tienen por dadas las condiciones de aplicabilidad, y se aplican los tipos penales de la ley penal especializada, en supuestos de uniones de hecho pasadas, para los que que la propia ley no contempla, ni autoriza su aplicación. A lo anteriormente dicho debe agregarse que, como es bien sabido, los tratados o convenios internacionales no pueden entenderse como limitativos de derechos y principios consagrados en la Constitución Política y la Ley costarricense (Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 23 de la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), como lo son los principios y derechos arriba mencionados. En resumidas cuentas, con base en todo lo expuesto debe resultar evidente que está prohibido hacerle decir a la ley de penalización, y en particular a su artículo 2, algo que no dice. El vacío legal indicado no debe permanecer abierto, sino que debe ser cerrado, mediante una integración sistemática de la leyes relevantes que existen en la actualidad, justamente para lograr armonizarlo con los principios de legalidad, reserva de ley y seguridad jurídica. Siendo así, este Tribunal de Apelación de Sentencia considera que:

1. Para que pueda aplicarse la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, en el supuesto específico aquí analizado, debe existir una unión de hecho, entendida en el sentido penal arriba expuesto. La unión de hecho, como presupuesto que autoriza la aplicación de los tipos penales de la ley de penalización, deja de existir cuando faltan los elementos materiales que la caracterizan, y a los que ya se ha hecho mención. Por lo tanto, las acciones ilícitas ejecutadas contra una mujer en ese momento, cuando ya no existe unión de hecho, no pueden ser juzgadas mediante la tipología penal prevista en la ley de penalización.

2. Requiere de un particular análisis el supuesto en que la unión de hecho no ha finalizado, sino que se encuentra suspendida debido, por ejemplo, a la intervención de los Tribunales de Violencia Doméstica. Los artículos 3 y 4 de la Ley Contra la Violencia Doméstica, prevén el dictado de *medidas de protección* cuyo efecto inmediato puede ser la suspensión de algunos de los requisitos materiales de la unión de hecho en sentido penal, como podría ser por ejemplo la cohabitación. La duración y cese de estas medidas está claramente delimitada en esta ley (artículos 4 y 5), con lo que el tiempo de suspensión de la unión de hecho puede identificarse claramente. Es claro que se trata de un supuesto en que se da la suspensión y no la finalización de la unión de hecho, porque esas medidas no pueden sustituir finalmente la voluntad de las partes (adultas) en conflicto por violencia doméstica, con lo cual se quiere decir que si

dichas partes así lo desean pueden volver a la unión de hecho cuando la parte afectada pida el levantamiento anticipado de las medidas en cuestión mismas, o bien cuando transcurra el plazo máximo de un año, o aquel establecido en el caso concreto para las mismas. Según se considera, al integrar sistemáticamente estas últimas normas jurídicas con el artículo 2 de la ley de penalización, puede inferirse que también se habilita la aplicación de la competencia especializada, durante la vigencia formal de las medidas de protección. Dicho de otra manera, mientras estén vigentes las medidas de protección dictadas en favor de una mujer, existe una habilitación para para aplicar la ley de penalización, justamente porque la unión de hecho requerida al efecto no ha finalizado, sino que solamente se encuentra suspendida y aún subsiste. Con ello se habilita la tutela penal especializada de situaciones de violencia cometidas durante la vigencia de las medidas de protección. Otras interpretaciones más laxas sobre las condiciones de aplicabilidad de la ley de penalización de la violencia contra las mujeres no son correctas porque pueden ser empleadas para obviar el requisito fáctico-normativo de la unión de hecho como condición de aplicabilidad de la ley de penalización, amén de que anulan los principios de estricta legalidad, reserva de ley y seguridad jurídica, de obligatorio acatamiento nuestro país. Así las cosas, para el caso particular que se analiza, debe indicarse que, tal como consta en el elenco de hechos probados de la sentencia:

1. El imputado y la agraviada convivieron en unión de hecho durante dos años.
2. Al momento en que acontecieron los hechos objeto de análisis penal, es decir, el veintisiete de agosto de dos mil doce, el imputado y la ofendida tenían ya siete meses de estar separados, con lo cual no se cumple el requisito de la unión de hecho como condición de aplicabilidad de la Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres. Aparte de lo anterior:
3. No consta en el expediente el dictado de medidas de protección, en favor de la agraviada L, mediante las cuales se haya suspendido aquella unión de hecho.
4. En el expediente solo consta el dictado de medidas de protección en favor de otra persona (folios 17 a 21). Así las cosas, existen defectos en la fundamentación jurídica del fallo impugnado, al no concurrir las condiciones de aplicabilidad de la ley de penalización tantas veces aludida y, consecuentemente, también existen vicios en lo que respecta a la calificación jurídica (juicio de subsunción típica) de las acciones atribuidas al acriminado. Estos defectos ameritan la anulación de la sentencia recurrida y que se ordene el reenvío para un nuevo juicio, conforme a derecho. Por innecesario se omite pronunciamiento sobre el otro motivo del recurso interpuesto en favor del imputado C.”

3. ¿Aplicación de la Ley 7586 a Relación de Noviazgo Finalizada?

[Tribunal de Casación Penal de San José]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“II. Primer motivo. “Incorrecta aplicación de la ley sustantiva: la conducta acusada no puede calificarse como incumplimiento de medida de protección, previsto y sancionado en el art. 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres” (Cfr. folio 121). Fundamenta su reclamo en los artículos 1, 2, 3, 8, 42 de la Ley 8589 de Penalización de la Violencia contra las Mujeres; artículos 1, 2, 3, de la Ley contra la Violencia Doméstica; artículos 39 y 41 de la Constitución Política y los numerales 239, 244 y 245 del Código procesal Penal. Explica que al imputado se le condenó por tres delitos de incumplimiento de medida de protección, pero sin valorarse la “facultad legal” del órgano jurisdiccional emisor de la orden, porque el Juzgado Civil de Trabajo y Familia de Puriscal, en funciones de Juzgado de Violencia Doméstica, no consideró que A al presentar la denuncia señaló que ella frecuentaba al encartado, con quien salía desde hacía cinco meses, siendo ese el único vínculo existente entre ambos. Invoca y reproduce los artículos 3, 6 y la definición que de violencia doméstica se hace en la Ley 7586, luego agrega: “De la normativa citada anteriormente, queda claro que el Juez de Violencia Doméstica tiene la facultad de dictar medidas de protección –únicamente- cuando la persona denunciante tenga un parentesco... por consaguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela; situación que no se da en el caso concreto donde la señora A desde el mismo momento de la denuncia... señala expresamente: ‘frecuento salir con J, desde hace cinco meses...’ “ (Cfr, folio 123). Menciona que jurisprudencia de la Sala Constitucional y la Sala Tercera equiparan el parentesco por afinidad surgido por matrimonio, al que surge de una relación de hecho con características como estabilidad, publicidad, cohabitación y singularidad; parámetros con los cuales indica, nunca se cumplió en este caso, de un noviazgo por cinco meses, sin que cohabitaran o mantuvieran una relación estable en el tiempo, aunque cuando se demostró en el juicio, que ofendida e imputado, se quedaran a dormir en un mismo domicilio. Por ende, pese al dictado de una resolución por un juez de Violencia Doméstica, cumpliendo una existencia formal, sustancialmente resultaban improcedentes las medidas de protección impuestas al justiciable. En suma, de haberse valorado por parte del juzgador, el origen de las medidas de protección, habría concluido que eran improcedentes e ilegítimas, tornando atípica la conducta del justiciable y absolviéndolo. Solicita declarar con lugar el recurso y anular la sentencia, absolver al imputado de toda pena y responsabilidad. **Se rechaza el reclamo.-**

Revisado el pronunciamiento, tal como lo acusa la gestionante, se tuvo por demostrado que la ofendida A mantuvo una relación de noviazgo con el imputado J,

por aproximadamente seis meses y, debido a que la denunciante acusaba ser víctima de agresiones psicológicas de parte del encartado, quien cada vez que tomaba licor se tornaba muy violento, llegando al trabajo a molestarla y amenazarla con hacerle daño, se le impusieron por parte del Juzgado de Violencia Doméstica, varias medidas de protección, entre ellas, la prohibición de perturbar, intimidar, maltratar u ofender a la ofendida, el acceso al domicilio de ella, e igualmente, al lugar de trabajo o estudio. Fue así como estando debidamente notificado de lo anterior, el justiciable el día 26 de marzo de 2010 (sin precisarse hora exacta), realizó reiteradas llamadas amenazándola con que su jefe iba a pagar su desprecio. Más adelante ese mismo día, cerca de las 3:00 de la tarde, llamo en dos ocasiones y le dijo que saliera porque sino la iría a buscar, amenazando de muerte y hacerle daño a su jefe y a su trabajo. Luego, al ser las 3:15 de la tarde de ese mismo día, se presentó a las afueras de la Clínica de Especialidades Dentales (donde trabaja la ofendida), le hizo una señal instándola a que fuera donde él se encontraba; ante lo cual, sintiéndose perturbada solicitó el auxilio de la policía, quienes llegaron al lugar y procedieron a la detención del encartado. La impugnante cuestiona que la relación de noviazgo por unos meses, califique legalmente como un supuesto para el dictado de la resolución que imponía a su representado medidas de protección, y por ende, la conducta a él atribuida la considera atípica. No obstante, como ya lo ha expresado en otras oportunidades esta Cámara: «... el artículo 1 de la Ley 7586 dispone en el párrafo tercero lo siguiente: *"Asimismo, esta ley protegerá, en particular, a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja y donde exista abuso sexual incestuoso"*. Es decir, al margen de un vínculo matrimonial, de una relación de consaguinidad, afinidad, adopción, unión de hecho o de guarda, tutela o curatela (artículo 2 inciso a. Ley 7586), el legislador decidió establecer protección también a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja, sin incluir en la normativa una interpretación auténtica de dicha expresión, debemos recurrir a la interpretación literal, histórica y sistemática, que sin duda y a causa de las polémicas surgidas en torno a los cuadros de violencia física, emocional y de otra índole entre parejas, busca soluciones como las propuestas en esta normativa: medidas de protección con el propósito de garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas. Así, el ámbito de aplicación de la Ley N° 7586 (de Violencia Doméstica), presenta un espectro amplio de tutela, abarcando a las víctimas de violencia en relaciones de pareja, que aunque supone un mínimo de vínculo en la pareja, suficiente para entender existe una relación, no lo supedita a: **(1)** Un plazo determinado. **(2)** Una condición civil específica, pudiendo darse entre sujetos solteros (as), viudos (as), divorciados (a), casados (as), en todos los matices posibles de unión. **(3)** A un sexo o tipo de unión, admitiéndose para relaciones de heterosexuales u homosexuales. **(4)** A determinadas características de modo, es decir, puede darse en relaciones que no son estables, o que siendo estables no tienen una convivencia común (como en los noviazgos) o dejaron de tenerla (como sucede en el *sub examine*) e incluso, situaciones donde pese a no adquirir el vínculo la connotación de notoria, hay evidencia de que

existe » (Tribunal de Casación Penal, voto N° 879-2010, de las 10:26 horas del 6 de agosto de 2011). En consecuencia, pese a que J fue novio de la denunciante y las medidas se imponen cuando se da la ruptura, es innegable que se mantenía la relación de pareja (aún cuando A no quería que continuara), pues desde el punto de vista del acusado se insistía en su permanencia, tanto que fue preciso dictar las medidas de protección, nacidas con el propósito de garantizar la vida, integridad y dignidad de personas que como la ofendida, se ven sujetas a una relación de pareja contra su voluntad, que se mantiene precisamente por insistencia de la otra parte, en este caso del imputado, al extremo de solicitar la intervención de una autoridad jurisdiccional, que no obstante ordenar con amenaza de cometer un delito, el acatamiento de determinadas órdenes que debía cumplir J, éste simplemente las irrespeta, llama en reiteradas ocasiones amenazando la integridad de la ofendida y su jefe, e incluso, se presenta al trabajo de la agraviada. En consecuencia, no es atendible este reclamo por el fondo, por yerros en la aplicación de la Ley contra la Violencia Doméstica, toda vez que las medidas dictadas por el Juzgado de Violencia Doméstica resultaban legítimas. Por ende, tampoco existe yerro con la aplicación del artículo 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, que tipifica el delito de "incumplimiento de una medida de protección", porque aún cuando en este proceso no se esté dentro de una relación de matrimonio o de unión de hecho (declarada o no) como lo establece el artículo 2 de la Ley 8589 (al aludir a su ámbito de aplicación), el artículo 43 de la Ley 8589 no incluye ese elemento dentro del tipo objetivo (estar casado o formar parte de una unión de hecho), a diferencia de otros tipos de esa ley especial que sí contemplan ese elemento al describir las correspondientes conductas (cfr. artículos 21, 22, 23, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37 y 38 de la Ley 8589). El artículo 2 de la Ley 8589 no le adiciona al artículo 43 la necesidad de que el autor mantenga una unión de hecho al momento de incumplir la orden. En virtud de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso de casación formulado por la licenciada Yorleny Salazar Naranjo, defensora pública del imputado J.”

4. Aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra las Mujeres y la Ley de Violencia Doméstica

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]^{iv}

Voto de mayoría

“I. En el ***primer motivo del recurso***, la licenciada Wendy Barquero Valverde, en su condición de defensora pública del imputado J, reclama errónea aplicación del numeral 43 de la “*Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra las Mujeres*” y no aplicación del artículo 307 del Código Penal. Asegura que, conforme lo dispone la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, el ámbito de aplicación de la misma se presenta en el contexto de una relación matrimonial o de unión de hecho

(declarada o no), contexto que no era el que se suscitaba en este caso. Argumenta, con base en el numeral 242 del Código de Familia, el cual establece los requisitos que se requieren para que exista una relación de hecho, que no era de aplicación lo dispuesto en la referida ley de penalización al presente asunto, toda vez que la ofendida y su representado no mantenían una convivencia pública, pacífica e interrumpida en la época en la que se impusieron las citadas medidas. Agrega que esta situación era conocida por la autoridad jurisdiccional que las ordenó debido a que la propia ofendida así lo manifestó al solicitarlas, pues en ese instante informó que tenía tres meses de haberse separado del justiciable. Refiere también que la extensión de las medidas de protección por seis meses que se ordenó el 19 de noviembre de 2007 no sólo no le fueron notificadas, sino que además, para ese momento, su patrocinado y la ofendida ya no vivían juntos. Termina diciendo que la “(...) *Ley de Penalización, establece que cubre (...) los problemas que surgen durante la convivencia matrimoniales (sic) y uniones de hecho pero, restringe todas las otras circunstancias de violencia que se dan para conocerlas en la vía penal bajo el delito de Desobediencia a la Autoridad. Agravio: La errónea interpretación de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer al condenar a mi defendido ante el delito de incumplimiento de una medida de protección cuanto (sic) no estamos ante los presupuestos del numeral dos de la ley supra indicada y violentar el principio de interpretación restringida y objetividad (...)*” (así folio 100).

Los reclamos no son de recibo: En efecto, ninguno de los reproches que formula la recurrente es atendible. En primer término, distinto a lo que expone la quejosa, para esta Cámara de Casación Penal sí resultaba posible la aplicación de medidas de protección en este asunto en favor de la ofendida, pues independientemente de que, al momento de los hechos o al solicitarlas, ya no convivía con el imputado, ello no constituía por sí mismo un impedimento legal o fáctico para imponerlas. Conforme se desprende del artículo 1º de la Ley contra la Violencia Doméstica, las medidas de protección se aplicarán cuando exista una “*relación de pareja*”. Si dicha norma establece que se aplicará para proteger a las “*víctimas en relación de pareja*”, es criterio de estos juzgadores que ello se refiere a la violencia generada en el contexto de una relación de pareja, sin importar que para el momento en que se solicitan y aprueban las medidas de protección, esa relación ya no estuviera vigente. Precisamente la violencia surge de esa relación, y fue la causa de la separación de la pareja, por lo que este tipo de conflicto es el que requiere ser regulado por dicha normativa, misma que en su artículo 1º **no** indica que la relación de pareja (de la cual surgen los actos de violencia y agresión) deba estar vigente y deba ser materialmente efectiva para el momento en que se solicita y conceden las medidas de protección. El criterio contrario (mismo que sustenta la aquí recurrente) dejaría por fuera y desprotegidas prácticamente la totalidad de las situaciones dentro de las cuales se da este tipo de agresiones, lo que iría en contra del sentido y espíritu mismo de la ley. En el presente asunto, tal y como lo señaló el Tribunal de Juicio en el fallo oral, si bien la ofendida se había separado del justiciable para la fecha en la que se solicitaron las

medidas de protección o a la fecha en la que estas medidas se incumplieron, se acreditó que ambos mantuvieron una relación de pareja (incluso convivieron por tres años), pero que, debido a los diversos problemas que existían entre ambos, esa relación no se pudo restablecer en razón de la violencia o agresiones de las que era objeto la ofendida por parte del justiciable en el contexto de esa relación. Esta sola situación, en criterio de estos juzgadores, conforme lo dispone el artículo 1º de la Ley contra la Violación Doméstica, es lo que permitía en el presente asunto la aplicación de medidas de protección en favor de la agraviada, dado que se dirigían a resguardar a una víctima que, dentro de una relación de pareja, era objeto de constantes cuadros o acciones de violencia física y emocional. En este escenario, la ley se orienta a brindar resguardo a las víctimas de la violencia de pareja debido a que esta situación o problema social conlleva a que muchas de ellas pierdan su capacidad para poder superar, liberarse o hacerle frente a las agresiones de que son objeto. Según se colige de todo lo anterior, no habría impedimento legal alguno, distinto a lo considerado por la recurrente, para que en el presente asunto se le hubieran impuesto al imputado medidas de protección, las cuales estaban orientadas a brindar resguardo o seguridad a la ofendida R dentro de una relación de pareja. Cabe advertir que incluso esta protección encuentra con mucho más razón sentido cuando, luego de haber existido una convivencia entre las partes (de hecho o de derecho), se produce un rompimiento formal de la convivencia, pero la víctima no logra sustraerse totalmente de ese vínculo dado el ciclo de violencia intrafamiliar o doméstica que ha sufrido, es decir, cuando el agresor la mantiene o pretende mantenerla sometida aun a sus designios. En este mismo orden, no es de recibo tampoco el alegato relacionado con la aplicación de la ley sustantiva, en cuanto se asegura que la disposición legal a aplicar era el artículo 307 del Código Penal, pues en este caso, según se expuso, la violencia se genera dentro del contexto de una relación de pareja entre las partes involucradas. En otras palabras, era factible la imposición de medidas de protección en favor de R debido no sólo a la relación de convivencia que mantuvo con el encartado durante tres años, sino que ellas se otorgaron en razón de la violencia que se producía en el contexto de dicha relación de pareja, en la cual incluso se daban “*reconciliaciones esporádicas*” entre las partes, pero que ocurren precisamente porque la afectada no logra romper ese vínculo, dado el sometimiento en el que se encuentra. Bajo esta tesitura, si impuestas las medidas de protección el imputado las incumplió, lo procedente sería la aplicación de lo dispuesto en el numeral 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, el que, como norma especial en relación con el artículo 307 del Código Penal, era con el que correspondía sancionar el comportamiento delictivo del encartado en este caso. Sobre la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer frente a lo dispuesto en el artículo 307 del Código Penal, este Tribunal de Casación Penal ya se ha pronunciado, indicando lo siguiente: “(...) *El Tribunal de mérito también incurre en una errónea interpretación del artículo 2 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres (Nº 8589), pues se esfuerza por exponer y desarrollar un*

análisis interpretativo con el que trata de justificar el por qué en este caso no resulta aplicable dicho cuerpo legal. Al respecto se debe indicar que, conforme a una interpretación jurídica sistemática, cuando dicha disposición establece el ámbito de aplicación de esa normativa, claramente alude a aquellos supuestos en donde se esté atribuyendo al encartado alguna de las conductas tipificadas en los artículos 21 al 42 de dicha Ley. De ello se entiende que si en este caso, conforme lo explicó adecuadamente la fiscal y así lo comprendió el propio juzgador, en la especie se acusa un delito de incumplimiento de una medida de protección dictada en un proceso por violencia doméstica, conforme aparece regulado en los artículos 43 y 47 de la citada Ley Nº 8589, se sobreentiende que no resulta aplicable ese artículo 2 ibidem. En efecto, pese a que por una decisión legislativa dichos artículos 43 y 47 se incluyeron en esta ley Nº 8589, en realidad se comprende con facilidad que aluden expresa y directamente a la Ley de Violencia Doméstica. Esto significa que si la Fiscalía nunca llegó a encasillar los hechos imputados en ninguna de las figuras delictivas supra indicadas (artículos 21 al 42 de dicha Ley Nº 8589), ni siquiera resultaba necesario argumentar que los hechos aquí juzgados estaban fuera del ámbito de aplicación del artículo 2 ibidem, ello por la sencilla razón de que el Ministerio Público nunca ha pretendido ni solicitado dicho extremo; (4). También se advierte que en la sentencia de sobreseimiento que dictó en favor del aquí encartado, el juez de mérito incurrió en un error de fondo, pues, contrario a lo que ahí argumenta, no es cierto que la relación fáctica incluida en la requisitoria fiscal configure el delito de desobediencia a la autoridad, según lo previsto por el numeral 307 del Código Penal. En este sentido se advierte que, según se deriva de la relación de hechos que se le imputa al encartado, al mismo se le atribuye el haber incumplido una orden de protección girada por el juez de violencia doméstica, misma que le había sido notificada en forma personal y previa. De ser cierta y de llegarse a acreditar tal conducta, es claro que, conforme a lo dispuesto por los artículos 46 y 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, ella configuraría un delito de incumplimiento de una medida de protección. Resulta claro que, conforme bien lo argumenta y razona la aquí impugnante, el citado artículo 46 reformó la Ley de Violencia Doméstica, en los siguientes términos: "ARTÍCULO 46.- Reforma de la Ley contra la violencia doméstica. Modifícase el párrafo final del artículo 3º de la Ley contra la violencia doméstica. El texto dirá:

