

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

APLICACIÓN DESIGUAL DE PENAS SEGÚN EL GÉNERO
EN LOS DELITOS DE NARCOTRAFICO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE
LICENCIATURA EN DERECHO

CARLOS ROBERTO GARCÍA ARAYA

2008



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA INVESTIGACION



04 de febrero del 2008.

Doctor
Rafael González Ballar
Decano
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del estudiante:

GARCIA ARAYA CARLOS ROBERTO


**TITULADO: “APLICACIÓN DESIGUAL DE PENAS SEGÚN EL GENERO EN
LOS DELITOS DE NARCOTRAFICO”**

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente:	LIC. JOSE MIGUEL FONSECA SABORIO
Secretario:	LIC. ROGER MATA BRENES
Informante:	LIC. SEBASTIAN MESEN ARIAS
Miembro:	LIC. ELBERTO MOREIRA GONZALEZ
Miembro:	LICDA.ANA LORENA GONZALEZ VALVERDE

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se fijó para el día **26 DE FEBRERO del 2008 a las 18:00 PM en la SALA DE REPLICAS**.


DR. DANIEL GADEA NIETO
DIRECTOR



Teléfono/Fax 207-4089

San José, 29 de enero del 2008

Señor

Dr. Daniel Gadea Nieto

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Presente

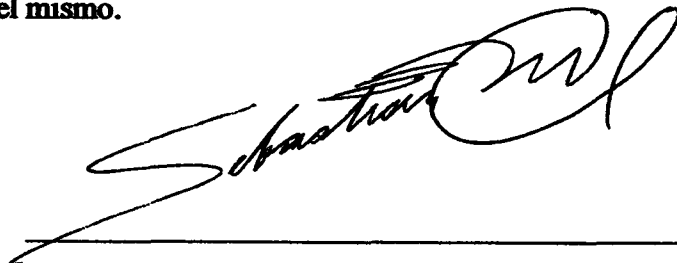
Respetable Doctor:

El suscrito **SEBASTIAN MESEN ARIAS**, en mi condición de Director del Trabajo Final de Graduación titulado: *“Aplicación desigual de Penas Según el Género en los Delitos de Narcotráfico”*, elaborado por la estudiante **CARLOS ROBERTO GARCIA ARAYA**, carné A22076, manifiesto que tras su debida revisión el mismo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo exigidos por esta Facultad.

La estudiante hace un valioso análisis de la trascendencia del género en la sociedad costarricense y además la implicación de este en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual resulta un tema de suma importancia en la actualidad. Además, estudia en un marco teórico los elementos generales que nos remiten a la problemática que se refiere. Finaliza la investigación con el análisis de sentencias condenatorias en los delitos de narcotráfico, de donde se desprenden importantes conclusiones acerca de la igualdad de género en Costa Rica.

Por ende, cuenta con mi absoluta aprobación para que se señale fecha para la realización de la réplica del mismo.

Atentamente,



SEBASTIAN MESEN ARIAS

DIRECTOR

San José, 28 de Enero del 2008

Señor
Doctor
Daniel Gadea Nieto
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

Habiendo concluido con la lectura del Trabajo Final de Graduación, del alumno Egresado de la Facultad de Derecho, **Carlos Roberto García Araya**, el cual lleva por título "*Aplicación Desigual de Penas según el Género en los Delitos de Narcotráfico*", en mi condición de lector del mismo, es que me permito informarle mi aprobación de este. Considero que el trabajo cumple con los requisitos, tanto formales como de fondo, exigidos por la Facultad para este tipo de trabajos.

Sin otro particular, le ruego reciba las muestras de mi más sincera consideración y estima.

Atentamente



Lic. Roger Mata Brenes.

San José, 28 de Enero del 2008

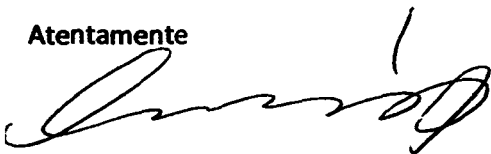
Señor
Doctor
Daniel Gadea Nieto
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

Habiendo concluido con la lectura del Trabajo Final de Graduación, del alumno Egresado de la Facultad de Derecho, **Carlos Roberto García Araya**, el cual lleva por título *"Aplicación Desigual de Penas según el Género en los Delitos de Narcotráfico"*, en mi condición de lector del mismo, es que me permito informarle mi aprobación de este. Considero que el trabajo cumple con los requisitos, tanto formales como de fondo, exigidos por la Facultad para este tipo de trabajos.

Sin otro particular, le ruego reciba las muestras de mi más sincera consideración y estima.

Atentamente



Licda. Ana Lorena González Valverde

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

APLICACIÓN DESIGUAL DE PENAS SEGÚN EL GÉNERO

EN LOS DELITOS DE NARCOTRAFICO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE

LICENCIATURA EN DERECHO

CARLOS ROBERTO GARCÍA ARAYA

2008

DEDICATORIA

A mi padre, gracias por enseñarme en forma incansable el verdadero valor de la vida, por ser un ejemplo viviente de rectitud, honestidad, lucha, esfuerzo y amor. Tu sabiduría y cariño, le da luz a mis ojos.

A mi madre, mujer de mente brillante. Gracias por seguirme dotando de vida a cada segundo, por enseñarme algo nuevo todos los días. Tu insaciable ansia de vivir y luchar, me recuerda que nada es imposible.

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento a todas las personas que de algún modo colaboraron con la elaboración de este trabajo. Y especialmente:

A mis hermanas Tatiana y Melissa, por ser parte esencial de mi existencia, gracias por el apoyo, cariño y protección que siempre las ha caracterizado. Ustedes me recuerdan de donde vengo y a donde voy.

A mí querido Director y Amigo, Sebas, gracias por confiar en mí.

A mis compañeros, amigos y profesores. Gracias por las enseñanzas de vida.

Allah hu Akbar, itsna allah hu jihad amerika

"Allah-hu-Akbar"

RESUMEN DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Ficha Bibliográfica:

García Araya Carlos Roberto (2008). Aplicación Desigual de Penas según el Género en los delitos de Narcotráfico. Tesis de Graduación para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho, Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Director: Lic. Sebastián Mesén.

Lista de Palabras Claves: GENERO, IGUALDAD, OBJETIVIDAD DEL JUEZ, PENAS, SENTENCIAS CONDENATORIAS, REPROCHABILIDAD, LEYES PRO IGUALDAD DE GENERO, DERECHO PENAL DE AUTOR, DERECHO PENAL DE ACTO, FEMINISMO, SUFRAGISMO, DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIO DE IGUALDAD, NARCOTRAFICO, DELITOS GRUPALES, ETIQUETAJE, JUEZ, EVOLUCION DE LAS PENAS, ESTIGMATIZACION, PROBLEMATICA, DESIGUALDAD.

Resumen:

Con la lucha por la igualdad de género, surge la duda de, si también en los tribunales de justicia ha existido o se hará una distinción de género a la hora de valorar a cada imputado no solo por sus características y circunstancias del hecho, sino también por el simple hecho de que uno sea hombre y otro mujer. Sí bajo este supuesto de que en casos se hace una diferencia de género por parte de los jueces al determinar condenas, para diferentes tipos de

individuos que deberían ser considerados como iguales. Siempre teniendo como referencia el concepto de pena, impuesto en nuestro Código Penal, según lo regulado en el Art. 71 mismo al indicamos que se debe entender por condena la impuesta por la ley a los autores del delito consumado. Sin hablarnos de ninguna diferencia a partir, viendo al sujeto como un simple autor y no haciendo diferencias.

Partiendo de este supuesto en este trabajo se hizo una investigación en la cual se denotó que si hay una desigualdad en la aplicación de la pena, imponiendo los jueces una pena diferente a uno de los individuos con respecto a otro creando una desigualdad por la simple razón de tener o ser de un género.

Aquí logramos indicar que a nuestro parecer la lucha por la igualdad de género, ha afectado, a la hora de resolver por parte de los jueces, ya que al ser o tener características diferentes cada imputado, ciertamente el juez las debe rescatar y tomar en cuenta pero no crear una desigualdad donde uno de los dos sujetos activos en el delito que se está condenado, reciba una pena más fuerte, o porque no mucho más débil por la simple razón de su género, con lo anterior creándose claramente una diferencia en la aplicación de penas en los delitos de narcotráfico.

Por medio de un acercamiento legal y doctrinario, el presente trabajo pretende desarrollar en forma puntual y detallada la peligrosidad de esta actuación por parte de los jueces, al igual que se realiza un estudio acerca del fenómeno conocido como derecho penal de autor, el cual a simple vista es considerado como peligroso, pero con un estudio más detallado, como el que hicimos anteriormente podemos denotar que se estaría ante presencia de este, ya que se estaría estigmatizando al hombre por el simple hecho de serlo y protegiéndose a la mujer.

La actualidad del tema y su convergente tratamiento con ramas del derecho como la Constitucional, Internacional, Penal, hacen de la presente investigación un importante aporte al tema de la denuncia de la desigualdad producto de la lucha por la igualdad por parte del género femenino creando consecuente problemas.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
<u>TITULO PRIMERO: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE GENERO,</u>	
<u>PENAS & OBJETIVIDAD DEL JUEZ.....</u>	9
CAPÍTULO I: La Igualdad de Género.....	9
Sección I: Derechos Fundamentales.....	9
Sección II: Principio de Igualdad.....	17
Sección III: Limites a los Derechos Fundamentales.....	32
1. EL Orden Público	33

2. La Moral y las Buenas Costumbres.....	34
3. Los Derechos de los Terceros.....	34
4. Interpretación de los Derechos Fundamentales.....	35
Sección IV: El Género:.....	40
1. Evolución del Genero.....	40
2. Concepto General.....	41
3. Clasificación de los Conceptos de Genero.....	42
3.1. Profesionales.....	42
3.1.1. Marta Lamas.....	42
3.1.2. IFAD.....	45
3.1.3. Wikipedia.....	46
3.1.4. Genderwater.....	46

4. Concepto Personal.....	48
5. Legislación Nacional Acerca de Genero.....	50
6. Movimientos Sociales a favor de la Igualdad de Género.....	60
6.1. El Feminismo.....	60
6.1.2. El Sufragismo.....	62
6.1.3. El feminismo en América Latina.....	71
CAPÍTULO II: La Fijación de las Penas.....	76
Sección I: Las Penas.....	76
1. Concepto.....	76
2. Antecedentes.....	78
2.1.....	78
3. Evolución de las Penas.....	79
4. Principios Fundamentales de las penas en nuestra legislación.....	83
5. Derecho Penal de Acto y de Autor.....	87
6. Reprochabilidad y Fijación de la Pena.....	94
6.1. Reprochabilidad.....	94
6.1.2. Culpabilidad como Reprochabilidad.....	95