"Artículo 3. Medidas de protección [...] De incumplirse una o varias de estas medidas en contravención de una orden emanada de la autoridad judicial competente, esta deberá testimoniar piezas a la fiscalía correspondiente, para que se inicie la investigación por el delito de incumplimiento de una medida de protección". Siendo ello así, se infiere que la posición asumida por el juez de mérito, al insistir en que en este caso se estaría frente a la figura que contempla el artículo 307 del Código Penal, implica el desconocimiento de tal reforma legal, misma que entró en vigencia a partir de su publicación en el diario oficial LA GACETA, Nº 103 del 30 de mayo de 2007, es

decir, con anterioridad a la fecha en que se ubican temporalmente los hechos atribuidos, los cuales -en principio- datarían del 13 de julio de 2010. Con base en lo anterior, al resultar procedentes los alegatos de la fiscal, se declara con lugar el recurso de casación que ella interpone, en virtud de lo cual se anula íntegramente la sentencia de sobreseimiento definitivo dictada en favor del acusado (...)" (Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, voto **No. 2010-00499** de las 9:45 horas del 23 de diciembre de 2010. Finalmente, no es cierto que no se cometió delito alguno debido a que el justiciable J no fue notificado personalmente de la ampliación de las medidas de protección que se impusieron a favor de la afectada. En este sentido, circunstancia que omite indicar la quejosa, al imputado J no sólo se le notificó e informó inicialmente de que se le imponían medidas de protección provisionales, sino que además se le indicó que tales medidas estarían vigentes por el plazo de tres meses, o bien, hasta que por resolución firme se dispusiera otra cosa (cf. folios 6 y 7). Se le señaló además en esa oportunidad que se había convocado a una audiencia oral para el 19 de noviembre de 2007, a la que podría asistir y ofrecer la prueba que estimara pertinente. De igual forma se le previno que debía señalar casa u oficina dentro del perímetro judicial del respectivo circuito a fin de atender notificaciones, caso contrario las resoluciones que se dictaran posteriormente se tendrían por notificadas (así resolución de folio 6 y acta de notificación de folio 11). No obstante lo anterior, el justiciable no señaló lugar o medio para escuchar notificaciones, no se presentó a la audiencia oral que se celebró el 19 de noviembre de 2007, ni ofreció prueba en su favor. Esto significa que, a pesar de que conocía de las consecuencias de la notificación realizada en forma personal, de manera consciente y voluntaria no hizo caso alguno a las mismas y, lejos de obedecer lo ordenado por el juzgador, incumplió las medidas de protección que precisamente en fecha 19 de noviembre de 2007, día en que se celebró la audiencia oral señalada, fueron ampliadas a seis meses, plazo que se computaba desde que fueron impuestas las mismas, según se indicó en la resolución que las ordenó. Bajo esta tesitura, no obstante que conocía de las medidas inicialmente aplicadas en su contra y de su posible ampliación por un plazo mayor, el encartado amenazó y agredió físicamente a la ofendida el 29 de marzo de 2008 cuando se la encontró en el lugar conocido como "[...]", ubicado en [...], fecha para la cual aun estaban vigentes esas medidas. Esta situación permite concluir que el imputado actuó con dolo, pues conociendo de la existencia de las medidas y de las consecuencias que podrían derivar si amenazaba y agredía a la ofendida, no le importó y, por el contrario, lo hizo, sea la amenazó y agredió, configurándose de esta forma el hecho delictivo. Al respecto, como circunstancia determinante en torno a esta temática, la cual omitió también mencionar la recurrente, la señora juzgadora en sentencia procedió a explicar los motivos por los que concluyó que el imputado actuó con conocimiento y voluntad al momento de incumplir las medidas que le habían impuesto (ver, en este sentido, la fundamentación probatoria intelectual que en archivo digital c0000100428140000.vgz corre a partir de las 14:14:50 horas, según el contador horario del programa que

permite su reproducción). Refiere al respecto en el fallo oral que tanto de la declaración de JP (testigo de la defensa), como del propio imputado, se estableció que este último tenía conocimiento de las medidas de protección que se le habían impuesto en favor de la agraviada para el momento en que se suscitaron los hechos que aquí se investigan. Se expuso en el fallo que JP señaló que el propio acusado le manifestó ese día, luego de verlo conversar con la agraviada dentro del [...], que le habían impuesto medidas de protección y que no podía estar cerca de aquella. Es decir, conforme lo analiza la juzgadora, el propio encartado admitió libremente, frente a un tercero, que tenía conocimiento de que le habían sido impuesto medidas de protección, las cuales estaban vigentes al momento en que los hechos ocurrieron. De igual forma se valoró que el propio imputado, en el ejercicio de su defensa material, señaló que sabía de las medidas que debía cumplir y que por ello, dado los problemas que tenía con la ofendida, se retiró con su amigo del casino. En otras palabras, sabía que existían medidas de protección y no obstante esa circunstancia procedió a incumplirlas, pues agredió y amenazó a la ofendida el día 29 de marzo de 2008. En razón de todo lo antes expuesto, no llevando razón la recurrente, lo que se impone es declarar sin lugar el primer motivo del recurso interpuesto. ”

5. Ley sobre la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra las Mujeres y la Convención de Belém do Pará

[Sala Tercera]^v

Voto de mayoría

“II. Como **única protesta** el licenciado Chacón Chang reclama existencia de precedentes contradictorios entre lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José y los pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la aplicación de los tipos penales previstos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, para situaciones de violencia en perjuicio de una mujer, tanto las acaecidas en el seno de una relación matrimonial, como las que suceden en el marco de uniones de hecho que cesaron o estaban interrumpidas, con quebranto de los principios de igualdad y tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 33 y 41 de la Constitución Política y según lo preceptuado por el artículo 2 inciso a), de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Ley N° 7499, 2/05/1995). El Tribunal recurrido recalificó la conducta atribuida al justiciable, de un delito de daño patrimonial (artículo 35 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres, N° 8589), a la contravención de daños menores (artículo 386 inciso 9, Código Penal), bajo el argumento de que si bien el imputado y la ofendida convivieron por varios años, para el momento del suceso acusado “ya no vivían en unión de hecho” es decir, no tenían relación de pareja pues dormían en habitaciones separadas, aunque mantenían

un domicilio común. Este último aspecto, según el fallo recurrido, no resulta suficiente para conformar la unión, sino que se requiere de otros elementos a saber: una comunidad de vida, una consciencia de conformar una pareja, el respeto, la cooperación y mutuo auxilio, elementos que ya no estaban presentes en este grupo, al momento en que se produce el ataque a los bienes. En virtud de lo anterior, desaplicaron al caso concreto la Ley 8589. Para el quejoso, dicha interpretación resulta contradictoria con varios precedentes de esta Sala, dentro de los cuales cita las resoluciones número 214, de las 9:44 horas, del 4 de marzo de 2011 y 1393, de las 9:50 horas, del 17 de diciembre de 2010, en cuanto que la citada Ley no solo aplica a aquellas situaciones que suceden en el marco de una relación de matrimonio o en unión de hecho, declaradas o no declaradas, sino también a todas aquellas manifestaciones de agresión hacia la mujer por razones de género que tienen lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o también en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido en su pasado el mismo domicilio que la mujer (folio 143). Apreciándose que en el caso concreto existió una manifestación de violencia contra la ofendida por parte del imputado quien comparte el mismo domicilio de la víctima y que el daño ocasionado tuvo lugar dentro de una unidad doméstica, estima procedente la aplicación de los tipos penales contenidos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Aceptar la excusa que expone el *ad quem* en su resolución conllevaría “...la inaplicación ilegítima de un instrumento internacional de derechos humanos de mayor rango, conformado por la Convención de Belem do Pará, que protege en mayor medida los derechos y garantías de las mujeres víctimas de violencia por razones de género” (folio 143). Solicita se declare con lugar el recurso planteado, se enmiende el vicio confirmando la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio de Heredia número 166-2012. **El reclamo resulta de recibo.** Como bien lo señala el impugnante, el punto jurídico sometido a examen en esta sede de casación ya ha sido objeto de discusión y resolución por parte de la jurisprudencia de esta Sala con relación a cuál es el ámbito de regulación y alcance de los preceptos que se contienen en la Ley de Penalización de la violencia contra las Mujeres (Ley Nº 8589), dictada en tutela de los derechos de las mujeres sometidas a violencia, acaecidas dentro del matrimonio o en uniones de hecho (declaradas o no), sea que ésta última se encuentre vigente o bien haya cesado o esté temporalmente interrumpida. Sobre el particular, el voto 2011-00214, de las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del cuatro de marzo del dos mil once señala lo siguiente: “El tema de cuál es el ámbito de aplicación de los preceptos que protegen a las mujeres contra la violencia doméstica y su contraposición a algunas nociones que, erróneamente, se ha intentado traspolar a ese campo normativo especial desde otras áreas de regulación y otra índole de supuestos de hecho, fue discutido por este Despacho en la resolución 1416, dictada a las 9:25 horas, del 22 de diciembre del 2010. En esta se indicó que: “...la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, establece en su artículo 3, como fuentes de interpretación de la misma, la Convención

para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley N° 6968, del 2 de octubre de 1984, y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995 (Convención De Belém do Pará), la cual dispone, en lo que interesa, en el artículo 2), que 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”. Pese a la inconformidad del impugnante, este Despacho avala el proceder del a quo, al haber considerado que la relación personal existente entre el imputado y la ofendida -quienes tenían algunos meses de convivir como pareja en el mismo domicilio- sí se encontraba amparada por la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, integrando para ello, la redacción del artículo 21 de dicha ley, con lo dispuesto en el artículo 2) de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención De Belém do Pará), al ser ésta última, una norma de mayor rango que protege en mayor medida los derechos y garantías de las mujeres víctimas de violencia, a la cual, además, la misma ley remite como fuente de interpretación, según se ha indicado. Debe recordarse, que el Estado costarricense se encuentra vinculado a los principios, derechos y garantías contenidos en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. De ahí que, las decisiones de los Juzgadores, en tanto operadores de la administración de justicia penal, y actuando en representación -parcial- del ejercicio del poder estatal, deban sujetar sus actuaciones, no solo a los principios y garantías establecidos en las leyes, sino también, a aquellos previstos en las normas constitucionales y en el Derecho Internacional y Comunitario a los que Costa Rica se ha adherido. Al respecto, ha indicado la Sala Constitucional: “...Las obligaciones del Estado costarricense como miembro de la Organización de los Estados Americanos, en materia de derechos humanos, derivan de distintas fuentes. En virtud de su ratificación de la Carta, todos los Estados miembros están obligados por las disposiciones sobre derechos humanos incorporadas a ese instrumento que los órganos políticos y de derechos humanos de la Organización han reconocido como contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y definidos por ésta. Esta Declaración constituye una fuente de obligaciones jurídicas para todos los Estados miembros de la OEA. Además, los Estados como Costa Rica, que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos, explícitamente se comprometieron a respetar los derechos humanos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de sus derechos y libertades, sin discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, condición económica, nacimiento u otra condición social. Otros numerosos tratados han complementado y ampliado los derechos contenidos en estos dos instrumentos principales y constituyen obligaciones internacionales adicionales para los Estados

miembros que han ratificado los instrumentos o adherido a sus términos. Estos acuerdos incluyen, entre otros... la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará")... Estas disposiciones de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, deben interpretarse en conjunto con otros tratados de derechos humanos y del derecho humanitario, que en su conjunto crean un régimen interrelacionado y que se refuerza mutuamente de protecciones de los derechos humanos..." (Sala Constitucional, resolución N° 17907-2010, de las 15:07 horas, del 27 de octubre de 2010)." Queda claro a partir de lo allí consignado que, ese ámbito de regulación de la legislación especial dictada en tutela de los derechos de las mujeres contra la violencia, abarca también situaciones como la que se discute en este asunto, sin que resulte válido argüir que, por no haber alcanzado la convivencia una cierta duración (o, podría añadirse, incluso por haberse interrumpido), ese tipo de situaciones pasan a ser normadas o dirimidas por la legislación general. De modo que, a partir de las citadas convenciones, que tienen valor supralegal en nuestro Ordenamiento Jurídico, debe entenderse que la violencia contra las mujeres contempla también a aquellas relaciones recién iniciadas (o bien, puede trascender el marco estricto de la convivencia actual, cobijando incluso las situaciones de convivencia pasada) que den pie a esas acciones contra los derechos de aquellas." (en términos similares, ver resolución 2010-01393, 9:50 horas, 17/12/2010). Las anteriores consideraciones permiten comprender el criterio interpretativo a tomar en cuenta con relación al área de cobertura de una protección jurídica especial, relativa a la protección de las mujeres contra diversas formas de violencia -por parte del agresor- que han tenido lugar en el ámbito de una relación de pareja que ha cesado. Al respecto, dispone el artículo 3 de la Ley de Penalización lo siguiente: "Constituyen fuentes de interpretación de esta Ley todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, que tengan un valor similar a la Constitución Política, los cuales, en la medida en que otorguen mayores derechos y garantías a las personas, privan sobre la Constitución Política. En particular, serán fuentes de interpretación de esta Ley: a) La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley N° 6968, de 2 de octubre de 1984. b) La Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995" (Convención Belém do Pará). Precisamente ésta última Convención en su artículo 2 define el concepto de violencia contra la mujer, indicando que dicha violencia incluye "la 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". Tomando en consideración la importancia de realizar una adecuada integración de la racionalidad interna de nuestro sistema normativo, en armonía con el respeto en la observancia de las obligaciones internacionales y acatamiento de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en nuestro país, cuando se discuten asuntos de violencia contra la mujer y su

perseguidabilidad penal, se debe partir entonces de lo que preceptúa la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, Ley Nº 7499, de 2 de mayo de 1995 (Convención de Belém do Pará). Según se infiere de la normativa anterior de carácter internacional reconocida por Costa Rica, se define de una manera más amplia lo que es la violencia contra la mujer aplicándose a aquellas situaciones que ocurran en el seno de una relación de pareja (matrimonial o de unión de hecho, declarada o no), en las que el agresor aún comparta o haya compartido en el pasado el mismo domicilio con la afectada. Del artículo 2 inciso a) de la Convención se extrae el interés por darle protección jurídica especial a la víctima frente al agresor, contra diversas formas de violencia que puedan suceder según los modos o formas de relación mencionados en el citado artículo de la convención. En su carácter de norma de mayor rango, la Convención protege en mayor medida los derechos y garantías de las mujeres víctimas de violencia, a la cual, además, la misma ley 8589 remite como fuente de interpretación. Sobre el particular, se ha indicado por parte de esta Cámara casacional lo siguiente: *“Si bien es cierto la Ley de Penalización sanciona las formas de violencia contra las mujeres ligadas a una relación de matrimonio, o en unión de hecho, declarada o no, resulta obligatorio interpretarla a la luz de los instrumentos internacionales que ella misma invoca, de modo que según lo estipulado en la citada Convención -la que aporta un concepto más amplio de las relaciones de hecho en el ámbito doméstico-, se entiende entonces que también resulta aplicable a las relaciones de pareja que hayan dejado de convivir bajo un mismo techo pero que aún mantienen ciertos ligámenes sentimentales, sin que sea de recibo alegar que no existió un tiempo mínimo de tres años de convivencia como lo alega el defensor. Véase que el citado Instrumento contiene un concepto más amplio que el artículo 242 del Código de Familia que exige entre otros aspectos que la unión de hecho tenga más de tres años de convivencia, de modo que al remitir el artículo 3 de la Ley de Penalización al cuerpo normativo de la Convención para su interpretación, resulta claro que no puede aplicarse el concepto restrictivo de unión de hecho contenido en el numeral 242 citado al caso que se discute, como lo intenta hacer el defensor.”* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 2011-01330, de las dieciséis horas y treinta y siete minutos, del tres de noviembre de dos mil once). No admite entonces discusión cuál es el ámbito de aplicación de los preceptos que protegen a las mujeres contra la violencia doméstica y su contraposición a aquellas nociones que, en forma errónea, se ha intentado aplicar a ese campo normativo desde otras áreas de regulación respecto a lo que es una “unión de hecho”. En el caso *sub-examine*, el Tribunal Penal de Heredia, mediante sentencia número 166-2012, de las 8:00 horas, del 13 de marzo de 2012 (folios 107 a 112), a modo de síntesis, tuvo por acreditado que la ofendida y el acusado José Francisco Córdoba Oviedo mantuvieron una relación de pareja aproximadamente por diecisiete años, misma que se caracterizó por los constantes insultos y agresiones, tanto físicas como psicológicas del acriminado hacia la víctima. También se tuvo por establecido que en fecha 22 de marzo del 2008, en horas de la tarde, el acusado

Córdoba Oviedo llegó en estado de ebriedad a la casa donde convivía con la ofendida el cual, además de insultarla, se dirigió hacia el comedor y con sus manos golpeó la mesa propiedad de la agraviada quebrándola y causándole daños cuya reparación ascendió a la suma de veinticinco mil colones que canceló la ofendida. Por esos hechos se condenó al justiciable a la pena de tres meses de prisión por el delito de daño patrimonial, conforme a lo dispuesto en el numeral 35 de la Ley de penalización de la violencia contra las Mujeres. Según el razonamiento de fondo de la sentencia de primera instancia, si bien para el momento de los hechos acusados la ofendida y el imputado no convivían sexualmente -pues para ese tiempo tenían ocho meses de dormir en habitaciones separadas-, en criterio de la juzgadora subsiste la unión de hecho, no sólo porque dicha relación se había prolongado por espacio de diecisiete años, sino principalmente, en virtud de que ambos convivían aún en la misma vivienda compartiendo el domicilio; además, el daño causado por el agresor a un bien de la casa, sucede en el ámbito de un ciclo de violencia intrafamiliar que arrastraba la pareja. En síntesis, para el Tribunal de Juicio el daño causado por el imputado a la mesa ocurre *“en el marco de una relación de unión de hecho de diecisiete años con la ofendida, aunque no persistiera en el momento del evento el vínculo marital, entendido como el mantenimiento de relaciones sexuales entre la pareja, sí es un hecho que cuenta con la tutela que brinda la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, porque corresponde integrar para ello la redacción del artículo 35 de dicha Ley con lo dispuesto en el artículo 2) de la Convención de Belém do Pará, al ser esta última una norma de superior rango que protege en mayor medida los derechos y garantías de las mujeres víctimas de violencia, a la cual la misma ley remite como fuente de interpretación, según se ha indicado”* (folio 111 vuelto). Por su parte, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en resolución 2012-1488, de las 9:20 horas, del 31 de julio de 2012 (folios 133-134), declaró con lugar el recurso de apelación incoado por la defensa pública del justiciable indicando, en resumen, que la sola circunstancia de que la pareja mantuviera un domicilio común, no resulta suficiente para establecer que existe una unión de hecho sino que se requiere, además, que exista una comunidad de vida, una consciencia de conformar una pareja, el respeto, la cooperación y el mutuo auxilio, elementos que extraña el Tribunal en la relación que mantenían la ofendida y el acusado y que estaban ausentes al momento en que se da el ataque a los bienes de la agraviada. En vista de que ya no convivían como pareja no era necesario entonces, según los jueces de apelación, realizar la prevención a las partes (derecho de abstención) que reclamó la defensa en el segundo motivo de su impugnación; por otro lado, *“...no es aplicable a (sic) Ley de penalización de la Violencia contra las Mujeres, en tanto no existía una relación de pareja de unión de hecho entre el imputado y la ofendida.”* (folio 134 vuelto). En consecuencia, recalificaron el hecho a la contravención de daños menores (artículo 386 inciso 9, del Código Penal), y declararon prescrita la acción de acuerdo con los restantes argumentos que se exponen en el fallo. Esta Cámara no comparte las