6.2. Fijación de las Penas.....	102
CAPÍTULO III: El Papel del Juez en la Fijación de la Pena.....	106
1. Historia.....	106
1.1. Evolución Internacional.....	106
2. Evolución Nacional.....	107
3. Objetividad del Juez.....	108
3.1. Deberes y Facultades.....	108
<u>TÍTULO SEGUNDO: ANALISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES ACERCA DE</u>	
<u>DELITOS DE NARCOTRAFICO.....</u>	115
1. INTRODUCCION GENERAL TITULO II	111
ANALISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....	112
CAPÍTULO I	
Muestra de la Investigación.....	117
CAPÍTULO II	
Incidencia del Género en la Individualización de las Penas.....	124
CONCLUSIONES.....	135
BIBLIOGRAFÍA.....	138

INTRODUCCION GENERAL

En Costa Rica nos hemos caracterizado por ser propulsores de la igualdad de género, iniciando desde hace más de 15 años con leyes y reformas necesarias para lograr esta igualdad. Logrando ser uno de los primeros países en Latinoamérica en lograr un cambio real, lo anterior gracias a que siempre hemos tendido a ser mucho más abierto que nuestros vecinos continentales tratando de garantizar la mejor calidad de vida a nuestros habitantes, ya que en América Latina estos cambios se vienen aplicarse hasta mucho tiempo después que los hicimos nosotros.

Nuestra Constitución Política nos dice que todos somos iguales ante la ley, contando todos con las mismas obligaciones e iguales derechos, viendo claramente como no se hace una diferencia por razón de género, además de esto la Carta Magna en ningún momento una definición de la finalidad de las penas, sino solamente nos da limitaciones fundamentales a esta. Como lo es el Art. 40, al hablar sobre que ciertamente existen las penas, y también al decirnos que nadie va a tener un tratamiento denigrante en el caso de ser declarado culpable o cumplir con una pena, con esto vemos como el Estado costarricense, protege la integridad de la persona sin hacer una diferencia de género en sus afirmaciones.

La mujer ha buscado una igualdad en el trato hacia ella, logrando así ser tomada en cuenta en las decisiones importantes que se tomen en materia internacional, nacional o inclusive en relación a ellas, de las cuales muchas veces se han visto excluidas.

La lucha por una igualdad real del Género viene desde la Revolución Francesa, donde aparecen personajes importantes que lograron cambios e inclusive fueron consideradas las grandes propulsores de dicha revolución, dándonos cuenta después

que sus ideas fueron tomadas en cuenta pero retomadas por hombres que las hicieron como si fueran suyas. Quedando esta como la gran perdedora de la revolución, aunque fue una de las que más luchó por una igualdad real, que aparece años después mediante más movimientos que lograron afianzar esta pelea que todavía continúa.

En cuanto al género entendemos que, éste es relevante desde el momento en que nacemos, es decir, es parte de nuestra historia – seamos hombres o mujeres – una historia personal que se inicia antes del nacimiento, inclusive en una valoración primaria se hace análisis desde que estamos en el útero materno al conocerse si vamos a ser hombres o mujer, es decir, en palabras más castizas: los padres se crean ilusiones dependiendo del género que sea el hijo u hija que vayan a tener, entonces en primer orden, los hombres y las mujeres nos diferenciamos porque tenemos características fisiológicas y sexuales distintas, y luego se agregan las demás distinciones sociales que elabora sobre el género ideas, concepciones y prácticas logrando así, desarrollar aún más las diferencias de género, llegando estas valoraciones hasta lo más alto de la sociedad y a todos los extremos de la misma.

A partir de la lucha por la igualdad de género y otros aspectos más específicos, surge la duda de, si también en los tribunales de justicia ha existido o se hará una distinción de género a la hora de valorar a cada imputado no solo por sus características y circunstancias del hecho, sino también por el simple hecho de que uno sea hombre y otro mujer. Sí bajo este supuesto de que en casos se hace una diferencia de género por parte de los jueces al determinar condenas, para diferentes tipos de individuos que deberían ser considerados como iguales. Se incumplirá con la definición de pena, que no hace diferencia de género en un primer análisis entenderíamos como pena lo siguiente: Se entiende por condena la impuesta por la ley a los autores del delito consumado, según lo regulado en el Art. 71 del Código Penal de Costa Rica.

Partiendo de este supuesto en este trabajo se hará una investigación en la cual se denota si hay una desigualdad en la aplicación de la pena, y si la hubiera el por que los jueces consideran imponer una pena diferente a uno de los individuos con respecto a otro creando una desigualdad.

Así este trabajo nos logró indicar si habrá afectado la lucha por la igualdad de género, a la hora de resolver por parte de los jueces, ya que al ser o tener características diferentes cada imputado, se pueden considerar y tomarlas en cuenta al momento de dictar la pena lo que se trata de explicar es si habrá o no una diferencia en la aplicación de penas en los delitos de narcotráfico.

El legislador ha previsto en gran parte las penas; ha tenido a la vista las posibles infracciones delictivas a cometer y ha señalado la condena correspondiente, para cualquiera de los individuos sin importar, el género, religión, color, etc.

Esta determinación de la pena en los códigos nacionales está dispuesta desde hace muchos años, por lo cual de demostrarse cierta la afirmación de una desigualdad por el simple hecho del género al momento de condenar a una de las partes, estaríamos ante un trato diferente para las personas por el sexo, lo cual nos llevaría a una gran encrucijada en Costa Rica, al ser un país que se ha caracterizado por llamarse muy pro igualitario.

Originalmente el tema de investigación era conocido como: La Aplicación Desigual de Penas en el Primer y Segundo Circuito Judicial de Costa Rica, pero por razones de actualidad y efectividad debe especificada por dicha razón se delimito el tema, sin afectar el fondo del trabajo presentado, esto con el fin de que el trabajo final de graduación tenga una mejor utilidad y claridad.