apreciaciones que emitió el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Por muy estimable que sea la posición esgrimida por dichos jueces, su interpretación omite ponderar que el concepto de “unión de hecho” mencionada en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, tiene una consistencia diferente y mucho más amplia que la aplicada en la sentencia recurrida. Soslayar esa diferencia, como hace la resolución del Tribunal de Apelación, es un error, que justifica la interposición del recurso de casación por la representación fiscal. Ciertamente, si bien el acusado y la ofendida ya no convivían como pareja -según lo refirió la propia afectada-, el *ad quem* omite realizar un análisis de los alcances de la normativa que se contiene en la Ley 8589; concretamente, no efectuó una integración de lo que señala el artículo 3 de la citada Ley de Penalización de la violencia contra las Mujeres en relación con lo preceptuado por el ordinal 2 de la Convención de Belém do Pará, circunstancia que le impidió considerar la importancia de resguardar la protección de la víctima que mantuvo una relación de pareja con el acriminado pero que dejó de convivir con él por los actos de violencia física que aquel acometía en su perjuicio; se obvió al mismo tiempo que la censura a la violencia contra la mujer que ha estado ligada al agresor en una relación sentimental, es el marco de referencia para la aplicación de una normativa penal especializada como lo es precisamente la Ley de Penalización 8589. En el caso particular debe adicionarse además, que ambos compartían la misma vivienda cuando el justiciable ocasionó el daño a la mesa de la casa. Tampoco puede dejarse de lado que este último hecho específico se da dentro de un contexto de violencia doméstica del acriminado hacia la víctima en una relación de pareja que duró aproximadamente diecisiete años. En ese sentido, aunque no cohabitaban sexualmente no por ello se puede concluir que resulta inaplicable la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, precisamente por la circunstancia de que ambos siguieron compartiendo el mismo domicilio y que fue en esa situación de relación convivencial en que ocurre el daño a la mesa de la ofendida por parte del imputado. Véase que el acusado aún cohabitaba la misma vivienda y guardaba el mismo domicilio que la afectada, manteniéndose entonces un cierto ligamen de unión entre los dos, lo que justifica plenamente que se brindara la protección de la ofendida mediante la aplicación de la legislación especial que pretende resguardar los derechos de la mujer y busca eliminar situaciones de violencia de género que puedan afectarlas, sin que sea de recibo indicar que la relación que ambos mantenían en ese momento debe reunir las condiciones consignadas por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal para garantizar la tutela penal que se brinda a la mujer que ha visto amenazada y vulnerada su integridad -en este caso patrimonial-, pues ello sería desconocer la situación particular en que se encuentran las víctimas inmersas en un ciclo de violencia y los motivos por los cuales les resulta aplicable la ley especial. Además, se estaría soslayando el criterio fundamental a tener cuenta para casos similares al presente asunto, consistente en que, los tipos penales contenidos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres son de aplicación, no solo a aquellas situaciones de

violencia que ocurren dentro de una relación matrimonial o unión de hecho (declarada o no) sino, además, a las agresiones contra mujeres acaecidas en una relación de pareja que haya dejado de cohabitar maritalmente, sea que el agresor comparta aún o haya compartido el domicilio; también en casos de agresiones que se dan dentro de la familia o unidad doméstica o bien, en cualquier otra relación interpersonal, como ocurre en el asunto que se somete a examen de esta Sala. Resta por aclarar que, en casos como el presente, no resultaba obligatorio realizar la prevención a la ofendida y su hijo Alejandro Chaverri Graham durante el debate toda vez que ya la pareja no mantenía una relación de intimidad por encontrarse separados y el testigo Chaverri Graham no era hijo del imputado. Si bien el Tribunal de segunda instancia llegó a esta misma conclusión -para dar respuesta al reclamo que se contiene en el segundo motivo de impugnación del recurso de apelación que interpuso la defensa del acusado-, es importante recordar que el derecho de abstención, previsto en el artículo 36 de la Constitución Política y en el ordinal 205 del Código Procesal Penal, tiene como finalidad proteger los vínculos y la estabilidad familiar de manera que el testigo pueda abstenerse de declarar contra una persona acusada del delito con la cual mantiene una relación cercana de parentesco, por consanguinidad o afinidad, siempre y cuando ese vínculo se mantenga vigente; en caso contrario, si ha desaparecido la relación de parentesco entre el testigo y la persona acusada, sea por un divorcio o una separación -caso de una unión de hecho-, no hay razón entonces para exigir el derecho de abstención al ex cónyuge o ex conviviente de hecho. En el caso particular, había desaparecido el lazo de parentesco con el imputado motivo por el cual no resultaba obligatorio advertirle a ambos testigos de su facultad de abstenerse de declarar en contra del justiciable, circunstancia que, en todo caso, no impedía que se aplicara por imperativo legal las disposiciones contenidas en la Ley de Penalización de violencias contra las Mujeres, número 8589, por las razones apuntadas en esta resolución casacional. Así las cosas, se aprecia que lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal no es acorde con los lineamientos jurisprudenciales de esta Sala relativo al criterio interpretativo contemplado en la Convención de Belém do Pará, cuando se discute de la violencia contra la mujer y su perseguibilidad penal, y su vinculación con los tipos normativos contemplados en la Ley número 8589. En razón de lo anterior, se declara con lugar el recurso de casación que interpone el licenciado Héctor Chacón Chang, en su condición de Fiscal de la Unidad Especializada de Impugnaciones del Ministerio Público, por la causal de precedentes contradictorios. Se revoca la resolución Nº 2012-1488, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, de las 9:20 horas, del 31 de julio de 2012 que declaró con lugar el recurso de apelación de la defensa y recalificó los hechos a la contravención de daños menores, absolviendo al imputado por prescripción. En consecuencia, queda en firme lo resuelto en sentencia número 166-2012, del Tribunal Penal de Juicio de Heredia, de las ocho horas del trece de marzo del dos mil doce, que declaró al acusado José Francisco Córdoba Oviedo autor del delito de daño

patrimonial, en perjuicio de Mayra Chaverri Gram, imponiéndole la pena de tres meses de prisión, concediéndole el beneficio de ejecución condicional de la pena por un plazo de tres años. No se ordena el reenvío del expediente al Tribunal *ad quem*, en razón de que el recurso de apelación de la defensa fue conocido y resuelto en su totalidad por el superior, de manera que no se le causa perjuicio alguno a sus intereses.”

6. El Delito de Violación: Diferencias entre el Código Penal y la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica en contra de las Mujeres

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago]^{vi}

Voto de mayoría

“II. Los reclamos se declaran con lugar. En consecuencia se anula la sentencia de sobreseimiento número 226-2011 dictada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón, visible a folios 126 a 128 frente y vuelto, y se ordena el reenvío para nueva sustanciación. Estima este Tribunal de Apelaciones de Cartago que en efecto, la Fiscalía de Pérez Zeledón lleva razón en cuanto que en el caso concreto el sobreseimiento dictado deviene en manifiestamente improcedente. Si bien es cierto, el Código Procesal Penal, que entró en vigencia en fecha 1 de enero de 1998, estableció algunos supuestos en que la víctima de un delito podía acogerse al instituto de la revocatoria de la instancia, tal y como se previó en los casos del artículo 18, entre los cuales se menciona el delito de violación cuando se trate de una persona mayor de edad en pleno uso de razón, en el caso concreto, tal y como lo aduce la representación del Ministerio Público, no es aplicable el artículo 156 del Código Penal sino una norma especial de fondo, posterior inclusive en vigencia como lo es el 29 de la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres número 8589 de 25 de abril de 2007. Lo anterior es así porque acorde a la misma acusación formulada por el Ministerio Público, según el hecho 4 de esa pieza visible a folios 35 a 38 frente y vuelto, *“...el imputado trasladó a la ofendida hasta el la sala y ahí él se sentó en el sillón y le ordenó que le chupara el pene, no obstante la ofendida le manifestó que no quería hacerlo y el imputado le puso el cuchillo a la altura de las costillas y le ordenó que lo hiciera por lo que la ofendida en contra de su voluntad, se vio obligada a introducirse el pene del imputado en su boca, y le chupó el pene hasta que el imputado eyaculó y le exigió que se tragara el semen”*. Este hecho, y sobre el cual se ordenó la apertura a juicio, fue calificado por el Ministerio Público como un delito de violación previsto en el artículo 29 de la referida Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, y por el 156 del Código Penal, extremo que omitió analizar el sobreseimiento que ha sido impugnado, desconociendo que existe una figura especial para los casos en que existe de por medio una relación de matrimonio o bien de hecho, sea declarada o no, y que también fue un aspecto que contempló claramente la acusación fiscal (ver hecho 1 de folio 35). Ahora bien, debe puntualizarse que los delitos que contempla la Ley de

Penalización de la Violencia contra las Mujeres, a partir del citado artículo 29, entre ellos el que denomina como *“Violación contra una mujer”*, regula los supuestos de ese delito *“Quien le introduzca el pene, por vía oral, anal o vaginal, a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, contra la voluntad de ella, será sancionada con pena de prisión de doce a dieciocho años. La misma pena será aplicada a quien introduzca algún objeto, animal o parte del cuerpo, por vía vaginal o anal, a quien obligue a la ofendida a introducir por vía anal o vaginal, cualquier parte del cuerpo u objeto al autor o a sí misma”*. Como se aprecia se trata de una figura especial, y que contempla aun otros supuestos que no contiene el artículo 156 del Código Penal que fue la norma que de modo erróneo aplicó el Tribunal *a quo* en la sentencia de sobreseimiento recurrida. Debe indicarse también que por disposición del artículo 4 de la Ley de Penalización citada, todos los delitos en ella contemplados son de acción pública, de tal manera que esto permite ratificar que no era posible el dictado de un sobreseimiento por revocatoria de la instancia tal y como ilegalmente fue resuelto por el Juez *a quo*. Debe considerarse que en todo caso, la resolución impugnada encasilla la conducta en el numeral 156 del Código Penal (pese a que como se dijo la acusación invocó otra norma al calificar los hechos) cuando también es claro que por ser materia de violencia intrafamiliar, y estar la ofendida ligada a una relación de convivencia, tampoco era posible no solo aplicar el citado artículo 156 del Código Penal, sino que el mismo 157 de ese Código, contempla como delito de violación calificada conforme al inciso 1 de esa última norma, cuando la víctima se encuentre en ese supuesto, y por ende tampoco era posible aplicar el numeral 18 del Código Procesal Penal pues esta norma es expresa en excluir como delito de acción pública perseguible a instancia privada los casos de agresiones sexuales no agravadas ni calificadas en perjuicio de personas mayores de edad, por lo que desde esa perspectiva de la aplicación de la legislación ordinaria no era posible tampoco resolver como lo hizo el fallo de mérito. En consecuencia, se declara con lugar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público. Se anula la sentencia de sobreseimiento número 226-2011 dictada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón, visible a folios 126 a 127 frente y vuelto, y se ordena el reenvío para nueva sustanciación. Debe el Tribunal convocar a audiencia oral este asunto, y no resolverlo anticipadamente mediante sobreseimiento.”

7. Mujer Embarazada como Sujeto Vulnerable ante la Violencia Doméstica

[Tribunal de Familia]^{vii}

Voto de mayoría:

“III. Esta Cámara coincide con el Juzgado de primera instancia en que el informe policial n.º 93433-09, visible del folio 6 al 7, constituye un mínimo probatorio que

permite mantener en vigencia las medidas de protección otorgadas interlocutoriamente. En ese documento se da cuenta que, ante una alerta de la Central de Comunicaciones, el 29 de mayo de 2010, a las 20:15 horas, dos oficiales acudieron a Barrio Maiquetía, en San Rafael Arriba de Desamparados y observaron a la señora S. llorando y con un poco de sangre en su nariz, en tanto que el recurrente se encontraba dentro de la casa muy agresivo. Ella manifestó entonces que él le tapó la nariz y le ocasionó el sangrado. Ese relato es consistente con lo que narró aproximadamente una hora después en el Juzgado contra la Violencia Doméstica de Turno Extraordinario del Segundo Circuito Judicial de San José (ver solicitud de folios 1-2). Esos elementos permiten descartar sin mayor esfuerzo que se esté en presencia del resultado de una distorsión de lo sucedido por parte de doña S. Sin duda, es imposible que ella sangre por la nariz solo porque crea que él le grita. Si no podemos ni debemos hacer caso omiso de la violencia psicológica, tampoco es factible que desconozcamos semejante evidencia física. Por consiguiente, el argumento planteado por don M. para oponerse a la decisión carece del más mínimo asidero y debe descartarse. Conviene, eso sí, hacerle ver que más que "ayudar" en las tareas domésticas, es su obligación participar de ellas pues la señora S. es su esposa y no su empleada.

IV. Llama la atención de este Tribunal que el despacho *a quo* no haya reparado en el hecho de que en la fecha de celebración de la audiencia de recepción de pruebas doña S. tenía pocos días de haber dado a luz a su hijo o hija y que, aun así, no se hayan tomado las previsiones necesarias para garantizar su derecho fundamental a ser oída. Esa condición hacía meritorio actuar con una mayor diligencia a efecto de determinar la verdad real de lo alegado. El inciso b) del numeral 7 de la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belem do Pará"*, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994 y aprobada por la Asamblea Legislativa por Ley N.º 7499 de 2 de mayo de 1995, le impone a los Estados y, por supuesto, a sus órganos jurisdiccionales, "*(...) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (...)*". Ese especial deber de diligencia ha dado lugar a una trascendente disposición de la *Ley de penalización de la violencia contra las mujeres*: su artículo 5, a cuyo tenor "*Quienes, en el ejercicio de sus funciones, estén obligados a conocer de situaciones de violencia contra las mujeres, en cualquiera de sus formas, o a resolverlas, deberán actuar ágil y eficazmente, respetando tanto los procedimientos como los derechos humanos de las mujeres afectadas; de lo contrario, podrán incurrir en el delito de incumplimiento de deberes.*"

Sin embargo, como este trámite no tiene carácter constitutivo o declarativo de derecho alguno, ese vicio no ha sido alegado por quien podría haberlo hecho y, en principio, lo resuelto por el fondo no le causa ningún perjuicio, en virtud de los principios de trascendencia - pas de nullité sans grief - y de conservación de los actos

procesales no se procede a anular el fallo impugnado. Eso sí, se insta respetuosamente al *a quo* para que, en lo sucesivo, tenga en cuenta situaciones como la apuntada.

V. En tanto factor de riesgo, también es de rigor puntualizar que ese hecho debió haber sido tomado en cuenta en la decisión final. Nótese que tanto la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993 como la *Convención* ya citada (ver su artículo 9), las cuales, por su contenido en materia de derechos humanos, son parte del parámetro de constitucionalidad (artículo 48 de la *Constitución Política*), destacan que las mujeres embarazadas forman parte de las que son particularmente vulnerables a la violencia.-

VI. Como corolario de lo expuesto, se debe confirmar el fallo recurrido.”

8. Análisis de los Artículo 7 y 43 de la Ley 7586 y la Protección a las Mujeres Durante el Proceso por Violencia Doméstica

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]^{viii}

Voto de mayoría

“II- [...] De entrada hay que señalar que el planteamiento de la defensora parte de una base falsa, que debe ser analizada con cuidado, para despejar del tema en análisis, en primer lugar, cuáles son las finalidades de protección de las leyes de Penalización de la Violencia contra la Mujer, de la Ley contra la Violencia Doméstica y, en segundo , cuándo se está fuera de su marco de acción. Una de las finalidades principales de ambos instrumentos legales, fue la de dotar de mecanismos jurisdiccionales e incluso administrativos, que protejan a las mujeres (en el caso de la Ley de Penalización) y a cualquier miembro de un núcleo familiar, víctima de violencia intrafamiliar o de violencia de género. En el caso de la Ley contra la Violencia Doméstica, es claro que se trata de un instrumento de medidas cautelares, de intervención cautelar , en protección de los integrantes de un núcleo familiar, amenazados en su vida , integridad física, emocional, sexual o en su patrimonio. Esta ley no contiene tipos penales, ni sanciones, pero sí claras obligaciones de las autoridades y que fortalecen la coerción de las órdenes emitidas, cuyo incumplimiento se sancionaba, sí, como delito, una forma especial del delito de desobediencia a la autoridad (en el caso de la persona destinataria de la orden) y de incumplimiento de deberes (en el caso de las autoridades que omitieran o retardaran su intervención). La Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, por el contrario , sí pretendió sancionar y tipificar formas específicas y especiales de violencia de género, que lesionan de manera particular la vida, integridad física, emocional , psicológica y el patrimonio de las mujeres mayores de edad, dentro de una relación de poder que el legislador costarricense enmarcó *en el contexto* del matrimonio y la unión de hecho. Se remitió a la serie de medidas

cautelares propias del trámite de una causa penal, reformó las disposiciones relativas a la prisión preventiva del Código Procesal Penal y hace una remisión expresa a la utilización de las medidas de protección contempladas en la Ley contra la Violencia Doméstica, reflejando con ello la voluntad legislativa de que ambos instrumentos se complementen y no sean excluyentes, se complementan en cuanto tratan de proteger (uno en forma específico, el otro en forma más amplia) a las víctimas de violencia intrafamiliar que además resultan, en el caso de las previsiones de la Ley de Penalización, víctimas de violencia de género. Así, el artículo 7 de la Ley 8589 establece:

“ARTÍCULO 7. Protección a las víctimas durante el proceso Para proteger a las víctimas , podrán solicitarse, desde el inicio de la investigación judicial, las medidas de protección contempladas en la Ley contra la violencia doméstica, así como las medidas cautelares necesarias previstas en el Código Procesal Penal”. De hecho, la experiencia costarricense en esta materia señala que el primer instrumento al que acuden las mujeres víctimas de violencia, es la Ley contra la Violencia Doméstica, sin que pueda concluirse que se trata de previsiones excluyentes. Ejemplo de esto es precisamente el artículo 43 de la Ley 8589, aplicado en este caso, que establece:

“ARTÍCULO 43. 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”. La referencia es expresa al incumplimiento de las medidas dictadas al amparo de la Ley contra la Violencia Doméstica que, como se analizó, está dirigida a tutelar a una población más amplia que la objeto de tutela en esta ley 8589, aunque también desde luego cubre a las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de su hogar, se cimente éste en matrimonio o en unión de hecho. A lo dicho debe añadirse que en esta ley 8589 se reforma en forma expresa, en el apartado correspondiente, específicamente en el artículo 46, el numeral 3 de la Ley contra la Violencia Doméstica, así:

“ARTÍCULO 46. Reforma de la Ley contra la violencia doméstica. Modifícase el párrafo final del artículo 3º de la Ley contra la violencia doméstica. El texto dirá:

“Artículo 3. Medidas de protección [...] De incumplirse una o varias de estas medidas en contravención de una orden emanada de la autoridad judicial competente, esta deberá testimoniar piezas a la fiscalía correspondiente, para que se inicie la investigación por el delito de incumplimiento de una medida de protección”. Se termina de comprender así cómo la orientación legislativa, que surge de la interpretación de las normas , según su literalidad, su relación, de remisión expresa y de complemento, estableció que ambos instrumentos están vinculados, uno a nivel de medidas de protección y cautelares, otro a nivel de la previsión de nuevos tipos penales,

respetándose de la Ley contra Violencia Doméstica, su naturaleza cautelar y la fuerza coercitiva de sus previsiones, remozada al elevarse el rango de penalidad del incumplimiento de las mismas, precisamente por la reforma que introduce la ley 8589 de repetida cita. Así, es claro cómo el primer argumento de la impugnante es improcedente y por ende, que la Ley contra la Violencia Doméstica sí cubre la situación de la víctima en este caso y la sanción del artículo 43 de la ley 8589 es aplicable al incumplimiento de las medidas que se demostró, realizó el justiciable en dos oportunidades distintas, encontrándose éstas plenamente vigentes y debidamente notificadas a O , quien conocía su alcance, así como las implicaciones de su incumplimiento.