Nos basamos en los delitos de narcotráfico para la presente investigación por tener una gran aplicación a nivel nacional se trata de delitos que se sancionan con altas penas privativas de libertad y son cometidas gran cantidad de veces por hombres, mujeres, grupos, familiares, etc., lo que permite un amplio aspecto de análisis y nos será claro ver más aun, si hay una aplicación de la ley, por parte de los jueces con relación al género a la hora de dictar las sentencias condenatorias de los

imputados, en un principio este tipo de delito se ve consagrado en la ley de estupefacientes, psicotrópicos y drogas de uso no autorizado. El cual no contempla una desigualdad, si no considera a los individuos como iguales, a partir de este delito es que se quiere determinar si se estará creando una desigualdad en la aplicación de las resoluciones condenatorias, lo cual se quiere demostrar mediante el trabajo de campo, para ver si hay o no una aplicación desigual en las condenatorias por parte de los jueces, limitando el universo del tema de tesis a la materia penal, y delimitando para lograr una mejor especificidad y una actualidad, lo cual beneficia al trabajo de investigación ya que le brinda mayor credibilidad

En un país de derecho como el nuestro, propulsor en lo que se refiere a derechos humanos y defensor de todas las garantías de las personas, es inaceptable una conducta de tal tipo, ya que no solamente se ve perjudicado el sujeto al cual se le violenta el derecho a ser considerado igual un principio fundamental de nuestra Constitución Política la cual consagra los derechos y deberes de los costarricenses sino además y en sobremanera al Poder Judicial que como tal queda mal parado, como un organismo que por el simple hecho de ser de un género o pertenecer a tal, se va a juzgar diferente, beneficiando a unos y perjudicando a otros.

Es este punto es donde podemos hacer referencia a la hipótesis de la investigación, que consiste en lograr aclarar si para los jueces incide el género del acusado en la fijación de la pena en el delito del narcotráfico.

A efecto de la realización de esta investigación utilizamos la metodología comparativa y deductiva, mediante la consulta de doctrina, sentencias firmes en casos de narcotráficos de los Dos Circuitos Judicial de San José, lo anterior debido a que representan gran parte de las condenas o resoluciones que se dictan en nuestro país. Se realizó un estudio de campo, en el cual lo que se hará es el análisis de expedientes de delitos de narcotráfico, de sentencia condenatorias en materia penal del primer y segundo circuito judicial de San José, así demostrando que si incide género a la hora de imponer las penas, llevándonos a la conclusión definitiva. Además aplicando una perspectiva sistemática basada en los valores vida, igualdad, salud, etc. En la

recolección de información se utilizó el método bibliográfico y jurisprudencial, además de algunas entrevistas a especialistas en el campo de género, logrando así con ellos crear un concepto propio de lo que es esta figura llevándolo más allá de lo que inicialmente concebía como tal.

Los Objetivos de la Investigación son:

El Objetivo General es determinar, establecer, verificar. Si el género del imputado incide en la individualización de la pena por parte del juez en los delitos de narcotráfico en el Segundo Circuito Judicial de San José.

En cuanto a los específicos tenemos que son los siguientes:

Primero: Determinar si el género del imputado es un aspecto que valoran los jueces al individualizar la sanción

Segundo: Determinar qué penas se imponen a las mujeres por los delitos Narcotráfico.

Tercero: Determinar qué penas se imponen a los hombres por los mismos delitos.

Cuarto: Realizar un aporte al ordenamiento jurídico costarricense, acerca de una incidencia del Género al momento de resolver por parte de los jueces.

Con este trabajo no se pretende analizar las formas de dictar sentencias por parte de los jueces ni establecer de manera unívoca los conceptos sobre los derechos fundamentales, género y penas, si no que, se busca la identificación del problema jurídico (Aplicación Desigual).

Este trabajo de graduación está conformado por dos títulos, el primero se divide a su vez en varios capítulos y son los que corresponden a consideraciones generales sobre Derechos Fundamentales, El Género, Las Penas y la Objetividad de Juez,

siempre relacionados con la Reprochabilidad y la injerencia en Costa Rica, esta conformado de características, principios, complementados con un poco de caracteres históricos y fundamentales que eran necesario para el buen entendimiento del tema que se estaba tratando. En este título es importante denotar también los movimientos que han llevado a lo que conocemos actualmente como igualdad real, y los cambios implementados en Costa Rica. Es netamente conceptual, definiendo ciertos criterios base para la investigación, en este caso son los siguientes: penas, fin de la pena, género, fijación de la penas como lo dije anteriormente estas definiciones son necesarias para un mejor entendimiento del tema a tratar, ya que así se va a poder ubicar el tema en su perfección. Con esto lo que se trata de lograr es que definamos el campo mediante los conceptos primordiales de estas palabras, para así lograr lo que se logro hacer una fácil ubicación del problema, concretando un estudio más detallado delimitado por los conceptos y los temas a tratar.

El Segundo Titulo básicamente es relativo a la investigación de campo en cuanto a las sentencias condenatorias y que nos arrojan datos interesantes en cuanto a la hipótesis, es la parte más relevante de la investigación ya que con este se logro comprobar la hipótesis, se hicieron cuadros denotando las penas en ambos géneros, entre otros. Logrando así demostrar efectivamente que si se está llevando a cabo un abuso al momento de resolver creando una diferencia donde no la hay.

TITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES: GÉNERO, PENAS Y OBJETIVIDAD DEL JUEZ.

TITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE GÉNERO, PENAS Y OBJETIVIDAD

DEL JUEZ

CAPITULO I

LA IGUALDAD DE GÉNERO

SECCION I.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Antes de entrar a analizar directamente el género, en nuestra investigación es importante denotar o hacer una introducción minuciosa acerca de los derechos fundamentales, dentro de éstos el más importante para nuestro tema, es el principio de igualdad, que se verá un poco más adelante en la investigación, siendo este un punto fundamental en esta tesis.

Los Derechos Fundamentales son los Derechos Humanos que se encuentran reconocidos por el Ordenamiento Jurídico, es decir, aparecen en el derecho positivo de un Estado.

“Los derechos fundamentales son pues, los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de la soberanía popular. No basta, por tanto, que los derechos sean enumerados sin más en la Constitución. Esto ya había ocurrido en

bastantes constituciones europeas a lo largo del siglo XIX. Para que los derechos se conviertan en derechos fundamentales, tienen que incorporarse a una Constitución que se afirme expresamente como norma jurídica y que prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre todas las demás normas del ordenamiento y en particular, sobre la ley. Los derechos fundamentales están en íntima conexión con las garantías constitucionales (...). Son las garantías constitucionales las que hacen que la Constitución deje de ser un documento exclusivamente político, para pasar a ser además de una norma jurídica; también son ellas las que hacen que los “derechos de las declaraciones” se conviertan en “derechos fundamentales”.¹

Son el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de dignidad, libertad y la igualdad humana, que deben ser reconocidos por el Ordenamiento Jurídico en el nivel nacional e internacional.

“Los derechos fundamentales son los derechos naturales constitucionalizados democráticamente. Son, por lo tanto, al mismo tiempo expresión de la naturaleza humana y de la técnica del hombre, esto es, naturales y artificiales.”²

Entender los derechos fundamentales como derecho natural, según expresa Pérez Royo, fue en algún momento, un obstáculo para su reconocimiento constitucional, por dos motivos: primero, porque se consideró peligroso y limitante que estos se incluyeran en una Constitución, lo que hacía suponer una restricción y no una garantía de la esfera de los derechos individuales, ya que se pensó que todo derecho no incluido quedaría a disposición del gobierno, y segundo, porque para algunos, los

¹ Pérez Royo Javier. (1996) Curso de Derecho Constitucional. Tercera Edición. España, Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. P. 258 y 259.

² Pérez Royo Javier. Op. Cit., p. 259.

derechos naturales eran tan obvios, que no se entendía que hubiera que poner por escrito lo que era evidente y tenía que estar por encima de toda discusión.

Sin embargo, los acontecimientos históricos han demostrado que esas posiciones no tienen razón, ya que la constitucionalización de los derechos naturales no los ha restringido, sino que ha sido unos instrumentos para la “ampliación” de los originarios derechos naturales del hombre, y tras experiencias totalitarias, nadie duda en lo que a reconocimiento y garantía de los derechos se refiere.

Los derechos naturales han sido constitucionalizados sin perder su carácter de “*naturales*”, es decir, previo al Estado y a la Constitución. La Ley fundamental de Bonn dedica los dos primeros apartados a los derechos, como “*derechos naturales*” y en el tercero inicia su formulación como “*derechos fundamentales o constitucionales*”. Dice el texto alemán, que la dignidad humana y los derechos humanos inviolables e inalienables, son la base sobre la que se elevan los derechos fundamentales con las garantías ya reconocidas. Se considera que tal afirmación tiene un carácter “*natural*” o “*pre-estatal*” para el constituyente alemán, porque se establece que esa norma no es disponible, ni puede ser objeto de reforma.

Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. Al inicio eran concebidos únicamente como límites para el ejercicio del poder público, pero en la actualidad son también entendidos como un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva del Estado y sus instituciones, que tienen vocación universal y que informan el contenido de todo el ordenamiento infraconstitucional.³

³ Hernández Valle Rubén (1994), El Derecho de la Constitución, Volumen II, 1º Edición, San José, Editorial Juricentro, p.327.

Es en el carácter de derechos “naturales” y “fundamentales”, que descansa el doble carácter de los derechos constitucionales, formulada por primera vez por Honrad Hesse, y aceptada por la jurisprudencia alemana y española. Los derechos fundamentales operan, por un lado, como delimitadores de la esfera de libertad personal del ciudadano y, por otra, como elementos constitutivos del ordenamiento de los poderes del Estado.

Su primera función, es en cuanto a derechos subjetivos: que suponen lo que en cada momento debe entenderse por dignidad del ser humano, donde se incluyen no sólo los derechos clásicos de la libertad frente al Estado, sino también determinados derechos de intervención positiva del Estado, que garanticen un mínimo vital y son inseparables de la dignidad humana.

En su segunda función, operan como elementos objetivos del Ordenamiento constitucional del Estado en un doble sentido:

1° El Estado sólo tiene sentido en cuanto expresión política de una sociedad integrada por individuos “dignos”, esto es, titulares de derechos, que pueden, en consecuencia, autodeterminarse, y,

2° En que el poder del Estado en sus diversas manifestaciones, encuentra su origen en los propios derechos fundamentales. Son los ciudadanos, los que ejerciendo el derecho al sufragio y el derecho de asociación política, los que deciden la composición y funcionamiento de los “poderes políticos” del Estado. Son los ciudadanos los que haciendo uso del derecho a la justicia, hacen funcionar el “poder jurídico” del Estado,

controlando de esa manera las conductas antijurídicas de los ciudadanos o de los poderes públicos. Los derechos fundamentales son indispensables en el funcionamiento del Estado de Derecho.