III - En cuanto al segundo argumento, el que refiere que la Ley 8589 no es aplicable a este caso, porque la convivencia del acusado y la ofendida había cesado, por lo que esa unión de hecho ya no estaba "vigente", el alegato es de igual forma insostenible, en este caso, por lo que se dirá. La mayoría de las medidas cautelares prevista en la Ley contra la Violencia Doméstica, implican la salida del agresor o la autorización para el abandono del domicilio, por parte de la persona agredida, además de una serie de prohibiciones expresas de perturbación, acercamiento, etc., del agresor a la persona objeto de protección, siendo el incumplimiento de tales medidas, objeto de sanción penal, en las normas ya mencionadas. Así, siguiendo la tesis de la recurrente, si, por buscar protección , se ordena a un agresor abandonar el domicilio conyugal (es decir, no convivir bajo el mismo techo) habría que interpretar que el incumplimiento de tales medidas, que buscan proteger a la víctima , sería impune, porque no hay "convivencia", en los casos en que la relación tenga como base la unión de hecho, pues, según la impugnante, debe tratarse de una convivencia "*real, actual, vigente y efectiva*" (folio 219). Esta lectura de la intervención cautelar y de las implicaciones de su incumplimiento, llevaría, sencillamente, a borrar todos estos instrumentos normativos y su finalidad protectora. Pero además, implica además un desconocimiento del ámbito de aplicación de la Ley de Penalización número 8589. El artículo 2 de este cuerpo normativo, establece: "*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 [...]* " (destacado es suplido). Debe notarse cómo el legislador estableció que se protegerá a la mujer, cuando las conductas que esa ley desarrolla, se realicen **en el contexto**, de una relación de matrimonio, o bien en unión de hecho, declarada o no. El contexto de una relación de unión de hecho, como de matrimonio, comprende una realidad mucho más rica, compleja y dinámica, que la simple convivencia actual o real, como se argumenta. Según la Real Academia Española, el término contexto, tiene varias acepciones, de interés: (*Del lat. contextus*). **1. m.** Entorno lingüístico del cual depende el sentido y el valor de una palabra, frase o fragmento considerados. **2. m.** Entorno físico o de situación, ya sea político , histórico, cultural o de cualquier otra

índole, en el cual se considera un hecho. 3. m. p. us. Orden de composición o tejido de un discurso , de una narración, etc. [...] Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 1992, vigésima primera edición, p. 553. Como surge de las acepciones recién expuestas, el contexto de un matrimonio o unión de hecho, en que se concretan los hechos que constituyen violencia de género tipificados en la ley 8589, es el entorno que rodea a esa relación así calificada, entre la mujer y el agresor. Desde luego, las breves interrupciones y separaciones originadas en la violencia intrafamiliar, forman parte de ese contexto, pues son su origen. Precisamente, la mayoría de las relaciones conyugales o de convivencia, que están inmersas en el ciclo de violencia intrafamiliar, a menudo tienen una dinámica (contexto) particular, que incluye desavenencias, separaciones, períodos de perdón , de promesas de cambio, de reconciliaciones, nuevos episodios de violencia, etc. de manera que ese contexto es precisamente al que se refiere el legislador y hay que tener presente cuando se analizan los supuestos tipificados en la ley. En este caso, en primer lugar , no es cierto que cuando se dictan las medidas de protección la convivencia entre la víctima y el acusado, había cesado. Al contrario, habían existido episodios previos de separación en virtud de las constantes agresiones, que motivaron a la ofendida a buscar en una oportunidad el auxilio judicial; luego se dio una especie de reconciliación y es en esta coyuntura que nuevamente el acusado inicia el ciclo de agresión, por lo que en el mes de setiembre de 2008, ella acude al Juzgado de Violencia Doméstica de Puntarenas y se dictan las medidas objeto de este proceso, al tiempo que ella solicita autorización para la salida del hogar junto con su hijo, la que también se otorgó. Al interpretar estos elementos de los tipos penales de la ley 8589, tienen que tenerse presente todas las variables propias del ciclo de violencia intrafamiliar y de violencia de género, de los que además son referentes expresos la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación consta la mujer, ley Nº 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 Nº 7499 de 2 de mayo de 1995 , tal como en forma acertada lo desarrolló el juzgador a lo largo de la sentencia. "La violencia contra la mujer representa un mecanismo de control y de castigo, que está permeado por el sentimiento de culpa en el cual la víctima considera que ella ha provocado que se desencadene el castigo, que tienen responsabilidad de algún tipo en haber sido agredida y cuando mucho justifica la agresión en situaciones externas como el desempleo y en el consumo de drogas, alcohol, etc. Esta situación produce un círculo de violencia , que lejos de disminuir se reafirma y se vuelve más recurrente y agresivo, la violencia como elemento progresivo, mantiene sometida a la mujer a causa del miedo y al hombre porque siente que aumenta su capacidad de control; este cuadro, asimismo, se acentúa cuando la mujer es más dependiente en lo económico y cuando menor es su nivel de instrucción [..]" Violencia Intrafamiliar, Diálogo Centroamericano, Revista de la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, Año 2004, Nº 51. p.12. Está claro, además, que puede haber situaciones de violencia que, pese a su existencia,

quedan fuera del marco de la ley 8589 (aunque podrían encontrar cobijo en otros tipos penales del Código Penal), por ejemplo, los episodios de violencia que siguen a las separaciones judiciales, a los divorcios y a las rupturas definitivas en uniones de hecho. Aunque está estadísticamente demostrado que las rupturas, la búsqueda de auxilio judicial y los divorcios, lejos de poner fin a los patrones de control y dominación propios de la violencia de género, los exacerban y se incrementan, al punto que la mayoría de femicidios ocurren a mujeres que gozaban de medidas de protección o habían decidido terminar sus relaciones, la violencia física o emocional de las mujeres divorciadas o de las mujeres que han puesto fin a su convivencia voluntariamente, no están paradójicamente protegidas por la Ley 8589, pese a que la Convención para la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará) expresamente señala que debe protegerse a las mujeres, aún cuando ya no esté en vigencia la relación, porque esa situación no elimina el patrón de dominio y agresión. Específicamente el artículo 2 del citado instrumento convencional, establece: *“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 , la violación, el maltrato y el abuso sexual [...]”*. En respeto del principio de legalidad , dada la opción legislativa en la Ley de Penalización, los casos de cese de las relaciones por divorcio o mutua separación, quedan fuera del marco de acción de la norma. De igual forma, es cierto que el concepto de unión de hecho es un concepto normativo, por lo que no obstante que la ley 8589 acoge a aquellas uniones no declaradas, sí debe al menos cumplir sus requisitos , que incluyen una convivencia mínima de 3 (Código de Familia). Por esa razón, la resolución que cita la impugnante y que corresponde a un criterio de mayoría de una de las secciones del Tribunal de Casación Penal con sede en el Segundo Circuito Judicial de San José, número 1395-99, no es de utilidad en este caso, pues analiza un supuesto en que la convivencia del victimario y víctima en ese caso, no había sido superior a los tres meses , de modo que aún cuando resultara innegable que podría calificarse a esos hechos allí juzgados, como constitutivos de violencia de género, quedan fuera del rango de la ley, se insiste, por la forma en que se diseñó la tutela en este instrumento legal. Regresando al caso que nos ocupa, en la sentencia se analiza puntualmente este alegato de la defensora y antes de ello, se había tenido perfectamente por establecido que la convivencia del acusado y la víctima cesó por las constantes agresiones, lo que “empujó” a la ofendida a buscar medidas de protección (véase de la sentencia, especialmente , el desarrollo al registro de las 8:40:00 en adelante) y desde luego, cuando se incumplieron éstas, la pareja estaba separada en virtud de ellas mismas, pero toda esta situación de violencia o agresión surge y se da en el contexto de la relación de convivencia o unión de hecho que mediaba entre ambos, por lo que con claridad entra dentro de las previsiones normativas de la ley 8589. Aunque en el fallo se enfatiza mucho en el proceso de

violencia doméstica que dio origen a las medidas que el acusado incumplió, tramitado bajo número 08-002182-676-VD, específicamente los mandatos que en él le fueron impuestos al acusado y que incumplió, lo cierto es que se aprecia en la solicitud de estas medidas, que la ofendida acudió *para protegerse de su conviviente*, con quien tenía una convivencia de cinco años y solicitando *la salida del hogar*. Precisamente, en la resolución de las 21:35 horas del 11 de setiembre de 2008 del Juez de Violencia Doméstica de Puntarenas, aparte de las medidas cautelares impuestas a O , además se autorizó la salida del domicilio conyugal de la ofendida y el hijo de ambos (cfr. copias certificadas de folios 10 a 15). Así , la separación se originó, en este caso, por la propia autorización judicial, aunque antes se habían reportado breves interrupciones en la relación, motivadas todas por la violencia intrafamiliar y las agresiones por parte del acusado, pero que luego eran “perdonadas” por la ofendida, como lo manifestó la deponente L. y que , analizó el juzgador, son una clara muestra del círculo de violencia en que estaba inmersa la ofendida, como se definió ya , que la motivó a buscar auxilio judicial y lograr así una separación “protegida” legalmente, que a la postre resultó insuficiente porque el acoso y la perturbación fue constante, pese al conocimiento del acusado de que no debía, a partir de la imposición de medidas, ni siquiera acercarse a la ofendida y a su hijo, a su domicilio establecido o su lugar de trabajo, nada de lo cual fue suficiente para impedir que el justiciable continuara su agresión y pretensión de controlar y dominar a la víctima (cfr. análisis en la sentencia, registro de las 8:40:00 horas en adelante), conducta toda que, conforme se ha razonado, está inmersa y es parte del contexto de la unión de hecho que existía entre la víctima y el acusado. Conviene precisar que la jurisprudencia de la Sala Constitucional desde hace ya bastante tiempo, colocó en plano de igualdad (a efectos de tutela, protección legal) a las familias basadas en el matrimonio y a las que lo estaban por uniones de hecho. Si en los matrimonios pueden darse separaciones temporales que no implican disolución automática del vínculo, esta realidad también está presente en las uniones de hecho, sin que pueda concluirse que por ello esa unión ha dejado de existir y, por ende, que el contexto de tales relaciones es el que enmarca los episodios de violencia y agresión. De hecho, esta lectura de la realidad en que se desempeñan los núcleos familiares, especialmente aquéllos que se ven impregnados de violencia, que no distingue entre matrimonios y uniones de hecho, a los fines de analizar su contexto y dinámica, se hace en la propia jurisdicción de familia, de lo cual es muestra la interpretación de la Sala Segunda, de la que resulta representativa un precedente que fue retomado desde hace ya bastante tiempo, en el análisis de estas mismas situaciones, por la Sala Tercera. En efecto, en la sentencia 658-05 de las 14:20 horas del 3 de agosto de 2005, de la Sala Segunda, respecto de la familia de hecho y los requisitos de convivencia, a propósito de los procesos por violencia doméstica, se señaló: “[...] V-. *DE LA ESTABILIDAD: El artículo 242 del Código de Familia establece los siguientes requisitos para que una unión de hecho pueda ser declarada o bien reconocida legalmente: 1) Debe ser pública, notoria, única y estable; 2) Debe*

extenderse por más de 3 años; 3) Debe darse entre un hombre y una mujer que tengan aptitud legal para contraer matrimonio. Por su parte, la Sala Constitucional -cuyos pronunciamientos son vinculantes erga omnes, conforme al artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional-, ha señalado que: "...Las uniones de hecho , cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales). ² (voto N° 1151 de las 15:30 horas del 1° de marzo de 1994). El demandado pretende restarle al vínculo que mantuvo con doña LI. desde 1989 hasta el 2003 el requisito de la estabilidad , aduciendo que entre ellos se dieron varias separaciones. Efectivamente, del expediente se extrae que los litigantes tuvieron varios conflictos que culminaron en su separación. A folio 263 está la denuncia por violencia doméstica que doña LI. interpuso contra su compañero el 5 de febrero del 2003, oportunidad en la que dicha señora manifestó: "Tuvimos dos separaciones, la primera de ellas se dio porque él me encerraba (...). La segunda ocasión que tuve problemas con S. fue por octubre del dos mil cuando ya él sabía que se iba a venir a trabajar a Costa Rica, yo le dije que no viajaría con él a este país porque ya la relación era muy violenta (...). En efecto él se vino a Costa Rica y yo me quedé con mis hijas pero iba a visitarlos y me llamaba por teléfono y me acosaba (...). En diciembre del dos mil vine con las hijas a visitarlo y me amenazaba de que me iba a sacar de la casa de su madre, que era donde habitábamos en México". A folio 267 se observa una solicitud de ampliación de las medidas de protección gestionada por la señora FC. el 10 de febrero del 2003, en la que se consignó: "En muchas oportunidades me fui de la casa para casa de mis padres, sin embargo (...) me convencía y convivíamos nuevamente". A folio 239 consta un dictamen pericial psicológico clínico forense que se le realizó a la actora el 20 de mayo del 2003, con motivo del proceso de violencia doméstica, arrojando la entrevista los siguientes resultados: "Nosotros nos separamos tres veces, la primera vez lo dejé y me fui a casa de mis padres con mis hijas. En 1998. Me fui porque (...) me estaba engañando con otra (...). La segunda vez no me dejó llevarme a mis hijas, y fue en 1999. Fui a casa de mis padres (...). La tercera vez fue cuando él se vino para acá (...) cuando le salió el trabajo de la OIT le dije que se viniera él solo". **No obstante, esta Sala ha resuelto que ese tipo de interrupciones de la vida en común (que, según lo indicó el demandado en la valoración psicológica que se le efectuó dentro del juicio por violencia doméstica, duraron alrededor de 1 mes cada una, ver folio 251) son normales en la dinámica de la pareja y no afectan la continuidad de la unión de hecho, por lo que no pueden utilizarse como excusa por quien está obligado a compartir sus bienes para liberarse de ese deber legal.** Así en casos similares la jurisprudencia de esta Sala ha dicho: "Se desprende, de lo anterior, que durante esos nueve años o más de relación se separaron, únicamente, en tres ocasiones y por

periodos cortos. Así en, la primera separación, el distanciamiento fue por seis meses, en la segunda por un mes y, en la tercera, de forma definitiva , llevando a la interposición de esta acción (...). De ahí que, las partes sí cumplieron con los requisitos establecidos en el artículo 242 del Código de Familia” (fallo N° 648 de las 10:10 horas del 5 de noviembre del 2003)[...] resolver lo contrario sería desconocer la dinámica de la vida en pareja, que algunas veces presenta esa situación fáctica. Que no genera efecto alguno en la continuidad de la relación de pareja” (resolución N° 78 de las 14:15 horas del 11 de febrero del 2005) [...], criterios que se reiteran en el precedente de esa misma Sala, número 277-03 de las 9:50 horas del 18 de junio de 2003 (destacados suplidos). Estos conceptos fueron utilizados, a su vez, en el precedente número 2006-0737, de las 9:45 horas, del 11 de agosto de 2006, de la Sala Tercera. En dicha ocasión, se analizó precisamente, el impacto de las separaciones en las uniones de parejas, motivadas por la violencia intrafamiliar, estimando este Tribunal que el desarrollo allí realizado es aplicable al caso que nos ocupa, siendo por ello relevante citar lo allí desarrollado. Se consideró “[...] De la naturaleza de la tutela de la Ley contra la violencia doméstica y su impacto en las relaciones de hecho: El artículo 1° de este instrumento legal señala “ Esta ley regulará la aplicación de las medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia doméstica. Los jueces deberán procurar que los agresores no utilicen contra las víctimas la presente ley, cuyo principio rector es el artículo 51 de la Constitución Política. Le corresponderá brindar protección especial a madres, niños , personas de sesenta años o más y personas discapacitadas, tomando en cuenta las situaciones específicas de cada uno. Asimismo, esta ley protegerá, en particular , a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja y donde exista abuso sexual incestuoso”. [...] Esta ley es desarrollo de los compromisos adquiridos por nuestro país al suscribir la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como “Convención De Belem Do Pará”. En el artículo 1° de este importante instrumento jurídico, se señala “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”. El artículo 2° establece que la violencia contra la mujer incluye la 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”. En esta misma línea, el numeral 4 señala, entre los derechos de la mujer “g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos”. [...] Este repaso de algunas de las normas fundamentales de la Convención y de la Ley contra la violencia doméstica, que desarrolla en parte aquéllos , se hace para traer claridad sobre un punto esencial: siendo la violencia intrafamiliar y la doméstica, como una de sus manifestaciones , un grave problema que aqueja a las familias –de hecho o con vínculo jurídico- igualmente tuteladas desde el numeral 51 de la Constitución Política y que

afecta mayoritariamente a las mujeres, no podría concebirse bajo ningún concepto que el auxilio y la protección que la ley concede a las víctimas de este tipo de violencia, pueda de alguna manera siquiera ser interpretado en su contra, como en efecto sucedió en este caso. Así, si se analiza en detalle la prueba relevante incorporada en este proceso, se tiene que la víctima sufría importantes episodios de violencia por parte del acusado, su esposo y conviviente por más de trece años, con quien procreó tres hijos, al punto que había solicitado en una oportunidad en el año 2000 medidas de protección y luego las requirió de nuevo el 10 de junio de 2004, fecha en que, como parte de la espiral de violencia, el imputado la echó de la casa en que vivían, con sus tres hijos, razón por la cual ella solicitó amparo ante las autoridades competentes, esto es, el juez de violencia doméstica y obtuvo medidas de protección que incluyeron, entre otras, especialmente la autorización para su salida del hogar –es decir, una dispensa, un auxilio, una medida preventiva y protectora- de su integridad y la de sus hijos, que la relevaba, por su seguridad, de la convivencia ante el riesgo inminente para ella y los menores. No tiene ninguna importancia, a los efectos de la tutela de esta ley, si el vínculo es jurídico o de hecho, lo que resulta de relevancia, como bien lo señala la Convención en su artículo 2 inciso a. es darle protección a la víctima, frente al agresor, que puede ser su esposo, su pareja, su conviviente, así sea que comparta o haya compartido el mismo domicilio. Desde luego, si la medida incluye la salida del agresor o, como en este caso, la autorización para abandonar el domicilio no puede interpretarse esa medida asistencial y protectora del Estado, como la ruptura de la unión de hecho, si precisamente porque existe la convivencia o se quiere mantener el dominio y control del agresor sobre su pareja, es que el clima de violencia y sus manifestaciones se exacerban y es esta realidad la que tuvieron en mente los legisladores de la Convención y los nuestros en la Ley contra la Violencia Doméstica. En este caso concreto, fue un Juez quien autorizó a la víctima a suspender su convivencia para darle protección porque peligraba su vida y la de sus hijos, es decir, no es un cese voluntario, acordado o aceptado por ambos convivientes a efectos de romper o finalizar su convivencia, ni unilateral, sino una intervención estatal en tutela de la integridad física y de la vida por lo que jamás podría interpretarse que se dio una ruptura de la relación con efectos perjudiciales para la ofendida, como en forma absolutamente equivocada se interpretó en el fallo y lo plantea la impugnante. Si se siguiera la tesis que sostiene el Tribunal y apoya la recurrente, tendríamos que concluir, en primer lugar, que existen dos tipos de víctimas potenciales de violencia doméstica, que no recibirían igual tutela jurídica, en el caso de las parejas en unión de hecho y que la ley generaría un efecto desigual: así, si se trata de una familia con matrimonio jurídicamente constituido, si la víctima pide auxilio y protección al amparo de la Ley contra la violencia doméstica, aún cuando se separen, ni se disuelve el vínculo ni las obligaciones, ni hay beneficios para el agresor en caso de que la lesione gravemente o, peor aún, atente contra la vida de su pareja. Sin embargo, si se trata de una unión de hecho, de una familia de hecho, que cumple con los requisitos que el Código Civil le

señala y la víctima mujer pide protección al amparo de la misma ley señalada y en virtud de ella se aleja al agresor del hogar, entonces hay doble efecto perjudicial para la víctima, pues se entendería cesada la unión de hecho con los perjuicios al menos patrimoniales que eso le acarrearía y además, en caso de que sea lesionada gravemente o, peor aún, que la quiten la vida, las figuras penales aplicables a su agresor serían simples y no agravadas o calificadas por el parentesco, por la desventura de no haber legalizado su vínculo, aún cuando la realidad sea idéntica en ambos casos y la génesis de la violencia intrafamiliar, el motivo para buscar el alejamiento del agresor, la misma, posición insostenible en el marco de la legislación interna e internacional que nos rige y que está incluso proscrita por la propia Ley contra la violencia doméstica, cuando claramente señala que las disposiciones de esa ley no podrían ser usadas por el agresor en contra de la víctima [...]Y en este punto hay que hacer una importante reflexión: la salida del hogar obligada al agresor por una medida protectora o bien, como sucedió en la especie, la autorización a la víctima para salir del hogar implica, obviamente, como dato fáctico, la suspensión de la “cohabitación” o “vida marital” o convivencia. Sin embargo, las medidas son de emergencia e implican una intervención del Estado para auxiliar y proteger la integridad física y la vida de la víctima que surgen precisamente por la inminencia del peligro porque, si existiera indiferencia o desatención del Estado, la falta de protección y tutela a los afectados, los llevaría o bien a perder los derechos –al patrimonio, a la pensión y demás- propios de una relación de familia –jurídica o de hecho- o a vivir irremediamente bajo el amparo de las relaciones de poder y violencia, lo que resulta francamente inaceptable. Lo dicho cobra sentido si se considera que la protección que brinda la Ley contra la violencia doméstica es de carácter cautelar y temporal, es decir, no puede prolongarse más de un año como máximo, tal cual surge del artículo 4 de la ley de comentario e incluso pueden cesar con anterioridad a los plazos establecidos, si se dan las condiciones para ello. Precisamente por su naturaleza es que no implican un cese consensuado o unilateral o voluntario de la convivencia que pueda dar lugar a la “ruptura” o fin de la unión para cualesquiera de los efectos legales, tanto desde el punto de vista familiar, como en las otras esferas del derecho en las que haya de tener en cuenta la convivencia como factor relevante y tales factores deben valorarse cuidadosamente a la luz de los datos y de la realidad de cada caso concreto [...] Se equivocó el Tribunal al obviar trece años de vida en común, que se interrumpieron con una medida estatal de protección; convivencia, vínculo y unión que son precisamente los que originan el homicidio. Es decir, no se dio muerte a la víctima por ser una persona más, sino precisamente por ser la compañera de vida, que logró separarse con la intervención del Estado, que impuso así una barrera para tratar de frenar los abusos y la agresión física en su contra y que al fin y al cabo no resultaron suficientes para salvarle la vida y esta es la lectura correcta que se impone desde la realidad del fenómeno de violencia intrafamiliar y que está absolutamente clara en el caso en estudio. La pérdida del control sobre la vida de su compañera, el desafío a su poder al

lograr una autorización estatal para no convivir con él, son variables que están inmersas en la muerte de la ofendida OT. a manos de su compañero y que aunadas a la búsqueda de auxilio por ésta para salvaguardar su vida, no pueden pasar desapercibidas para el juzgador [...]”. En el caso que nos ocupa, no hay duda alguna de que las medidas de protección marcaron el cese de la convivencia, definida como el vivir bajo el mismo techo, pero tales medidas, se insiste, tienen su origen y se justifican por la violencia y agresión del acusado hacia la víctima en el contexto de la unión de hecho que existía entre ellos y que permitía al acusado acosarla y perturbarla constantemente. De hecho, según se analiza en el fallo (registro de las 8:17:06 en adelante) la víctima reconoció que ella se separó del acusado el 13 de setiembre de 2008, luego del dictado de las medidas y a partir de entonces no volvieron ya a vivir más, pero las medidas se dictaron por el plazo de seis meses, que estaba vigente cuando el incumplimiento se dio. En la acusación se indica que la separación se dio por los conflictos de violencia intrafamiliar y de seguido afirma que en virtud de tales agresiones, la ofendida buscó auxilio judicial, lo que significa que tanto la imposición de las medidas como su incumplimiento se dieron en el contexto de una unión de hecho, como lo señala la ley. Aún con esa descripción que no se ajusta en todo a la realidad de lo narrado por la ofendida y documentado en la prueba, lo cierto es que queda claro que la separación surgió por las agresiones y del debate quedó clarificado que resultó contemporánea a la emisión de las medidas de protección. Lo cierto es que tal y como se analizó en la sentencia, esos episodios, parte del ciclo de violencia, motivaron la intervención estatal y el cese de la convivencia, pero no la relación y la búsqueda de contacto y control por parte del acusado, pese a las medidas impuestas, de manera tal que, como se desarrolla en la jurisprudencia citada, este no implicó el cese de la comunicación, el acoso y el contacto del agresor, la separación se dio por la intervención jurisdiccional y en todo caso motivado por conflictos de violencia que se origina precisamente en la relación que existía entre el acusado y la ofendida y que debió ser intervenida jurisdiccionalmente, de modo que la ley sustantiva fue correctamente aplicada a este caso, sin que se den los errores que señala la impugnante.”