El artículo 1° de la Constitución Política, dice:

Artículo 1.- Costa Rica es una República democrática, libre e independiente.

El principio democrático se relaciona con el principio de soberanía popular establecido en la Constitución Política, en el artículo que dice:

Artículo 2.- La soberanía reside exclusivamente en la Nación.

Esta concepción de Democracia recogida en el artículo 1°, está integrada por el numeral 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), de acuerdo con el cual, los Estados partes en dicha Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades de las personas reconocidos en ella, y «persona» es todo ser humano.

Así dice la Convención mencionada:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

El derecho penal y procesal penal, es concebido como un sistema de garantías de Derechos Fundamentales, como derivado directo del principio democrático. El principio democrático implica no sólo la enunciación del derecho fundamental, sino su correlativa garantía o exigibilidad. Sobre los derechos que tienen la característica de ser “Fundamentales” en nuestro régimen, se afirma que su función es la de sistematizar valores esenciales positivizados en el ordenamiento jurídico, y de los que –desde un punto de vista teórico- existe un consenso de la mayoría de los ciudadanos; al igual que sirven como límite de actuación a las entidades estatales⁴.

En la sentencia 6470-99 de la Sala Constitucional, se dice:

“...una forma particular de Estado, en el que la relación entre el Poder y los hombres se resuelve de modo favorable a la dignidad de la persona, a su libertad y a sus derechos. Dicho de otro modo, “Costa Rica, en el artículo 1° de su Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos, sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes” (sentencia número 678-91).

⁴ Al respecto ver voto n° 2771-03 Sala Constitucional. Aunque podríamos agregar también que incumbe a los distintos agentes sociales – i.e. colectividades de distintos intereses, que por su forma de organización- tienen una real trascendencia en la comunidad y de la que forman también parte.

Esta positivación del "principio democrático" constituye uno de los pilares – por no decir, el núcleo o esencia- en el que se asienta nuestro sistema republicano, y conlleva que todo el sistema normativo deba ser interpretado conforme con los principios que informan este sistema de vida y de conceptualización del Estado, en el que los derechos reconocidos a las personas les deben ser respetados por esa sola condición, independientemente de su origen nacional, raza, credo político o religioso, sin discriminaciones a su dignidad como ser humano.⁵

Encontramos dentro de la jurisprudencia de la Sala Constitucional la resolución N° 2771-03, en la que se cita una de las definiciones más concretas del principio democrático:

“... El “principio democrático”, expresado en la idea de la soberanía popular, es una respuesta jurídica al problema de la legitimación política, tanto en el plano material como formal. En el plano material, porque (a) establece la legitimación constitucional del derecho fundamental a la participación política de los ciudadanos, (b) obliga a las instituciones estatales a respetar los derechos fundamentales y (c) establece el reconocimiento social a la diversidad de iniciativas y valores de todos los individuos; y en el plano formal, porque representa a la vez una fórmula de articulación racional del proceso político y, de nuevo, una limitación expresa al poder estatal -sea éste una manifestación de la función ejecutiva, legislativa, judicial, electoral o municipal-. El principio de soberanía popular se manifiesta como la principal condición limitante de la actuación de las instituciones estatales y está dirigido a asegurar que cualquier ejercicio del poder por parte de cualquier órgano del Estado respete su previa legitimación popular y el criterio del pueblo, externado por el poder constituyente

⁵ Al respecto ver, sentencia 6470-99 Sala Constitucional.

originario. Es en lo anteriormente dicho, que se fundamenta la trascendencia jurídico-política de haber insertado en la Constitución a los derechos fundamentales, los que a su vez constituyen un fuerte y esencial componente para la configuración del Estado de Derecho. Ejemplos de derechos fundamentales, son aquellos propios del ciudadano -ciudadanía, nacionalidad-; la libertad de las personas -libertad personal, de religión y conciencia, de residencia, de contratación, de elección de actividad económica, entre otros-; la igualdad jurídica entre las personas; el derecho de propiedad privada; y aquellos que permiten el acceso de las personas al control jurisdiccional. Es así que el pensamiento jurídico occidental ha declarado innegociable que los derechos fundamentales constituyan la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de que los sistemas jurídico y político, en su conjunto, en un Estado de Derecho, estén orientados hacia el respeto y la promoción de la persona humana, hacia el desarrollo humano y hacia una constante ampliación de las libertades públicas. Asimismo, le corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre los que se ha edificado la sociedad democrática.

Para la Sala Constitucional, en el voto supra indicado, los derechos fundamentales deben ser entendidos como la materialización del principio democrático, y dice que la función de los derechos fundamentales es:

"...la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos han prestado su consentimiento y también la de establecer la sujeción de las instituciones estatales a tales principios. Los derechos fundamentales, en el orden constitucional, ostentan una doble dimensión, son derechos subjetivos y son derechos objetivos. Por un lado son subjetivos, o sea derechos de los individuos, no sólo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan la libertad en el ámbito de la convivencia democrática. Por otro lado, son elementos esenciales del ordenamiento objetivo, por cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica."

SECCION II

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La igualdad es un derecho subjetivo con el carácter de derecho fundamental, es un principio de no discriminación, donde se prohíbe cualquier diferencia en el trato en el ejercicio de los derechos y libertades.⁶

Se encuentra reconocido en el numeral 33 de la Constitución Política, que dice:

“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contra la dignidad humana”.

Debe agregarse a la norma constitucional, que el 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dice:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

⁶ Pérez Royo Javier. (1996) Curso de Derecho Constitucional. Tercera Edición. España, Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales pág. 284.