9. La Imposición de la Pena

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{ix}

Voto de mayoría

“III. Se declara parcialmente con lugar el recurso. [...] La inconformidad de la defensa técnica porque la juzgadora rechaza el pedido de una pena alternativa y su pretensión de ordenar el reenvío para la discusión de ese tema, no es una pretensión avalable. El artículo 9 de la Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres, establece tres tipos de penas aplicables a los delitos ahí establecidos: **1) Principal:** prisión. **2)**

Alternativas: a. Detención de fin de semana. b. Prestación de servicios de utilidad pública. c. Cumplimiento de instrucciones. e. Extrañamiento. **3) Accesorias:** inhabilitación. Más adelante, de los artículos 10 a 20 se puntualiza el procedimiento y las condiciones para cada una de ellas, siendo importante de destacar lo establecido en el artículo 10:

"La pena principal por los delitos consignados en esta Ley será de prisión. El juez podrá optar por penas alternativas, si con ello no se colocan en riesgo la vida o la integridad de la víctima o si esta es perjudicada en el ejercicio de otros derechos. Para tal efecto, el tribunal de juicio, de previo al reemplazo de la pena de prisión, deberá ordenar otro examen psicológico y psiquiátrico completo, si lo considera necesario; además, deberá escuchar el criterio de la víctima. En caso de reemplazo por descuento de la mitad de la pena, el juez de ejecución de la pena deberá escuchar a la víctima previamente, si esta se encuentra localizable".

La defensa protesta porque el tribunal de instancia rechaza la petición de una pena alternativa, inconforme ante la ausencia de un examen psicológico y psiquiátrico, que asegura debió ser diligenciado por la propia autoridad jurisdiccional. Y ciertamente, de lo establecido en el artículo citado, el tribunal está en posibilidad (cuando lo estime necesario) de solicitar la pericia mencionada. Sin embargo, como consta en la transcripción del pronunciamiento oral, la juzgadora dio un buen número de razones para rechazar la pretensión de la defensa, y aún cuando algunas de ellas, como la alusión a la agresividad de un hermano del imputado, o el desinterés del justiciable por someterse a algún tipo de tratamiento, se deban desechar por rebasar el reproche; eliminadas hipotéticamente, lo cierto es que subsisten otros factores que de sobra justifican la decisión del tribunal al negar la opción de una pena alternativa, especialmente, la situación de temor de la ofendida descrita por la juzgadora, que aunque no parece compartida por la impugnante se encuentra motivada de forma razonable; así como la escalada de violencia en la relación de pareja mantenida entre el imputado y la agraviada, describa con detalle, que resulta lógica y atendible. Es decir, la pericia psicológica o psiquiátrica no es un requisito esencial para optar por la pena alterna, no obstante, en el sub examine, el tribunal valoró la situación de amenaza, de violencia efectiva, que evidencian un riesgo a la integridad física y vida de la ofendida, por ese motivo, no accede a la petición de la defensa. En consecuencia, no detectándose el vicio acusado, se rechaza el reclamo. Situación diferente sucede con la petición del beneficio de ejecución condicional de la pena, que como consta en el acta de folio 110 vuelto, fue expresamente solicitado por la defensa técnica en sus alegatos finales. Sobre ese particular no hay la más mínima referencia en el fallo y no resulta aceptable, una fundamentación supuesta, derivada o tácita, que descarte conceder el referido beneficio, aún cuando la juzgadora en el pronunciamiento enumera una serie de circunstancias que justifican la sanción de dos años de prisión al encartado, debida de forma expresa dar respuesta a la solicitud de la impugnante, se trata sin duda de un

tema medular, que hace la diferencia entre libertad y prisión para el encartado. Por ende, se declara con lugar el segundo motivo de casación, se anula parcialmente la sentencia y se ordena el reenvío para una nueva sustanciación única y exclusivamente, sobre la imposición o no del beneficio de ejecución condicional de la pena.”

10. Facultad del Juez para Sustituir la Pena de Prisión

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]^x

Voto de mayoría

“SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN. VIOLACIÓN A LAS REGLAS DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA. Se consideran violados los artículos 369 inciso j) y 87 del Código Procesal Penal, artículos 10, 11 y 14 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres. Expone el Defensor que por parte del Tribunal no se valoró la posibilidad de imponer en contra de su defendido una pena diversa a la prisión, tal y como lo faculta el numeral 10 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, que a su vez remite al imputado a la realización de una pericia psiquiátrica. Que ante esta omisión se debe de anular la sentencia ordenándose el reenvío para nueva sustanciación. SE RECHAZA EL RECLAMO PRESENTADO. Como bien lo apunta el recurrente lo que expresa la ley en los numerales 10, 11 y 12, es una facultad que tiene el Juez para que se reemplace la pena de prisión impuesta, la que de todas formas se dará bajo ciertos presupuestos: **1-** que la persona sea primaria, **2-** que la pena impuesta sea menor a tres años de prisión, **3-** que una de las penas alternativas sea la de cumplimiento de instrucciones. Tales requisitos a su vez dependen de lo que en la misma Ley indica en el artículo 10 **“... El juez podrá optar por penas alternativas, si con ello no se colocan en riesgo la vida o la integridad de la víctima o si esta es perjudicada en el ejercicio de otros derechos.”**

Debe de entenderse que cada uno de los requisitos pautados por ley, deben de cumplirse en su conjunto y no en forma individual, lo que implica que tal y como en este caso al no darse uno de ellos, es imposible pensar tan siquiera en la aplicación de esta facultad del Juez de sustituir la pena de prisión. Acá se ha impuesto la pena de cuatro años y seis meses de prisión, siendo entonces que ya no se puede pensar en lo referido por la defensa. Además es necesario recalcar que el Legislador plasmó este cambio en la pena como una facultad del Juez, bajo los requisitos citados e incluyendo también la necesidad de escuchar a la víctima, cuestión que es ayuna en este proceso.”

11. Fundamentación de la Pena

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José, II Circuito Judicial de San José]^{xi}
Voto de mayoría

“II. El motivo se acoge . El recurrente cuestiona el quantum de la pena impuesta al imputado G de treinta años de prisión por el delito de femicidio, acreditando que en la fundamentación de la misma se incurre en un razonamiento contradictorio, al exponerse lo siguiente: *"Toda la prueba evacuada y, como tantas veces se ha expresado a lo largo de este pronunciamiento, acredita, por completo, que fue G, quien mató a su mujer E. Todo lo anterior, hace que el condenado no sea acreedor a las penas mínimas; sin embargo, tampoco es merecedor de la pena mayor; es decir, de treinta y cinco años, pues es una persona de limpios antecedentes, de edad avanzada y el comportamiento durante las audiencias en que se realizó este debate, fue de forma respetuosa para con el Tribunal y demás partes. Por todo lo anterior, esta Cámara Juzgadora, impone al sentenciado, la pena: TREINTA AÑOS DE PRISIÓN por el delito de FEMICIDIO. Conforme se ha analizado y la gravedad de los hechos, no considera el Tribunal pertinente aplicar la pena mínima para el delito de Femicidio, por el absoluto desprecio que demostró por la vida de la mujer con la cual compartió diecisiete años de su vida, por ser esta una adulta mayor y por estar en plana desventaja ante su agresor, así como el tipo de muerte que prolonga el sufrimiento de la víctima. La pena impuesta, a criterio del Tribunal resulta suficiente para lograr el fin resocializador de la misma. Pena que una vez firme la sentencia, deberá descontar en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva sufrida, esperando que la misma produzca en éste un efecto resocializador, para que de manera productiva, luego del efectivo cumplimiento de la misma, logre reincorporarse a la sociedad y respete las leyes creadas con la finalidad de vivir en paz y armonía"* (cfr.: sentencia en expediente virtual). De acuerdo con los datos de identificación del encartado visibles en el encabezado de la sentencia, para el momento en que ésta se dictó, contaba con setenta años de edad, por lo que es contradictorio que se sustente la pena impuesta en atención al fin rehabilitador y por lo tanto, la posibilidad de que G se reincorpore a la sociedad una vez cumplida la pena, lo que por su edad y el quantum de la misma es prácticamente imposible de lograr, puesto que objetivamente la expectativa de vida de un costarricense es muy inferior a la edad de cien años, debiéndose en casos como el presente optar por la pena mínima. En ese mismo sentido también se pronunció el extinto Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José: *"Como se colige de lo transcrito, resulta contradictorio que el órgano de mérito fijara el monto de las sanciones por encima del mínimo, apelando con ello al fin rehabilitador y a que, una vez cumplidas, el acusado tendrá la opción de motivarse y rehacer su vida, sin que al respecto tomara en cuenta que para el momento en que se dictó el fallo, el estaba muy cerca de cumplir sus 77 años de edad (78 en la actualidad), lo que obviamente imposibilitaría alcanzar tales objetivos. Así las*

cosas, tomando en cuenta que, de cara al fin resocializador de la pena, la condición de adulto mayor y la avanzada edad del encartado impediría que en este caso concreto se le pueda imponer una sanción más elevada, se rebaja la misma al mínimo establecido por los tipos penales aplicados, fijándola en definitiva del siguiente modo: 12 años de prisión por el delito de violación en daño de J.F., y 4 años de prisión por abuso sexual en daño de J.P., ambas figuras en su forma agravada, para un total de 16 años de prisión. En lo demás, el fallo de mérito permanece incólume. (Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto N° 2008-974 de las 8:50 horas del 26 de septiembre de 2008). Así las cosas, por la condición del imputado de ser un adulto mayor y su avanzada edad y en atención precisamente al fin rehabilitador de la pena, lo que impide que se pueda imponer una pena tan elevada al imputado, se debe acoger el recurso de apelación y en virtud de ello anular parcialmente la sentencia impugnada, únicamente en cuanto al quantum de la pena impuesta a G de 30 años de prisión, procediéndose en esta sede a rebajarse y fijarse la misma en el mínimo legal establecido por el delito de femicidio, que es de veinte años de prisión (artículo 20 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres). En lo demás el fallo permanece incólume.”

12. Privación de Libertad e Intento de Femicidio

[Sala Tercera]^{xii}

Voto de mayoría

“III. Primer motivo. Errónea aplicación del derecho penal sustantivo. Menciona que su defendido fue condenado por un delito de tentativa de femicidio y una privación de libertad agravada en concurso material. Sin embargo, en su opinión, de los hechos probados se deriva que hubo una sola acción en sentido jurídico penal, por lo cual estima que los hechos debieron calificarse como una única tentativa de femicidio o subsidiariamente en concurso ideal con la privación de libertad agravada. Al respecto indica que el inculpado R abordó a la ofendida Y, quien estaba en una carnicería cerca de su casa, y le dijo que ahora sí la iba a matar, y de inmediato se la llevó a la fuerza hasta su casa con ese fin, y no pudo consumar la acción por la intervención de terceros. **Se declara con lugar el motivo.** Para la correcta solución del caso, se transcribe en lo conducente el cuadro fáctico que el Tribunal de sentencia tuvo por demostrado: “[...] 2) El día 5 de marzo de 2011, al ser aproximadamente las doce horas, la ofendida Y se encontraba en una carnicería situada en las cercanías de su casa de habitación sita en barrio Cuba [...] momento en que se encontró con el encartado R quién le dijo que él sabía que en cualquier momento se iba a topar con ella, luego de lo cual la tomó del cabello. [...] 3) El acusado R teniendo siempre sujeta a la ofendida Y del Cabello, la empujó y la llevó arrastrada hasta su casa de habitación situada a escasos metros de ahí, procediendo además en el trayecto a insultarla y

decirle que ahora sí la iba a matar, siendo que cuando la agraviada intentó huir el encartado la mordió en la mejilla izquierda. 4) Una vez que llegaron a la casa, el encartado R abrió el portón, introdujo dentro de la propiedad a la ofendida [...], cerró nuevamente el portón y sacó un cutter de la bolsa trasera de su pantalón el cual colocó en el cuello de ésta al tiempo que le repetía que ahora sí la iba a matar, propinándole luego un golpe con la mano por el rostro. Después de esto R tomó a la ofendida del cuello y presionó con fuerza, momento en que se apersonó a las afueras del lugar la madre del encartado de nombre B quién le pidió que soltara a la ofendida, respondiéndole éste que no iba a hacer eso y que del lugar la policía los sacaría muertos; colocando nuevamente el cutter en el cuello de la agraviada con el fin de darle muerte. Ante esta situación la ofendida colocó su mano entre el cuello y el cutter en una acción defensiva para evitar que el encartado la hiriera en el cuello, momento en el cual este presionó con fuerza el arma a efectos de vencer la resistencia de la víctima, provocándole por lo tanto una profunda herida en la mano izquierda. 5) En ese instante se apersonaron al lugar miembros de la Fuerza Pública quienes de forma rápida se introdujeron en la propiedad e inmovilizaron y detuvieron al encartado, logrando así impedir que éste cumpliera su cometido de darle muerte a la ofendida [...]" (Folios 125-126). Ahora bien, para establecer si lo que existió fue un concurso ideal o material o aparente de normas (artículos 21-23 del Código Penal), es fundamental determinar si la conducta desplegada por el agente se ajusta a un concepto de unidad o pluralidad de acciones. Sobre los requisitos para que exista unidad de acción, esta Sala en resolución número 00325 de las 10:09 horas del 25 de marzo de 2011, señaló: "...La acción es un concepto jurídico con un componente fáctico o fenoménico (u objetivo) y uno cognitivo o volitivo (o subjetivo). Para que se trate de una sola acción, debe estarse ante actos que tengan las dos características. Es decir, que se trate de un mismo dato fenoménico, esto es que se den en el mismo espacio-tiempo (componente fenoménico u objetivo); por lo que no sería una sola acción si se da en otro tiempo y/u otro lugar (como podría ser un robo u homicidio cometido hoy y otro mañana, o uno en un sitio y otro en un lugar diverso). Y, por otra parte, que haya una vinculación funcional o subjetiva, en el sentido que se tiende a la misma finalidad; por lo que no sería una sola acción si no existe esa relación entre los actos (como podría ser la violencia que no es necesaria para cometer un robo, o el daño físico que se ocasiona sin necesidad para cometer una agresión sexual)." **En el presente caso**, esta Cámara considera que lleva razón la impugnante, toda vez que de los hechos probados se deriva que el imputado interceptó en la vía pública a la agraviada y de inmediato se la llevó a la fuerza hasta su casa para acabar con su vida. Que desde el primer instante en que el imputado la abordó en la calle y durante el trayecto a su vivienda (la cual estaba aproximadamente a doscientos metros según narró en el debate la ofendida, registro de grabación en DVD, secuencia 09:54:24), le hizo ver que la iba a matar. Es decir, el encartado privó de su libertad de tránsito a la ofendida con la única finalidad de acabar con la vida de ella. Hubo unidad de acción, en tanto existió proximidad

espacio temporal en la ejecución del suceso delictivo y continuidad ininterrumpida de realización y un dolo unitario. Sea, que la privación de libertad tenía como único propósito facilitar el escenario para darle muerte a la víctima. Por las razones apuntadas, esta Sala de Casación concluye que los hechos delictivos atribuidos al acusado, concurrieron en forma ideal y no material. El justiciable con una sola acción violó diversas disposiciones jurídicas que no se excluían entre sí (artículo 21 del Código Penal). Por otra parte, se descarta la posibilidad de un concurso aparente de normas, porque la privación de libertad agravada no está subsumida en el femicidio, pues la conducta típica descrita en éste no abarca la de aquél y viceversa. Nótese que de acuerdo al artículo 23 del Código Penal se da el concurso aparente de normas cuando *“...una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí...”*, situación que no se da entre la privación de libertad y el femicidio. Así las cosas, se declara con lugar el presente reclamo, se casa la sentencia en cuanto a la calificación jurídica y se recalifican los hechos como constitutivos de una tentativa de femicidio y una privación de libertad agravada cometidos en concurso ideal de acuerdo con los numerales 21 de la Ley de la Penalización de Violencia contra la Mujeres; 24, 75, 191 y 192 del Código Penal. Acorde con lo expuesto, se ordena el reenvío al Tribunal de origen para que con otra integración, proceda a fijar el nuevo *quantum* de la pena a imponer, según la recalificación efectuada.”

13. El Delito de Femicidio

[Sala Tercera]^{xiii}

Voto de mayoría:

“I. Único motivo por el fondo. Inobservancia de la ley sustantiva. Considera la recurrente, que los Jueces se equivocaron al calificar la conducta que le fuera imputada al justiciable M., como homicidio calificado. A su criterio, la figura legal de femicidio fue erróneamente descartada, puesto que el Tribunal consideró que la agraviada ya no vivía con el imputado al momento en que ocurrieron los hechos, sin tomar en cuenta que tal separación obedeció al problema de violencia doméstica en que se encontraba la agraviada. Consecuentemente, solicita que se recalifiquen los hechos y se ordene un nuevo juicio para proceder como corresponde. **El reclamo es de recibo.** El delito de femicidio que se regula en el artículo 21 de la Ley número 8589, denominada: “Ley de penalización de violencia contra las mujeres”, establece que: *“Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.”* El delito de femicidio, delimita su rango de aplicación, en razón de la condición de la persona sobre la cual recae el perjuicio, es decir, la esposa o concubina del autor. Dicha figura delictiva, requiere como única condición que la mujer mantenga su

condición de esposa, o bien, de conviviente en relación a su agresor.- Sobre este aspecto, la recurrente difiere con el Tribunal, al señalar que la separación entre víctima y victimario se debió al ciclo de violencia doméstica en que se encontraba la agraviada, situación que a su criterio no rompe la vigencia del vínculo. Una vez revisado el fallo se observa que los Jueces efectivamente, tuvieron por demostrado que la relación entre víctima y victimario, se interrumpió por el cuadro de violencia doméstica en el que se encontraba sometida la agraviada. Propiamente se señaló que: *“...la ofendida decide poner fin a la relación por cuanto estaba sufriendo de Violencia Doméstica, dado que su compañero sentimental la agredía verbal, física y patrimonialmente, por lo cual el imputado se ve en la obligación de abandonar el domicilio conyugal...”* (Ver folio 213 vuelto). Sobre este aspecto en particular, la jurisprudencia de esta Sala, en un asunto similar, previo a la vigencia de la Ley de Penalización de la violencia contra la mujer, resolvió lo siguiente al conocer una causa por homicidio calificado en razón del inciso 1), del artículo 112 del Código Penal: *“No tiene ninguna importancia, a los efectos de la tutela de esta ley, si el vínculo es jurídico o de hecho, lo que resulta de relevancia, como bien lo señala la Convención en su artículo 2 inciso a. es darle protección a la víctima, frente al agresor, que puede ser su esposo, su pareja, su conviviente, así sea que comparta o haya compartido el mismo domicilio. Desde luego, si la medida incluye la salida del agresor o, como en este caso, la autorización para abandonar el domicilio no puede interpretarse esa medida asistencial y protectora del Estado, como la ruptura de la unión de hecho, si precisamente porque existe la convivencia o se quiere mantener el dominio y control del agresor sobre su pareja, es que el clima de violencia y sus manifestaciones se exacerban y es esta realidad la que tuvieron en mente los legisladores de la Convención y los nuestros en la Ley contra la Violencia Doméstica. En este caso concreto, fue un Juez quien autorizó a la víctima a suspender su convivencia para darle protección porque peligraba su vida y la de sus hijos, es decir, no es un cese voluntario, acordado o aceptado por ambos convivientes a efectos de romper o finalizar su convivencia, ni unilateral, sino una intervención estatal en tutela de la integridad física y de la vida por lo que jamás podría interpretarse que se dio una ruptura de la relación con efectos perjudiciales para la ofendida...”* El resaltado no es del original (Sala Tercera. Voto 2006-737, de las 9:45 horas, del 11 de agosto de 2006). No obstante, en el caso que nos ocupa, a diferencia del que fue objeto del fallo anteriormente citado, no existe una orden judicial expresamente dictada que imponga el deber del agresor de salir del recinto conyugal, lo cierto del caso, es que la ausencia de dicha formalidad legal, no excluye la existencia de los efectos producidos por el ciclo de violencia doméstica, tanto es así que los Jueces tuvieron por acreditado que escasos días antes de la muerte de la ofendida, el imputado la agredió y la amenazó con matarla si no volvía con él, situación que ella tuvo que aceptar para salvar su vida (Ver folios 215 vuelto y 216 frente); lo cual confirma que en este caso específico el sometimiento de la víctima al dominio físico y psicológico que ejercía el imputado por medio de la violencia, se encontraba aún

presente en la relación que ellos mantenían. El hecho de que la agraviada estuviera empezando una relación sentimental con un tercero ajeno al conflicto, lejos de ser una causa que rompe el vínculo requerido por el tipo penal, se entiende como el dispositivo generador del ataque producido, puesto que se materializó la amenaza proferida por el acriminado con anterioridad, frente al ejercicio de la autonomía de decisión y libre voluntad que pretendió hacer prevalecer L. En consecuencia, se recalifican los hechos de homicidio calificado por alevosía, al delito de femicidio, en razón de la especialidad de la norma. No obstante, se omite el reenvío, en razón de estimar que la sanción impuesta al endilgado cumple con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad con respecto al grado de reproche que corresponde a los hechos perpetrados. En lo demás el fallo se mantiene incólume.”