Se dice que la igualdad es un derecho relacional, ya que no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con la regulación, ejecución o aplicación de una norma. Se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas y en especial, aquellas que se dan entre las personas y el poder público.

La igualdad es una obligación constitucionalmente impuesta a los poderes que están en iguales condiciones de hecho. Se trata de asegurar la igualdad en la realidad y no de una igualdad meramente formal, ello, como prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos⁷.

Rubén Hernández dice, que deben diferenciarse dos conceptos: la discriminación y la diferenciación, ya que lo que la Constitución Política prohíbe es la discriminación, y se permite el trato diferenciado a situaciones distintas, siempre que se funde en una base objetiva y razonable.

Siguiendo a Hernández Valle, el principio de igualdad se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, y para que se pueda permitir un trato diferenciado debe observarse la finalidad, ya que ésta debe estar constitucionalmente diferenciada, debe ser una finalidad concreta, no puede ser abstracta, y debe reunir en sí misma, el sistema de valores constitucionales.

Aunado a lo manifestado es necesario agregar que, la relación entre el trato desigual admisible, la finalidad constitucionalmente legítima y la adecuación

⁷ Hernández Valle Rubén. Op. Cit., p. 112.

entre el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica y la finalidad perseguida, deben ser proporcionales.

La proporcionalidad se limita a determinar que la medida adoptada o la consecuencia jurídica de la desigualdad de hecho, se encuentren dentro de un rango proporcional con respecto a la situación de hecho y la finalidad perseguida.

En relación con una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra normas electorales en nuestro país, que exigen cuotas de participación exclusivas para las mujeres, la Sala Constitucional en el voto 3419-2001 y en el que valoró si tal decisión constituía vulneración al principio de igualdad, resolvió:

“(...)I.- Analizándose en asuntos anteriores aspectos similares a los que ahora están siendo impugnados por el accionante, esta Sala ha establecido:

“...debemos distinguir lo que es una situación de simple desigualdad de una de discriminación. En el presente caso, no se trata de un simple trato desigual de la mujer frente al hombre, sino de un trato discriminatorio, es decir, mucho más grave y profundo. Desigualdad, puede existir en diversos planos de la vida social y aún cuando ello no es deseable, su corrección resulta muchas veces menos complicada. Pero cuando de lo que se trata es de una discriminación, sus consecuencias son mucho más graves y ya su corrección no resulta tan fácil, puesto que muchas veces responde a una condición sistemática del status quo. Por ello, tomar conciencia, de que la mujer no es simplemente objeto de un trato desigual -aunque también lo es-, sino de un trato discriminatorio en el cual sus derechos y dignidad humana se ven directamente lesionados, es importante para tener una noción cierta sobre la situación real de la mujer dentro de la sociedad. Baste para ello, tomar en consideración, que la mujer ha debido librar innumerables luchas durante largos años para poder irse abriendo campo en el quehacer social y político de los pueblos. En términos generales, discriminar es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos, en este caso del género femenino, es aquí donde el artículo 33 de la Constitución Política cobra pleno sentido, ya que ello toca los valores más profundos de una democracia, y no podemos hablar de su existencia, cuando mujeres y hombres, no pueden competir en igualdad de condiciones y responsabilidades. Se trata de un mal estructural, presente en nuestras sociedades, que si bien tecnológicamente han alcanzado un

buen desarrollo, aun no han logrado superar los prejuicios sociales y culturales que pesan sobre la mujer.

V.- Cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales de determinadas colectividades, o parámetros para determinar si esas violaciones en efecto se han producido, no pueden ser los mismos que se utilizan para examinar violaciones a sujetos en particular, no sólo por cuanto en aquellos casos no se puede concretar a un sujeto particularmente lesionado en sus derechos, sino que, si se trata de colectividades que tradicionalmente han sufrido discriminaciones, éstas suelen ser más sutiles y veladas que en otros casos. De allí que, tanto en el nivel internacional como nacional existan regulaciones específicas tendientes a abolir determinadas formas de discriminación, aún cuando deberían serlo en virtud del principio general de igualdad. Pero tanto la Comunidad Internacional como los legisladores nacionales han considerado que, en determinados casos -como el de la mujer- se hacen necesarios instrumentos más específicos para lograr una igualdad real entre las oportunidades -de diferente índole- que socialmente se le dan a determinadas colectividades. Así, en el caso específico de la mujer -que es el que aquí interesa- dada la discriminación que históricamente ha sufrido y el peso cultural que esto implica, se ha hecho necesario la promulgación de normas internacionales y nacionales para reforzar el principio de igualdad y lograr que tal principio llegue a ser una realidad, de modo que haya igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en especial en cuanto al acceso a los cargos públicos de decisión política se refiere. Como ejemplo de dichos instrumentos están la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a nivel internacional, y la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer, N ° 7142, a nivel interno. La existencia de regulaciones en concreto para erradicar la discriminación contra la mujer hace patente que ello es un problema real y de tal magnitud que obliga a regulaciones específicas, ya que las generales son insuficientes, aún cuando, en definitiva, aquéllas no son más que una derivación y explicitación del contenido de las últimas. Es por ello que, tratándose de la discriminación contra la mujer, el análisis debe plantearse desde otra perspectiva, dado lo sutil que muchas veces resulta tal violación al principio de igualdad y al hecho de que, en no pocas ocasiones, forma parte del status quo socialmente aceptado. En este orden de ideas, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que tal discriminación no sólo se produce por una actuación positiva del Estado, sino que muchas veces es producto de una omisión, como lo es el denegar el acceso a cargos públicos a la mujer. Al respecto, el artículo 4 de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, N ° 7142 de ocho de marzo de mil novecientos noventa establece:

"Artículo 4 °- La Defensoría General de los Derechos Humanos tomará las medidas necesarias y apropiadas para garantizar la igualdad de oportunidades en favor de la mujer, con el propósito de eliminar la discriminación de ella en el ejercicio de cargos públicos en la administración centralizada o descentralizada."