14. Incumplimiento de Medidas de Protección

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xiv}

Voto de mayoría

“Ahora bien, el tipo penal cuya errónea aplicación se acusa, dice lo siguiente: «*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*» (artículo 43 de la Ley N° 8589). Puede apreciarse con claridad que en este tipo penal no se contempla a la «unión de hecho» como un elemento normativo del tipo (otros tipos penales de la Ley N° 8589 sí la contemplan expresamente, por ejemplo los artículos 21, 22, 23, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39), por lo que en este caso no hay quebranto del principio de legalidad criminal en la aplicación de este tipo penal al hecho acreditado. Ciertamente el artículo 242 del Código de Familia dispone una condición temporal para reconocer *efectos patrimoniales* a la unión de hecho (a saber, que exceda de tres años), pero una unión de hecho pública, notoria, única y estable, aunque no exceda de tres años, si puede considerarse a los efectos del artículo 43 de la Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres (N° 8589), en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado costarricense en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Ley N° 6968 de 2 de octubre de 1984), así como en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem Do Pará, Ley N° 7499 de 2 de mayo de 1995), textos a los que remite la propia Ley N° 8589, en sus artículos 1 a 3, como fuentes de interpretación. Por las razones indicadas se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto.”

15. El Delito de Restricción a la Libertad de Tránsito

[Sala Tercera]^{xv}

Voto de mayoría

“I. El defensor de J presentó casación contra la sentencia # 921, dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito de San José, a las 12:15 horas, del 13 de septiembre del 2010, en la que aquel fue hallado autor responsable de un delito de restricción a la libertad de tránsito, en perjuicio de F, por lo que le fueron impuestos cinco años de prisión. En el primer motivo, arguye el defensor que no se respetó la necesaria correlación entre acusación y sentencia. En la acusación, que el propio Tribunal reconoció que era defectuosa, no se contenía elementos básicos que en el fallo se tuvieron por demostrados. Específicamente, dice el petente, no se dijo que el acusado intencionalmente dejara encerrada a la ofendida, que se llevara el único manajo de llaves que había, ni que hubiera asegurado la cerradura. La falta del primer elemento (de índole subjetiva), impedía la configuración de la conducta típica. Los otros dos, por su parte, también son importantes, porque se refieren a que efectivamente se le restringiera la libertad de tránsito a la señora F. No es atendible el reproche. Aunque con una formulación deficiente, como bien lo señaló el *a quo*, los componentes esenciales del delito aplicado, se hallan contemplados en la pieza acusatoria, en el aparte conducente a esa acción sancionada, o sea en el punto dieciséis (folio 301). Es posible, como lo dijo el Tribunal, que la redacción y exposición de la requisitoria no sea la deseable ni hilvanada, pero eso sucede en cuanto a los otros delitos atribuidos a J. En lo tocante a la restricción de la libertad de tránsito, explícitamente se consignó que, la noche de los acontecimientos, el acusado agredió físicamente a la perjudicada en su domicilio. *“Acto seguido el imputado la encerró en la casa de habitación, privándola de esta forma de su libertad ambulatoria y se llevó las llaves”* (folio 301). Como se ve, los elementos típicos básicos que el impugnante echa de menos, están contenidos en ese enunciado acusatorio. Salvo que se aclare que la privación de libertad efectuada por J obedeció a un equívoco, necesariamente significa que fue hecha de manera intencional. Es más, en nuestro ordenamiento jurídico penal, no existe una figura de “privación de libertad culposa”, sino sólo en su modalidad dolosa. En el presente asunto, en que nos encontramos ante una figura calificada de la privación de libertad, como es la restricción a la libertad de tránsito (artículo 23 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres), con un alcance típico especial y nombre propio, al decirse que “se privó de libertad a alguien”, obviamente implica que se trata de una acción dolosa. Entonces, el elemento subjetivo del tipo penal que el defensor estima como omitido, está contenido en la acusación. Los otros dos aspectos no tiene relevancia típica alguna. Sin embargo, también se comprobará que no lleva razón el recurrente en su alegato. Lo importante es que J afectara la libertad ambulatoria de la víctima al encerrarla. Independientemente de que se llevara o no el único manajo de llaves, o bien de que asegurara o no la cerradura. Esto es, también se configura el

ilícito cuando hay otras llaves, o no se asegura la cerradura, o bien esta no existe. Lo determinante es que, haya o no más llaves, haya o no cerradura, la persona encerrada no pueda salir como consecuencia de la acción del agente. Puede que haya otras llaves o que no haya cerradura, pero si esa persona no puede utilizar tales llaves o vencer los impedimentos que pesan sobre su libertad ambulatoria, el tipo penal se habrá realizado en su aspecto objetivo. Luego, si como ya se constató, igualmente hubo intención de lograr tal resultado, el tipo penal se habría configurado en su totalidad, afectando así el bien jurídico tutelado. Es por eso que se estima que los dos aspectos reclamados por el defensor, carecen de interés. En todo caso, en términos de lo que es habitual en la construcción de nuestras viviendas, la regla es que al cerrar una casa o encerrar a alguien, se asegure la cerradura. De modo que, salvo aclaración en contrario, cuando se dice que “se encerró a alguien en una casa”, es que se aseguró una cerradura. De forma similar, cuando se dice que alguien “se llevó las llaves”, es que se llevó las que había. O sea, que no quedaron otras. Cuando eso sucede, es decir que quedan otras llaves, se hace la aclaración, o se dice que se llevó “unas llaves”, no “las llaves”. En consecuencia, salvo especificación aclaratoria en contrario, ambas afirmaciones de la requisitoria, haber encerrado a alguien y haberse llevado las llaves, significan en la comunicación habitual de los costarricenses, que alguien aseguró una cerradura y que alguien se llevó las llaves disponibles. No obstante, como ya se explicó antes, ambos aspectos carecen de importancia a efectos de la configuración de la conducta típica.

II. En su segundo motivo, reprimina el defensor que en el presente caso no era aplicable el artículo 23 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, porque para eso se requería una unión de hecho, que de conformidad con el artículo 242 del Código de Familia, requiere de una convivencia mayor a tres años. Si en la especie que se discute, esa convivencia tenía poco más de un año, lo que correspondía era calificar el hecho como privación ilegítima de la libertad. En su apoyo, transcribe parcialmente un voto del Tribunal de Casación Penal de San José. Debe rechazarse el agravio. El tema de cuál es el ámbito de aplicación de los preceptos que protegen a las mujeres contra la violencia doméstica y su contraposición a algunas nociones que, erróneamente, se ha intentado traspasar a ese campo normativo especial desde otras áreas de regulación y otra índole de supuestos de hecho, fue discutido por este Despacho en la resolución 1416, dictada a las 9:25 horas, del 22 de diciembre del 2010. En esta se indicó que: “... *la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, establece en su artículo 3, como fuentes de interpretación de la misma, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley Nº 6968, del 2 de octubre de 1984, y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley Nº 7499, de 2 de mayo de 1995 (Convención De Belém do Pará), la cual dispone, en lo que interesa, en el artículo 2), que 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”. Pese a la inconformidad del impugnante, este Despacho avala el proceder del a quo, al haber considerado que la relación personal existente entre el imputado y la ofendida -quienes tenían algunos meses de convivir como pareja en el mismo domicilio- sí se encontraba amparada por la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, integrando para ello, la redacción del artículo 21 de dicha ley, con lo dispuesto en el artículo 2) de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención De Belém do Pará), al ser ésta última, una norma de mayor rango que protege en mayor medida los derechos y garantías de las mujeres víctimas de violencia, a la cual, además, la misma ley remite como fuente de interpretación, según se ha indicado. Debe recordarse, que el Estado costarricense se encuentra vinculado a los principios, derechos y garantías contenidos en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. De ahí que, las decisiones de los Juzgadores, en tanto operadores de la administración de justicia penal, y actuando en representación -parcial- del ejercicio del poder estatal, deban sujetar sus actuaciones, no solo a los principios y garantías establecidos en las leyes, sino también, a aquellos previstos en las normas constitucionales y en el Derecho Internacional y Comunitario a los que Costa Rica se ha adherido. Al respecto, ha indicado la Sala Constitucional: “...Las obligaciones del Estado costarricense como miembro de la Organización de los Estados Americanos, en materia de derechos humanos, derivan de distintas fuentes. En virtud de su ratificación de la Carta, todos los Estados miembros están obligados por las disposiciones sobre derechos humanos incorporadas a ese instrumento que los órganos políticos y de derechos humanos de la Organización han reconocido como contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y definidos por ésta. Esta Declaración constituye una fuente de obligaciones jurídicas para todos los Estados miembros de la OEA. Además, los Estados como Costa Rica, que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos, explícitamente se comprometieron a respetar los derechos humanos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de sus derechos y libertades, sin discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, condición económica, nacimiento u otra condición social. Otros numerosos tratados han complementado y ampliado los derechos contenidos en estos dos instrumentos principales y constituyen obligaciones internacionales adicionales para los Estados miembros que han ratificado los instrumentos o adherido a sus términos. Estos acuerdos incluyen, entre otros... la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”)... Estas disposiciones de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, deben interpretarse en conjunto con otros tratados de derechos humanos y del derecho

humanitario, que en su conjunto crean un régimen interrelacionado y que se refuerza mutuamente de protecciones de los derechos humanos...” (Sala Constitucional, resolución N° 17907-2010, de las 15:07 horas, del 27 de octubre de 2010).” Queda claro a partir de lo allí consignado que, ese ámbito de regulación de la legislación especial dictada en tutela de los derechos de las mujeres contra la violencia, abarca también situaciones como la que se discute en este asunto, sin que resulte válido argüir que, por no haber alcanzado la convivencia una cierta duración (o, podría añadirse, incluso por haberse interrumpido), ese tipo de situaciones pasan a ser normadas o dirimidas por la legislación general. De modo que, a partir de las citadas convenciones, que tienen valor supralegal en nuestro Ordenamiento Jurídico, debe entenderse que la violencia contra las mujeres contempla también a aquellas relaciones recién iniciadas (o bien, puede trascender el marco estricto de la convivencia actual, cobijando incluso las situaciones de convivencia pasada) que den pie a esas acciones contra los derechos de aquellas. Es por ello que no resulta atendible el reparo del quejoso.

III. De todas formas y a mayor abundamiento, con referencia al alegato puramente legal que formula el quejoso, cabe advertir que, como atinadamente lo responde el Ministerio Público en la audiencia concedida al efecto, una cosa es definir las características que debe exhibir una unión de hecho para fines de determinación de los gananciales, y otra dictaminar su existencia para brindar protección penal (calificada) a las mujeres que sufren violencia intrafamiliar. En el primer caso, de lo que se trata es de hacer justicia a la hora de repartir los bienes materiales para los cuales ha habido un esfuerzo común, por lo que la duración y constancia de la relación es importante. En el segundo, se trata de la tutela de los bienes jurídicos más relevantes de esas personas, como son su libertad, su dignidad e incluso la vida. De ahí que, ante la amenaza o afectación de esos bienes jurídicos esenciales, la protección especial establecida por la citada ley, no puede estar sujeta a que se logre mantener una relación de hecho al menos por tres años, como pretende el gestionante. El artículo en mención del Código de Familia, es claro al indicar que: *“La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa”* (el subrayado es suplido). En otros términos, la exigencia de los tres años que esgrime el impugnante, es para que la unión de hecho surta los mismos efectos patrimoniales de un matrimonio formalizado, no para que exista la misma y se de una salvaguarda especializada como la que se discute. Es por eso que la Sala no comparte la disquisición jurisprudencial que el recurrente transcribe, pues esta se plantea un debate que es innecesario. Esto, no sólo por las razones primordiales explicadas en el considerando anterior, sino también porque los alcances del artículo 242 del Código de Familia son inconducentes al tema que nos ocupa, ya que esa norma no define lo que es una unión

de hecho, sino que habla de las condiciones necesarias para que esta tenga cierto tipo de efectos patrimoniales.”

16. El Delito de Amenazas

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]^{xvi}

Voto de mayoría

“I. PRIMER MOTIVO (fondo): **Errónea aplicación de la ley sustantiva.** En el primer motivo de su recurso y de conformidad con los numerales 12, 142, 361, 363 y 369 del Código Procesal Penal; 39 y 41 de la Constitución Política, la defensora pública del encartado denuncia que la sentencia de mérito incurrió en un vicio in iudicando al aplicar erróneamente el artículo 195 del Código Penal, pues la relación de hechos expuesta por el Ministerio Público no contiene los elementos típicos del delito de amenazas agravadas. [...] Por las razones y en la forma que se dirán, el reclamo es atendible. Este órgano de casación estima que la impugnante lleva razón en su planteamiento pues, en efecto y como tesis de principio, la amenaza perpetrada con un arma blanca (cuchillo) no contiene los elementos objetivos típicos del delito de amenazas agravadas por el cual se condenó al encartado. En cuanto a este punto concreto de la queja, la propia representación del Ministerio Público, al contestar por escrito la audiencia concedida en cuanto a la impugnación de la defensa (cfr. folios 38 a 40), coincide y se allana a los argumentos que aquí expone y desarrolla la defensora pública del encartado. Al respecto llama la atención de este Tribunal de Casación la actuación cumplida por la jueza de instancia durante la audiencia oral del debate, pues a la hora de justificar el por qué consideró que en este caso (y pese a que de modo expreso, al describir los hechos probados, ella tuvo absolutamente claro que en la especie nunca medió la utilización de un arma de fuego) se había configurado un delito de amenazas agravadas. En este sentido se tiene que, a partir de la reproducción del DVD donde se registraron digitalmente, en audio y video, los actos del debate, se logra apreciar cómo la citada juzgadora, en dos oportunidades (cfr. archivo digital c0002100727180000 del 27/07/10, a las 18:18:10 y a las 18:25:00), a fin de describir el contenido y la redacción del artículo 195 del Código Penal, procede a tomar en sus manos un documento y empieza a leerlo (de donde se comprende que se trata del texto de dicha norma), siendo sorprendente cómo, al llegar a la palabra "persona", deja de leerlo y lo deposita de nuevo sobre el estrado, cortando así abruptamente su lectura, omitiendo y dejando de lado la segunda parte del artículo, precisamente donde el legislador condicionó la tipicidad de esta conducta de amenazas a que "*el hecho fuera cometido con armas de fuego, o por dos o más personas reunidas, o si las amenazas fueren anónimas o simbólicas*". Sobre ña [sic] tipificación del delito, la autoridad juzgadora dijo: "[...] ¿Por qué considera el Tribunal que esas amenazas son agravadas?, por múltiples razones. En primer lugar, la ofendida es una menor de edad

de doce años. Usted es un adulto, es un hombre. Ella manifiesta que no es la primera vez que usted la amenazaba con agredirla, sin tener usted una razón para amenazarla de esa manera. Considera el Tribunal que esas amenazas con cuchillo que usted le hace a M. son injustas, y son graves en el tanto ella es una menor de edad y usted un adulto. Porta usted un cuchillo, y el cuchillo efectivamente le da poder a usted sobre ella, y el temor y el susto que ella manifestó es una manifestación de ese temor, de esa amenaza que ella siente como real, como posible de que ocurra, aunado al hecho de que usted le dijera que la iba a destripar. Es por ello que el tribunal considera que a usted se le debe sancionar, no por el delito de agresión con arma, sino por el delito de amenazas agravadas que prevé y sanciona el artículo 195 del Código Penal. El artículo 195 del Código Penal, en lo que nos interesa, dice: "será sancionado con prisión de 15 a 60 días o de 10 hasta 60 días multa a quien hiciere uso de amenazas injustas y graves para alarmar o amenazar a una persona" (en este punto la jueza deja de leer y deposita la hoja sobre el estrado). Considera el Tribunal que las amenazas que usted hizo eran injustas, porque no había ninguna razón que lo apoyara a usted para hacerle ese tipo de amenaza a la menor, y además graves, por el hecho de que no solo fueron amenazas verbales (18:18:51), decirle que la va a destripar, sino que la amenaza con el puñal en la mano, el Tribunal considera que eso constituye una amenaza agravada. Y no lo hizo solo para alarmar, que de hecho ocurrió, alarmó a la menor, sino que no sólo la amenazaba a ella, sino que ya la menor había observado que usted amenazaba a su madre con matarla, y se lo manifestó ese día: te voy a matar, o ¿quieres que te mate?, fue lo que usted le dijo a Y., y la menor lo interpretó de esa manera y así lo asumió. Estas amenazas injustas y graves no sólo causaron un temor en la menor, sino daño psicológico, en el sentido de que ella no sólo siente miedo de su persona física, sino que emocionalmente se encuentra afectada en su psique con estos hechos de violencia doméstica, que han venido a acarrear una constante alteración en las emociones de esta niña [...]" (cfr. archivo digital c0002100727180000 del 27/07/10, a partir de las 18:16:11 y hasta las 18:20:10). Y es que, conforme a la redacción **completa** del artículo 195 del Código Penal, para la configuración de las amenazas agravadas se requiere, entre otros elementos, que el arma utilizada para amenazar sea "de fuego", por lo que no calificaría como tal aquella acción en la que medie la utilización de un cuchillo: "**Amenazas agravadas. Artículo 195.**—Será sancionado con prisión de quince a sesenta días o de diez hasta sesenta días multa, a quien hiciere uso de amenazas injustas y graves para alarmar o amenazar a una persona, si el hecho fuere cometido con armas de fuego, o por dos o más personas reunidas, o si las amenazas fueren anónimas o simbólicas (Así reformado por el inciso f) del artículo 1 de la ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002)". [...] De igual manera, tampoco se estaría en presencia del delito de "Amenazas contra una mujer" previsto por el artículo 27 de la Ley N° 8589 de 25 de abril de 2007, publicada en La Gaceta N° 103 de 30 de mayo de 2007, pues tampoco se tuvo por demostrado, ni así venía acusado por parte del Ministerio Público, que para el momento de los hechos entre el encartado y la ofendida Y. mediara una relación de

convivencia en unión de hecho, declarada o no. Al respecto se advierte que, al formular oralmente su acusación en juicio, la representante del Ministerio Público aludió a que el imputado ha sido "*pareja sentimental*" de la citada ofendida en los últimos dos años, sin que llegara a afirmar o sugerir siquiera la existencia de esa relación de convivencia (cfr. registro digital de la audiencia en formato DVD, archivo c0002100723204006 del 23/07/10, a partir de las 20:42:10, según el contador horario), la que tampoco se menciona ni incluyó en la relación de hechos probados que aparece a folio 23. Contrario a ello, lo que se indicó en la sentencia fue que el encartado primero indicó que él vivía en la misma dirección que la ofendida, pero luego aclaró que en realidad vivía en el INVU Las Cañas, en la casa de su madre (cfr. registro digital de la audiencia en formato DVD, archivo c0001100727173050 del 27/07/10, a las 17:43:50, según el contador horario). Es más, en el considerando III de dicha sentencia, destinado al análisis, valoración de prueba y participación del imputado, la jueza reseñó el contenido de la prueba testimonial, a cuyos efectos mencionó que la denunciante Y. dijo que el encartado "*entró a su vivienda sin autorización ni nada, puesto que ya no vivía ahí*" (cfr. registro digital de la audiencia en formato DVD, archivo c0001100727173050 del 27/07/10, a las 17:49:15, según el contador horario), sin que en este caso se haya imputado tampoco, por parte de la Fiscalía, la figura de la violación de domicilio. Así las cosas, llevando razón la impugnante en su reclamo y siendo que en asuntos como el que aquí nos ocupa la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido el criterio (mismo que estos jueces de casación estiman como acertado) de que, con base en el numeral 46 del Código Procesal Penal, en sede de casación y con base en el recurso formulado por la defensa, es factible y procedente *recalificar* un hecho probado en juicio y aplicar directamente una figura contravencional, tal y como sucede en la especie, donde la acción de amenazar con un arma blanca no llega a configurar un delito sino una simple contravención: "*[...] En lo relativo al hecho que los juzgadores identifican con la letra "c", en el sentido de que el denunciante, antes de marcharse, "... le mostró a la encartada un cheque que portaba en su billetera y le dijo que si se lo hubiera quitado sí le habría hecho problema, lo que motivó que la encartada se abalanzara contra él con el cuchillo en la mano, forcejearon y él la despojó del arma, para posteriormente abandonar la vivienda en medio de insultos por parte de la encartada y temiendo por su vida*" [...] aprecia la Sala que el Tribunal, ni en ese ni en ningún otro aparte de la sentencia, estableció que el uso del arma estuviese encaminado a apoderarse del referido título valor y, al contrario, hizo énfasis en que las acciones desarrolladas por la justiciable tuvieron por exclusivo objeto el dinero que se hallaba dentro de la billetera [...] por lo que, de nuevo, las amenazas parecían dirigirse a obtener que el ofendido se retirase del sitio. Debe apuntarse, por último, que tampoco la sentencia (ni la acusación formulada por el Ministerio Público) describen acciones de acometimiento que la encausada hubiese realizado con el arma, capaces de configurar, por sí mismas, otro tipo penal. En esta tesitura, asiste razón a los impugnantes en su reclamo de que el a

quo aplicó de modo erróneo las previsiones que sancionan el robo agravado por el uso de armas, ya que, en la especie, este uso no se produjo como un medio para vencer la resistencia del sujeto pasivo y obtener el despojo de los bienes. En esta tesitura, concluye la Sala que la conducta punible descrita en el fallo se adecua en efecto a las previsiones que sancionan la contravención de Hurto menor, atendiendo asimismo al valor de los bienes sustraídos [...] Así las cosas, procede casar el fallo por el fondo en cuanto condenó a la imputada por el delito de [...] imponiéndole cinco años de prisión y, en su lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Código de rito y tomando en cuenta que en su oportunidad las partes no arribaron a ningún acuerdo conciliatorio, se declara a [...] **AUTORA RESPONSABLE DE LA CONTRAVENCIÓN DE HURTO MENOR, que prevé y sanciona el inciso 1 del artículo 388 del Código Penal, en daño de [...] en tal carácter se le impone el pago de [...] DÍAS MULTA A RAZÓN DE [...] COLONES EL DÍA, PARA UN TOTAL DE [...] COLONES** que deberá cancelar a favor de la Junta de Adaptación Social dentro de los quince días posteriores a la firmeza de este fallo. Para fijar la pena, toma en cuenta la Sala la naturaleza y entidad de la conducta reprochada descrita y el daño causado; el valor económico de lo sustraído (entre diecisiete mil y dieciocho mil colones), la forma de ejecución del hecho a la que se viene haciendo referencia y las condiciones personales de la encausada, quien es persona joven, sin dependientes, ebanista y posee ingresos semanales por diez mil colones. Se mantiene lo resuelto por el a quo en cuanto impuso a la sentenciada el pago de las costas del juicio [...]" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2000-1419 de las 9:20 horas del 15 de diciembre de 2000). Con base en lo anterior, por criterio de unanimidad y conforme así lo señala y pretende la propia defensora pública que aquí recurre, en este caso procede casar por el fondo la sentencia oral de mérito en cuanto se condenó al encartado como autor responsable de un delito de amenazas agravadas y, en su lugar, se *recalifican* los hechos probados, concretamente la conducta perpetrada por el acusado consistente en haber amenazado a las ofendidas mediante la utilización de un arma blanca, y se declara a éste como autor responsable de la contravención de "amenazas personales" prevista en el numeral 384 inciso b) del Código Penal (la cual está vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe aplicarse al caso concreto), que indica lo siguiente: "Se impondrá de tres a treinta días multa a quien: [...] **Amenazas personales 2) Amenazare a otro o a su familia (Así reformado por el artículo 2 de la ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002 y así modificada la numeración de este artículo por el numeral 9 de ley N° 7538 de 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del 378 al 380)". "**

17. El Delito de Fraude de Simulación

[Sala Tercera]^{xvii}

Voto de mayoría

“III. Tercer Motivo. Errónea Aplicación de la Ley Sustantiva, artículos 218 en relación al 216 incisos 1) y 2) del Código Penal, e inobservancia del numeral 37 de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica. Estiman los impugnantes que el Tribunal Penal limitó la defensa al exponer distinto rango de prescripción, porque de haberse aplicado como correspondía la Ley número 8589, del 12 de abril de 2007, denominada Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, que establece en el artículo 37, el ilícito de *“Fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales”*; era factible gestionar la prescripción de la acción penal, debido a que *“los plazos son más reducidos y en este caso se encuentran totalmente vencidos y así debe declararse”*. Refieren que de acuerdo con el citado numeral, el objetivo principal es proteger los derechos de las víctimas, castigando las diversas formas de violencia, como por ejemplo la patrimonial, y que conforme con los numerales 39 y 41 de la Constitución Política; 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 1º del Código Penal, no resulta suficiente para sentenciar a una persona, precisar el espíritu del legislador al momento de promulgar una disposición normativa, sino que el actuar debe describirse y penalizarse claramente con el fin de que pueda ser reprochado. Por lo anterior, señalan que se debió aplicar la Ley 8589 del año 2007, que contempla una sanción menor que la prevista para el delito de fraude de simulación, *“cuando es realizado por aquel que tiene la condición especial descrita en el tipo penal (esposo o concubino), si lo relacionamos con la norma general contenida en el artículo 218 del Código Penal”*. En ese sentido, aseguran que para la fecha de los hechos querellados (2005) el tipo penal aplicable, del 218 era conforme con el artículo 11 del Código Penal, debido a que la ley 8589, se promulgó en el año 2007, no obstante según los artículos 12 y 23 de la ley penal sustantiva debe aplicarse el supra citado numeral 37 de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica, por tratarse de una norma sustantiva más favorable, que establece una pena menor a la prevista en el Código Penal. En resumen, sostienen los deponentes que al valorar los antecedentes de violencia doméstica contenidos en la acción civil y en la querrela, es imperioso determinar que el fraude de simulación reprochado se refiere al delito previsto en la ley 8589, que en la especie se encuentra prescrito por transcurrir el respectivo plazo de ley. Por lo anterior, pretenden que así se declare. **El motivo se acoge por las razones que se dirán.** A manera de preámbulo, se logra determinar que el “fundamento” dado por los abogados litigantes en el presente motivo, consiste prácticamente en transcribir en gran medida, incluyendo citas doctrinarias (cfr. folios 383 a 388), parte del segundo considerando de la sentencia nº 2009-713, de las 11:05 horas, emitida por esta Sala, misma que

brevemente se mencionará, más adelante por el interés que reviste, al haberse interpuesto en fecha 3 de febrero de 2010 (cfr. folio 390 vuelto), pues a la luz de la ley Nº 8837, denominada “Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal”, publicada en la Gaceta Nº 111, Alcance A del 9 de junio de 2010, que entró en vigencia desde el 9 de diciembre del 2011, ese motivo sería manifiestamente infundado. Determina este Órgano Jurisdiccional que el reclamo por vicios *in iudicando* no altera el hecho probado que indudablemente reflejó un cuadro de violencia doméstica, entre una pareja que convivió por un lapso aproximado de diez años y fruto de ese vínculo engendraron tres hijos. Unión que se disolvió debido a la interposición de medidas de protección por violencia doméstica, donde se le ordenó a la ofendida salir del domicilio familiar establecido, al punto que el imputado posteriormente ideó fingir un contrato de donación a favor de sus hijos con la finalidad de impedir el disfrute por parte de su excompañera de los bienes gananciales (cfr. folios 363 a 365). En efecto, el 12 de abril de 2007, la Asamblea Legislativa de Costa Rica, aprobó la Ley Nº 8589, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, publicada en la Gaceta Nº 103, del 30 de mayo de 2007, que en su numeral 37, establece el tipo penal de “*Fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales*”, el cual refiere: “*Será sancionada con pena de prisión de ocho meses a tres años, la persona que simule la realización de un acto, contrato, gestión, escrito legal o judicial, sobre bienes susceptibles de ser gananciales, en perjuicio de los derechos de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, siempre que no configure otro delito castigado más severamente*”. En ese sentido, el legislador dispuso que las disposiciones de carácter general previstas en el Código Penal se aplicarán de igual manera a los hechos ilícitos contemplados en leyes especiales, mientras estas no contemplen nada en contrario. Establecieron además que, los delitos se juzgarán de acuerdo con las leyes en vigor en el tiempo de su ejecución y que si con posterioridad a tal comisión u omisión, se aprueba un nuevo mandato legal, el hecho punible se regirá por la norma sustantiva que beneficie en mayor medida al sindicado en el proceso penal específico que se trate, lo anterior según los numerales 3, 11 y 13 de dicho Código, en concordancia con los artículos 11, 39, 121 inciso 1) y 129 de la Constitución Política. Así las cosas, la Sala advierte que el Tribunal Penal de Juicio, incumplió con la ineludible obligación de ponderar para el caso en concreto la aplicación de la ley sustantiva, de acuerdo con el principio *iuria novit curia*, es decir, los jueces conocen el derecho y por ende se encontraban compelidos a aplicarlo, pues si bien es cierto para la fecha del hecho querellado, 23 de mayo de 2005 (cfr. folio 362), la figura penal a aplicar era el 218 del Código Penal, sin embargo, el debate oral y público se realizó el día 7 de enero del año 2010 (cfr. folios 357 a 360), o sea, aproximadamente más de tres años, posterior a la entrada en vigencia de la supra citada ley especial de penalización de la violencia contra las mujeres. Obsérvese que de la lectura de la resolución que aquí se discute,

no se determinan razones para inobservar la aplicación del precepto 37 de dicha ley especial, que verdaderamente resulta más favorable para el acusado, al prever una pena privativa de libertad de ocho meses a tres años, menor a la estipulada en el artículo 218 en relación con el numeral 216 inciso 2) del Código Penal, de seis meses a diez años, si la suma defraudada supera diez veces el salario base, como bien acontece con simular un contrato de donación de un bien inmueble (matrícula 522010-000, partido de San José), ubicado en el distrito de Ciudad Colón, Cantón de Mora (cfr. folio 336). Por ello, es relevante detenerse en el contenido del artículo 23 del Código Penal que señala que, cuando una misma conducta esté contenida en diversas disposiciones normativas que se excluyan entre sí, únicamente se podrá aplicar una de ellas, predominando la norma especial sobre la general, como sucede en el caso de marras. Al respecto, esta Cámara según fallo N° 2009-713, de las 11.05 horas, del 20 de mayo de 2009, afirmó: “... En consecuencia, teniendo claro que la acción acusada responde al mismo supuesto de hechos sancionados en las dos figuras penales en cuestión, la determinación sobre cual norma aplicar debe encontrarse regido por los criterios de especialidad y novedad, de conformidad con los principios generales del derecho penal, (...) tomando en consideración los antecedentes de violencia doméstica referidos en la acusación, la acción civil y la querrela, se concluye que el fraude de simulación acusado hace referencia al tipo penal contenido en la Ley de penalización de violencia contra la mujer, en cuyo caso, la acción penal se encuentra prescrita, por haber transcurrido de forma evidente el plazo correspondiente (...) En otras palabras, la posibilidad de distraer del dominio patrimonial de una mujer, los bienes gananciales que dispone, se encuentra sujeta a la facultad que tiene el cónyuge o su equivalente, de poder sacar legalmente de su propia esfera de pertenencias aquellas que le correspondían proporcionalmente producto del vínculo matrimonial, de una forma simulada...”. Finalmente, al aplicarse la ley especial en mención, que establece el delito de Fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales, se concluye que el tiempo transcurrido entre el primer señalamiento que convoca a audiencia preliminar que fue el 7 de junio del 2007 (cfr. folio 292) y el señalamiento a juicio que fue el 8 de octubre del 2009 (cfr. folio 340) es de dos años y cuatro meses, período en el que sobradamente transcurrió el plazo del año y medio, que es el plazo en el que el Estado podía ejercer el *ius puniendi* contra el imputado, según lo establecido en los artículos 31, 32 y 33 del Código Procesal Penal. Sumaria que ingresó a este Despacho hasta el día 19 de febrero del año 2010 (cfr. folio 393). En resumen, se debe declarar la prescripción de la acción penal que alcanza a los dos hechos ilícitos, el primero, al simular Segura Quirós la donación del inmueble matrícula 522010-000, Partido de San José, a favor de sus hijos (cfr. folio 364); y el segundo, por desmejorar el valor real del vehículo Mazda, placas CL 127303, al respecto el *a quo* señaló: “... lo cierto es que impone una carga prendaria sobre el mismo que evidentemente desmejora el derecho patrimonial de la ofendida respecto a dicho bien, lo anterior por cuanto se aprecia que el gravamen prendario impuesto al citado automotor ocurre en fecha dos de setiembre

de dos mil cinco a tan sólo cuatro meses de finalizada la unión de hecho y luego de tres meses de que la ofendida había interpuesto la demanda de reconocimiento de la unión de hecho en procura de asegurar la tutela de su expectativa de ganancias respecto de los bienes adquiridos durante dicha unión - ver certificación registral a folio 108 y 111 de expediente 07-000527-647-PE” (cfr. folio 369). En razón de ello, se procede absolver al querellado, por la referida ley penal sustantiva aplicable.”

18. El Delito de Fraude de Simulación y la Comunicabilidad de las Circunstancias

[Sala Tercera]^{xviii}

Voto de mayoría

“II. [...] Efectivamente, no existe discusión alguna, de que el espíritu de la Ley de Penalización de violencia contra la mujer responde al deseo de los legisladores, de resguardar con mucho mayor ímpetu aquellos actos donde la mujer; social, cultural y legalmente se encuentra en una situación de desventaja por la simple condición de género dentro de una relación conyugal o su equivalente. No duda esta Cámara, que todo tipo de violencia ejercida en contra de un individuo en general y, principalmente, la ejercida sobre aquellos que pueden poseer un cierto grado de vulnerabilidad, como lo pretende hacer ver la Ley en cuestión, es colectivamente reprochable y, por ello, los alcances de dicho cuerpo normativo, refuerzan la misión del Estado de erradicar un problema social, que tanto daño ha causado no sólo a las víctimas en particular, sino también al bienestar de la familia y la comunidad en general. Sin embargo, de conformidad con el principio de legalidad que se tutela en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política; 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y; 1 del Código Penal; para condenar a una persona por un determinado delito, no basta con deducir la intencionalidad que tuvo el legislador a la hora de conformar un determinado cuerpo normativo, sino que su conducta debe encontrarse descrita y penalizada de forma clara y específica dentro de la misma, a efecto de poder ser objeto de reproche. Consecuentemente, queda claro que el delito contemplado en la Ley 8589 del 2007, que fue aplicado en el presente caso –indistintamente a la finalidad que tuvieron los legisladores– viene a tutelar con una pena mucho menor el fraude de simulación, cuando es realizado por aquel que tiene la condición especial descrita en el tipo penal (esposo o concubino), si lo relacionamos con la norma general contenida en el artículo 218 del Código Penal. No obstante, tomando como base la línea democrática que caracteriza nuestro país, en cuyos pilares estructurales se refleja una división tripartita del Poder, regido por un sistema de pesos y contrapesos, cada uno de los denominados “Poderes de la República” tiene claramente delimitadas sus funciones –en estricto apego a la Constitución – para ejercer y controlar entre si, la potestad otorgada por el pueblo, tal

y como lo refiere Rubén Hernández Valle al comentar a Montesquieu: “...cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados , el poder legislativo está reunido al poder ejecutivo, no existe libertad... Montesquieu pone el acento más sobre el equilibrio que sobre la separación de poderes, subrayando que cada uno de los tres poderes no sólo tiene la facultad de dictar disposiciones con un contenido determinado (*faculté de statuer*) , sino también y, sobre todo, de controlar las decisiones emanadas de otros poderes (*faculté de empêcher*)...” (HERNANDEZ VALLE, Rubén. “El Derecho de la Constitución.” Volumen I. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1993. p. 264). Dicho equilibrio sugerido por el autor de referencia, establece ciertas disposiciones que conllevan un impedimento respecto a cada uno de los llamados “poderes” de asumir las funciones del otro, a fin de evitar desnaturalizar la estructura estatal. Dentro de esas tareas que específicamente se le encargan a uno de estos entes en específico, se encuentra la regulada en el artículo 121 inciso 1), de nuestra Constitución Política, que al respecto expresa: “Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: 1) Dictar las leyes , reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica...” (El subrayado es propio). En ejercicio de tal facultad constitucional, la Asamblea Legislativa consideró pertinente incluir dentro de una norma especial, lo que denominó: “*Fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales*” , cuyo texto en específico reza: “*Será sancionada con pena de prisión de ocho meses a tres años, la persona que simule la realización de un acto, contrato, gestión , escrito legal o judicial, sobre bienes susceptibles de ser gananciales, en perjuicio de los derechos de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, siempre que no configure otro delito castigado más severamente...*” (Artículo 37 , de la Ley 8589, del 12 de abril de 2007). Esta descripción contenida en el supuesto de hecho, no hace distinción alguna de cuantías , sino que resalta como parámetro de aplicación , únicamente aquellas contrataciones simuladas sobre bienes susceptibles de ser gananciales, en perjuicio de una mujer en matrimonio o unión de hecho, disponiendo para tales efectos una sanción de ocho meses a tres años de prisión al infractor. Lo anterior, a diferencia del artículo 218 del Código Penal, que regula el fraude de simulación conforme a los parámetros cuantitativos de penalidad establecidos en el artículo 216 idem , de forma tal, que si lo defraudado excediere de diez veces el salario base, la penalidad sería de diez años máximo , y si fuera menor hasta tres años. Tal comparación tiene gran relevancia a la hora de definir cuál norma aplicar ante la dicotomía existente entre ambas figuras, ya que los efectos varían sustancialmente a la hora de definir cuestiones como: la condena de ejecución condicional de la pena (artículo 59 del Código Penal), la suspensión del proceso a prueba (artículo 25 del Código Procesal Penal), o bien , los plazos de prescripción (artículo 31 del Código Procesal Penal). Para tales efectos, se debe tomar en cuenta que para la fecha en que se desarrollaron los hechos (1999), el tipo penal a aplicar era el contenido en el artículo 218 del Código Penal, si seguimos lo preceptuado en el

artículo 11 idem , que señala: “...los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión.-” , pues la Ley de penalización de violencia contra la mujer , se promulgó hasta el año 2007. Respecto a la aplicación de la ley penal en el tiempo, existe un principio general a saber; *toda acción se debe regir por la ley vigente en su tiempo (tempus regit actum)*, no obstante, para lo que nos atiende en el presente caso, existe una excepción a tal premisa que es preciso tomar en consideración, tal y como refiere Velásquez Velásquez, al decir que: “*el carácter irretroactivo de la ley se excepciona cuando ella es más benigna que la anterior, lo cual se explica por la vigencia amplia del postulado favor rei...*” (VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 2004. p.141). En igual sentido , el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos , en lo que interesa señala: “...*Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*” Así también , el artículo 12 del Código Penal , refiere: “...*Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue*”. Atendiendo a los preceptos doctrinales y normativos anteriormente indicados, es preciso establecer, que la norma más favorable es, indiscutiblemente , aquella que el legislador promulgó paradójicamente , en una ley de naturaleza “proteccionista” , entendido este último término , desde un punto de vista victimológico. Efectivamente, la sanción contemplada en el artículo 37 de la Ley de penalización de violencia contra la mujer , contempla una pena comparativamente menor , a la que se establece en la figura que regía al momento en que se perpetraron los hechos acusados (artículo 218 del Código Penal), sin que exista ninguna disposición fáctica o jurídica, que le impida al a quo, adecuar la acción acusada dentro de la norma especial. Este concepto de especialidad, nos remite también a las reglas de interpretación que deben atenderse a la hora de definir la figura penal a aplicar, cuando existen dos posibles regulaciones distintas. Bajo tal tesis el artículo 23 del Código en rito, establece en lo que interesa lo siguiente: “...*cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, sólo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general...*”. Es decir, el delito contemplado en el artículo 218 del Código Penal, responde a un precepto general, mientras que lo establecido en el artículo 37 de la Ley antes citada, se encasilla como la norma especial, por regularse una acción –específicamente– en casos donde opera violencia patrimonial sobre los bienes gananciales de una mujer en matrimonio o unión de hecho. Aducir que el numeral de la Ley especial en cuestión, no excluye la aplicación de la norma general por referir al final de su contenido, la frase: “...*siempre que no configure otro delito castigado más severamente...*”, no puede ser de recibo en el presente caso, pues significaría una desaplicación implícita de dicho precepto legal en todos los casos, ya que en la regulación vigente, la ley que mejor protege el bien jurídico pretendido por la norma especial, es el Código Penal. Si bien es

cierto, es notorio el contrasentido que surge con la presente técnica legislativa, los Jueces no cuentan con la potestad de modificar las leyes a conveniencia de un interés específico, sino que su función se limita a aplicar las mismas conforme se ocupe para cada caso concreto. En consecuencia, teniendo claro que la acción acusada responde al mismo supuesto de hecho sancionado en las dos figuras penales en cuestión, la determinación sobre cual norma aplicar debe encontrarse regido por los criterios de especialidad y novedad, de conformidad con los principios generales del derecho penal, antes acotados.-

No se equivoca el Tribunal, al otorgar la calificación legal objeto de discusión en el presente reclamo, cuya prescripción debe entenderse de forma intrínseca como consecuencia directa de la punibilidad dispuesta por el legislador para tales supuestos, sin que se pueda entender dichos efectos, como una modificación retroactiva de normas procesales, tal y como lo pretende hacer ver la recurrente. En consecuencia, tomando en consideración los antecedentes de violencia doméstica referidos en la acusación, la acción civil y la querrela, se concluye que el fraude de simulación acusado hace referencia al tipo penal contenido en la Ley de penalización de violencia contra la mujer, en cuyo caso, la acción penal se encuentra prescrita, por haber transcurrido de forma evidente el plazo correspondiente. [...] Finalmente, sobre la incorrecta aplicación del artículo 37 de la Ley 8589-07, a terceras personas ajenas a aquella que posee la condición de cónyuge o concubino, cabe indicar que la redacción de la norma no excluye la posibilidad de aplicar las reglas de la coautoría y la participación, en este tipo de delito, desde el momento en que se regula una acción ilícita compleja que incluye dentro de algunos de sus presupuestos la existencia mínima de dos personas, para poder concretar el fraude en cuestión, como lo es el caso del "contrato". En otras palabras, la posibilidad de distraer del dominio patrimonial de una mujer, los bienes gananciales que dispone, se encuentra sujeta a la facultad que tiene el cónyuge o su equivalente, de poder sacar legalmente de su propia esfera de pertenencias aquellas que le correspondían proporcionalmente producto del vínculo matrimonial, de una forma simulada, cuya tarea no hubiera podido ser realizada sin el contubernio de los aquí acusados. Sobre tal aspecto, sería incorrecto considerar que al propio cónyuge se le aplicaría una penalidad de hasta tres años y a los que participan (en sentido amplio) con él, una sanción de hasta diez años de prisión, dependiendo de la cuantía. Sobre tal problemática, la Sala ha indicado, al referirse sobre la autoría y participación de los delitos especiales lo siguiente: *"... Si bien es cierto la doctrina en sentido estricto excluye de la categoría de "partícipes" a los coautores, quedando reservada para los cómplices e instigadores, no es esa la terminología que sigue nuestro Código Penal. Al aludir a los "partícipes", el artículo 49 no se refiere únicamente a los cómplices e instigadores, sino que incluye en él también a los coautores. Partir de lo contrario, implicaría llegar al absurdo jurídico que un coautor comete un ilícito especial (peculado, por ejemplo), mientras que el otro coautor, por ausencia de calidades*

personales, comete otro (estafa o robo, por ejemplo); en consecuencia, a actuaciones y voluntades simétricas, se estaría dando diversa solución, solamente por la ausencia de una condición personal, como pretenden los recurrentes. La otra solución es menos congruente con la sistemática de la aplicación de la norma penal, porque consistiría en sancionar, ya no como coautor (vista la ausencia de las mencionadas condiciones especiales), sino como cómplice a quien en realidad tuvo dominio del hecho, incurriéndose así en una ficción para intentar resolver un problema de calificación, cual si se tratara de una cuestión de intervención en la acción ilícita; es decir, para suplir una falencia en la aplicabilidad de una calificación jurídica, se recurre a obviar o torcer la efectiva participación tenida por el agente. Antes bien, la figura del coautor está expresamente prevista en el artículo 45 de ese Código y su régimen de recriminabilidad por condiciones ajenas, al igual que para los instigadores y cómplices, está prefijado por los numerales 48 y 49 siguientes, que no hacen distingo en cuanto a los sujetos a que se refieren, por lo que habrá de entenderse que es a los aducidos en los artículos 45 (coautores), 46 (instigadores) y 47 (cómplices). Aparte de eso, el panorama es aún más claro si se confronta el artículo 71 de dicho Código, que se refiere indiferenciadamente a la personalidad del "partícipe" al fijar la pena, aludiendo a este como figura siempre presente en una condenatoria (extendiéndolo incluso al autor único), lo que no sucedería si sólo aludiera a los cómplices o instigadores, de presencia eventual. En realidad, como se dijo, nuestro Código Penal utiliza la terminología "partícipes" en un sentido amplio, referida a todos los que hubieren intervenido en la realización del hecho punible, ya sea como autores, cómplices o instigadores, sin hacer la distinción que hace la doctrina al referirse al concepto jurídico de "partícipes". Por ende, el Código Penal sí contempla a los coautores en el artículo 49 (comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes) (resolución # 565-F-94, de 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994). Contrario a lo indicado por los recurrentes, en esta resolución no se está diciendo que no pueden existir cómplices o instigadores en el delito de peculado. Lo que se indica es, que las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos, entendiendo partícipes en un sentido amplio, es decir, comprensivo tanto de los autores como de los cómplices o instigadores..." (Sala Tercera. Voto: 2006-700, de las 9:45 horas del 7 de agosto de 2006. En igual sentido, 340-2007, de las 9:35 horas del 13 de abril de 2007). En el caso particular, los coimputados conocían los antecedentes de violencia doméstica que tenía T. con R., al punto que tal afirmación se deduce de la propia acusación, querrela y acción civil resarcitoria, incluyéndose entre ellos –obviamente– a quien ahora recurre, pues dicho presupuesto fue tomado como parte de la narración del cuadro fáctico que se le atribuyó a los encartados I. y E., para incluirlos dentro del fraude de simulación acusado, señalando: "... R., a fin de comparecer en el proceso de violencia doméstica que se seguía en su contra procedió a hacerse asesorar del coencartado E., quien efectivamente comparece como abogado del encartado R. entrando en conocimiento de la causa que se le seguía así como de los

problemas de violencia doméstica y separación de la pareja... Con la interposición de la demanda de violencia doméstica el señor R. y dado que para ese momento tenía relaciones extramatrimoniales con la imputada I., con la intención de desviar del caudal financiero que lo constituía los bienes gananciales, procedió a asociarse con el encartado E. y la encartada I. para distraer dichos bienes sacándolos del patrimonio familiar, simulando la donación de los bienes inmuebles que se encontraban registralmente a su nombre, situación en la que están de acuerdo los encartados I. y E...” (Ver folio 761); y así fue considerado por el Tribunal en la fundamentación del sobreseimiento definitivo dictado de manera oral (Ver grabación correspondiente al dictado del sobreseimiento), aduciendo que no había objeción en acreditar el conocimiento previo de los coimputados sobre el cuadro de violencia y disolución del matrimonio que pasaron los ya fallecidos R. (imputado) y T. (ofendida). En consecuencia, no cabe duda que la calificación legal sugerida por el Ministerio Público en las conclusiones del debate y que fuera debidamente acogida por el Tribunal de mérito, es la que corresponde aplicar en la especie que nos ocupa, con la prescripción de la acción como consecuencia de los plazos de penalidad contenidos en la ley especial a aplicar, sin que la ausencia del vínculo matrimonial formal o informal en los imputados I. y E., entre sus condiciones personales, signifique inconveniente alguno, en razón de que el fraude de simulación lo realizaron en asocio con R. (esposo de la víctima), a fin de distraer los derechos de su esposa sobre los bienes gananciales, tal y como se tipifica en el artículo 37, de la Ley de penalización de la violencia contra la mujer. Se declara sin lugar el presente motivo de casación.”

19. ¿Aplicación del Beneficio de Ejecución Condicional de la Pena?

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{xix}

Voto de mayoría:

“ÚNICO: El licenciado Michael Ureña Camacho, defensor público del acusado, en su recurso de apelación, presenta su inconformidad con que el Tribunal no le hubiera otorgado a su defendido el beneficio de ejecución condicional de la pena. Explica que, ante el Tribunal de sentencia, la defensa solicitó que se le otorgara dicho beneficio, puesto que el acusado cumplía con los requisitos, sin embargo, al leer la sentencia se da cuenta de que no fue escuchada su pretensión y, además, que las razones que se dieron para denegar esta opción no fueron criterios válidos, por ejemplo, que el imputado podía reincidir en ese tipo de delitos lo que, para la defensa, representa una duda en perjuicio de su defendido. Tampoco comparte que se dijera que el acusado requería de pasar un tiempo en prisión cuando, más bien, durante el período de prueba se podría establecer que M se sometiera a algún tipo de programa o terapia. Desde esta perspectiva, el recurrente advierte que la sentencia no indica las razones

por las que no se podría imponer este tipo de condiciones para evitar la prisionalización. Solicita, se declare con lugar el reclamo y se otorgue a su defendido el beneficio de ejecución condicional de la pena o, subsidiariamente, se ordene el reenvío para que se fundamente el tema en cuestión. El Ministerio Público no presentó su criterio. Se declara sin lugar el recurso. Previo al análisis del tema que, puntualmente, ha propuesto el recurrente, esta Cámara de Apelación considera necesario hacer una observación oficiosa respecto a la calificación jurídica de los hechos que aquí se conocen, porque se detecta que hubo un error en la calificación jurídica que, sin embargo, no puede modificarse en perjuicio del acusado. En ese sentido, sucede que la sentencia tuvo por cierto que el imputado N y la ofendida A, desde el momento en que se interpuso la denuncia por violencia doméstica, que originó este proceso, ya habían finalizado su vínculo sentimental (cfr. hecho probado 1 folio 132) de manera que resulta evidente que ya no se trataba de un caso en que se pudiera aplicar la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres porque, dicha normativa, en su artículo 2, restringe el ámbito de aplicación a los casos en que se trate de un matrimonio o una relación de hecho, declarada o no y, de esta forma, se dejó por fuera casos como el presente, en que desde tiempo antes ya había cesado la convivencia. Sobre este mismo tema ya este Tribunal, con una integración similar a la actual, tuvo oportunidad de pronunciarse. En ese sentido, el voto N° 2010-0966, de las 10:20 hrs del 26 de agosto de 2010, en lo que interesa refirió: *"Ahora bien, independientemente de lo que se ha expuesto, lo que encuentra este Tribunal es que el Juzgador aplicó erróneamente la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, al condenar al acusado por incumplimiento de una medida de protección, delito previsto y sancionado en el artículo 43 de dicha Ley. El error que se menciona se produjo porque el Juzgador no tomó en cuenta que M. J. B. solicitó las medidas de protección, ante el Juzgado de Violencia Doméstica del Segundo Circuito Judicial de San José, cuando ya había finalizado su relación de pareja con el aquí imputado. Es de esta forma que en los hechos probados (ver folio 268), se indica que... era el ex-compañero sentimental de... En ese sentido, este mismo Tribunal, con una integración parcialmente diferente a la actual, resolvió un caso similar, en relación con la necesidad de que los delitos previstos en la Ley en comentario, ocurran en el ámbito de una relación de pareja, ya sea matrimonio o unión de hecho, criterio que aquí se comparte. Es así como, en el voto N° 2009-1395 de las 11:20 horas del 17 de diciembre de 2009..."*

: En este caso ocurre algo parecido aunque, sin embargo, no se puede modificar la pena porque resultaría en perjuicio del acusado si se toma en cuenta que los hechos investigados ocurrieron a partir del mes de marzo del año 2012 (ver folios 133 a 134) fecha para la que el delito de desobediencia a la autoridad, según el artículo 307 del Código Penal, que era el que debió aplicarse, contiene un extremo punitivo más grave, porque va de seis meses a tres años de prisión, mientras que el delito previsto en el

artículo 43 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres va de los seis meses o los dos años, de modo que aun cuando la correcta calificación jurídica de los hechos es por desobediencia a la autoridad, como así se corrige, esto no puede implicar un cambio en el monto final de pena que se impuso bajo un extremo punitivo más favorable. Ahora bien, también ocurre que, en este caso, al imputado se le condenó por los delitos de amenazas y ofensas a la dignidad de una mujer cuando no era posible aplicar dichas figuras, por la misma razón que se ha indicado, en el sentido de que el acusado y la ofendida no eran un matrimonio ni mantenían una unión de hecho cuando sucedieron los hechos. Sin embargo, conforme se tuvo por demostrado en la sentencia (ver folios 132 a 134) cada uno de estos delitos ocurrió al mismo tiempo en que se dieron las desobediencias a la autoridad. Entonces, lo que procede es revocar también esta parte de la sentencia para que los hechos se tengan, únicamente, calificados como un concurso material de delitos de desobediencia a la autoridad, manteniéndose la pena definitiva, que se estableció en tres años de prisión. Ahora bien, respecto al punto que reclama la defensa, porque no se otorgara el beneficio de ejecución condicional de la pena, sucede lo siguiente: en primer lugar, es claro que esta concesión es una facultad exclusiva del Juzgador quien, como única obligación, debe fundamentar, con criterios válidos y suficientes, por qué opta por no conceder dicho beneficio. En ese sentido, tiene que tomar en cuenta todos los requisitos que determina el artículo 60 del Código Penal entre los que están, además de las condiciones personales del acusado, una ponderación de cuál podrá ser el comportamiento del condenado, en el sentido de que lo haga correctamente sin necesidad de ejecutarse la condena. Precisamente, en este caso, la sentencia consideró lo siguiente: *"Esta juzgadora, analizando estos argumentos y al tenor de los hechos que se han demostrado considera que a pesar de que el imputado N es primario, no puede ser acreedor del Beneficio de Ejecución Condicional de la Pena. No se debe perder la perspectiva de que en este asunto se le achacaban ocho delincuencias de la misma especie cuyas penas sumaban siete años ocho meses de prisión y que ya se vio beneficiado por el concurso material que restringió la pena a TRES AÑOS DE PRISION. El fin de la pena no es sólo sancionatorio sino rehabilitador y es por esta última función de la pena que no se accede a otorgar el beneficio en este caso particular, aún con las condiciones restrictivas que se propusieron por la defensa. Véase que el aquí encartado ha protagonizado un círculo de violencia en contra de la aquí ofendida y su familia que no se rompió a pesar de la separación hace más de dos años. Lastimosamente puede ser producto de formación machista o sesgos de las brechas de género, como indica la señora defensa, pero en este caso tales problemáticas deben ser tratadas mientras el imputado descuenta la pena de prisión impuesta, porque de no ser así resulta sumamente alta la posibilidad de que reincida en el tipo de delitos y que cumpla las graves amenazas de muerte realizadas a la ofendida o ponga en peligro al círculo familiar. Los ciclos de violencia doméstica son repetitivos y es difícil, tanto para el agresor como para la víctima romperlos sin ayuda profesional. En el caso del*

encartado y la ofendida se evidencia una de las características de estos ciclos, a saber que la violencia se va incrementando y las agresiones se van haciendo más graves al punto que no sólo se trata frases gravemente degradantes y denigrantes sino de amenazas de muerte continuas a su expareja como cuando le dice "firmaste tu sentencia de muerte", e incluso se ha pasado a estrados más graves de agresión, porque el aquí imputado en su enojo y afán de evitar que su ex pareja rehaga su vida sentimental, arremete con su propio vehículo chocando el vehículo en que se transportaba su hijo menor de edad y la otra hija del aquí imputado que no tiene -en principio- relación consanguínea con A, evidenciando que no le importó poner en peligro la vida de sus propios hijos con tal amedrentar a doña A. En las ocho acciones patrocinadas por el encartado N en contra de A, que se han tenido por demostradas en el presente proceso, como común denominador se extrae que la orden de un juez no puede contener la ira y enojo del imputado en contra de la víctima, por ello se considera que no es suficiente con otorgar las condiciones restrictivas ofrecidas por la defensa en protección de la víctima en caso de que el imputado N no fuera a prisión al acceder al beneficio, porque incluso el imputado mostró claramente el desprecio por las sanciones del ordenamiento jurídico penal al indicarle expresamente a la ofendida que no le importaba que denunciara los incumplimientos a las medidas de protección porque cuando cumpliera la pena igualmente atentaría contra ella al momento de salir. Jurisprudencialmente se ha establecido que el Beneficio de Ejecución Condicional no es de aplicación automática cuando la pena es inferior al quantum establecido, como en este caso, sino que el juzgador puede apartarse y no otorgarlo, estableciendo claramente las motivaciones que fundamenten su rechazo, lo cual se ha hecho en este caso donde en resumen se considera que para rehabilitarse el aquí imputado debe guardar prisión mientras realiza los procesos de sensibilización respectivos ya que ha mostrado con su actuar que irrespeta las órdenes jurisdiccionales, su clara intención de acabar con la vida de la víctima y de poner en riesgo a la familia de ésta, advirtiendo expresamente que luego de cumplir una pena de prisión nuevamente acometerá contra la víctima y ésta se las pagará. Resultando evidente que cesó en sus ataques porque ha guardado prisión preventiva hasta la fecha y que el hecho de acogerse a un proceso abreviado o el aparente arrepentimiento (sic) mostrado en la vista, contrastados con las graves agresiones demostradas no son suficientes para garantizar que no cumplirá las amenazas hacia la víctima." (ver folios 143 a 145). Contrario a lo que opina el recurrente, la sentencia sí toma en cuenta por qué es necesaria la prisionalización del acusado, en ese sentido se indica que es para proteger a la víctima de un incremento de las agresiones verbales que cometió el acusado y porque este demostró que no tenía la capacidad para respetar una orden de no perturbar la tranquilidad no solo de su ex-pareja, sino también, de sus propios hijos. Además, tampoco es incorrecto que se hubiera considerado el monto de años de prisión que implicaba la sumatoria de todas las penas porque, precisamente, este criterio evidencia que se trató de muchos hechos. Esto fue lo que hizo ver la Juzgadora cuando dijo que, los tres años de prisión,

surgen porque las reglas del concurso material así lo exigían. Lo anterior, tomando en cuenta que la pena más alta que se impuso por cada delito de desobediencia a la autoridad fue de un año de prisión. Por otra parte, el criterio de que el acusado pueda reincidir en ese tipo de delitos no implicó que se invirtiera el criterio de la duda a su favor. Más bien, se trató de que el acusado no tuvo ningún reparo en desconocer las limitaciones que le impuso una autoridad jurisdiccional cuando se le ordenó no molestar, amenazar o perturbar la tranquilidad de la ofendida. En ese tanto, es válida la consideración de que es posible que, estando en libertad, no se ajuste a las condiciones que se le pudieran haber impuesto, porque no ha demostrado que esté en condiciones de hacerlo. Este último aspecto va de la mano del otro criterio expuesto en la sentencia en el sentido de que el acusado requiere de la prisionalización para que, real y efectivamente, la contención lo obligue a recibir los procesos de sensibilización, desde que es evidente que no es igual si estuviera en libertad con la demostración que ha hecho de no acatar voluntariamente las órdenes que se le impartieron. Por último, tampoco resulta de recibo la referencia que ha hecho la defensora titular de este proceso, licenciada Zulay Segura Amador y que consta a folios 159 y 160. En ese sentido, se debe tomar en cuenta que aun cuando a folio 157 aparece una manifestación de A, quien es la ofendida de este proceso, esto no implica que se deba modificar lo que resolvió el *a quo* respecto a la negativa a otorgar el beneficio que aquí se discute. Por el contrario, esta anuencia de la ofendida es una muestra de cómo son los procesos de violencia doméstica al punto de que la afectada, aun cuando sabe que el imputado requiere de ayuda y de tratamiento, como se acordó en el procedimiento abreviado, se siente obligada a pedir la libertad de éste por un sentimiento de lástima para con él e, incluso, hasta por una culpa, muy común en las personas que han estado sometidas a ese tipo de violencia. En definitiva, no hubo ninguna omisión o error en los argumentos que se transcribieron para fundamentar la denegatoria del beneficio que aquí se conoce. En consecuencia, lo que procede es declarar sin lugar el recurso.”

20. Aplicación del Artículo 43 de la Ley de Penalización de la Violencia es Tanto para Hombres como para Mujeres

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xx}

Voto de mayoría

“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."

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.

ⁱ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 58 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintiséis de junio de dos mil trece. Expediente: 11-000606-1027-CA.

ⁱⁱ TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE, SANTA CRUZ. Sentencia 158 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veintiocho de junio de dos mil trece. Expediente: 12-001032-0412-PE.

-
- ⁱⁱⁱ TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1276 de las ocho horas del treinta de septiembre de dos mil once. Expediente: 10-000234-0278-PE.
- ^{iv} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN. Sentencia 377 de las once horas del nueve de septiembre de dos mil once. Expediente: 08-200958-0306-PE.
- ^v SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 992 de las nueve horas con cincuenta y dos minutos del nueve de agosto de dos mil trece. Expediente: 08-000936-0369-PE.
- ^{vi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL DE CARTAGO. Sentencia 36 de las catorce horas con quince minutos del treinta y uno de enero de dos mil doce. Expediente: 11-001011-0219-PE.
- ^{vii} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1057 de las siete horas con cuarenta minutos del cuatro de agosto de dos mil diez. Expediente: 10-001902-0674-VD.
- ^{viii} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN. Sentencia 412 de las diez horas con quince minutos del veintiuno de octubre de dos mil diez. Expediente: 08-203923-0431-PE.
- ^{ix} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1698 de las catorce horas con cincuenta y ocho minutos del ocho de diciembre de dos mil once. Expediente: 11-000743-0485-PE.
- ^x TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO. Sentencia 148 de las catorce horas con veintidós minutos del treinta de abril de dos mil diez. Expediente: 09-201692-0455-PE.
- ^{xi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL DE SAN JOSÉ, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 562 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del diecinueve de marzo de dos mil trece. Expediente: 11-000336-1103-PE.
- ^{xii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 135 de las once horas con ocho minutos del veintisiete de enero de dos mil doce. Expediente: 11-000779-0275-PE.
- ^{xiii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1393 de las nueve horas con cincuenta minutos del diecisiete de diciembre de dos mil diez. Expediente: 08-001452-0063-PE.
- ^{xiv} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 478 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del veintisiete de abril de dos mil once. Expediente: 08-002552-0277-PE.
- ^{xv} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 214 de las nueve horas con cuarenta y cuatro minutos del cuatro de marzo de dos mil once. Expediente: 09-000641-0994-PE.

^{xvi} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN. Sentencia 388 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del siete de octubre de dos mil diez. Expediente: 10-000142-1107-PE.

^{xvii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1837 de las diez horas con cincuenta minutos del cinco de diciembre de dos mil doce. Expediente: 07-000527-0647-PE.

^{xviii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 713 de las once horas con cinco minutos del veinte de mayo de dos mil nueve. Expediente: 00-000101-0276-PE.

^{xix} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL DE SAN JOSÉ, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 28 de las nueve horas con dieciocho minutos del once de enero de dos mil trece. Expediente: 12-000567-0276-PE.

^{xx} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 783 de las ocho horas con cinco minutos del veintitrés de julio de dos mil nueve. Expediente: 08-002838-0647-PE.