En igual sentido, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en el inciso b) del artículo 7, dispone:

Artículo 7

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

a)...

V) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales."

Es claro que las normas transcritas parten de una realidad innegable, cual es que a la mujer no se le da igualdad de oportunidades que a los hombres para acceder a los cargos públicos, discriminación que sólo será superada dándole una protección y participación de forma imperativa a la mujer en los puestos de decisión política, en el tanto en que en los órganos administrativos colegiados se nombre un número representativo de mujeres. Nótese que muchas veces se exige a la mujer demostrar su idoneidad para ocupar determinados cargos, en tanto que si se trata del nombramiento de un hombre su idoneidad se da por sentado y no se le cuestiona, lo que representa un trato diferenciado y discriminatorio. Para contrarrestar la discriminación que sufre la mujer, el Ordenamiento Jurídico le da una protección especial y obliga a la Administración a nombrar un número razonable de mujeres en los puestos públicos, pues, de otra manera, no obstante la capacidad y formación profesional de la mujer, su acceso a dichos cargos sería mucho más difícil. Así, para evitar la discriminación de la mujer, debe dársele un trato especial y calificado, ya que socialmente no se encuentra en igualdad de condiciones que el hombre, situación que, en cumplimiento del principio de igualdad que establece trato igual para los iguales y desigual para los desiguales, justifica una protección particularmente acentuada en favor de la mujer. Asimismo debe tomarse en cuenta que las sociedades y quienes ejercen posiciones de poder a la hora de tomar sus decisiones, lo hacen con base en las diferentes relaciones que se presentan para la toma de ellas, y, al negársele a la mujer en forma vedada o no de su participación en puestos de decisión, se olvida que se ha dejado de lado, tomar en cuenta el punto de vista que sobre esa realidad de nuestras sociedades, tengan las mujeres. Reconocer esa diferencia en la apreciación de la realidad, es verdaderamente fundamental, ya que ello fortalece la democracia y hace que los núcleos familiares compartan las responsabilidades en el interior de sus hogares. De allí que algunas escritoras hablan de que tanto hombres como mujeres pueden ser "igualmente diferentes", y que deben ser considerados igualmente valiosos, pudiendo desarrollarse igualmente plenos o plenas, a partir de sus semejanzas y diferencias" (sentencia 00716-98 de las once horas cincuenta y un minutos del seis de febrero de mil novecientos noventa y ocho).

También ha manifestado en relación con el mismo tema, en una sentencia posterior a la transcrita:

"... Pese a que el artículo 33 de la Constitución Política garantiza, entre otros aspectos, la igualdad de oportunidades a hombres y mujeres, la realidad histórica y social, demuestran que las proyecciones institucionales se han ejecutado con una evidente desventaja para las mujeres, en punto al acceso a los servicios que éstas prestan. Sin lugar a dudas tal desventaja constituye un hecho notorio. En atención al hecho señalado y sin entrar en mayores consideraciones sobre las causas que lo motivan, resulta indispensable que el Estado responda, en forma política, con el objeto de lograr el equilibrio ordenado por la Constitución Política. No cabe la menor duda a esta Sala que con los imperativos cuestionados en esta acción, lejos de producirse una discriminación

en perjuicio de alguno de los géneros mencionados, el legislador garantiza un mínimo de acceso de las mujeres a la preparación técnica que presta el Instituto Nacional de Aprendizaje, proceder que resulta conteste con los planteamientos mencionados y por ende, no puede ser estimado contrario al artículo 33 Constitucional. Por otra parte, debe señalarse que con las normas cuestionadas, no se limita, en forma alguna, el acceso de los hombres a la misma capacitación, hecho que, de ser cierto, si provocaría el quebranto acusado, situación que sólo puede ser determinada, en su caso, mediante el análisis completo de todas las circunstancias que podrían rodear un caso concreto, examen, que, por razones obvias, no puede efectuarse en abstracto, tal como lo pretende el Instituto Nacional de Aprendizaje. En punto al tema de la "razonabilidad", esta Sala comparte el criterio de la Procuraduría General de la República, en el sentido de que la "irrazonabilidad" de una norma, no es una cualidad que se pueda afirmar en abstracto, si se piensa en el contenido de un argumento para la demostración de una tesis en ese sentido. En el caso bajo examen la accionante no fundamenta su alegato sobre la supuesta irrazonabilidad de los imperativos cuestionados. Sin embargo, de la simple lectura de éstos se puede comprobar que éstos no son desproporcionados y constituyen normas adecuadas a los propósitos de la Ley, así como que implican una ejecución directa de los mandatos constitucionales, en punto al principio de igualdad" (sentencia 03666-98 de las dieciséis horas con nueve minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho).

II.- *Con fundamento en los pronunciamientos anteriormente transcritos, se considera que la normativa impugnada, lo que propone es una estructura que satisface un porcentaje mínimo destinado a evitar o a atenuar el proceso histórico de discriminación y desigualdad que se ha dado en perjuicio de la mujer, en los órganos de los partidos políticos, sin que ello signifique, en modo alguno, un trato distinto para los varones que llegue al extremo de impedir su participación. La normativa impugnada se constituye en un instrumento razonable a favor de la mujer con una real vocación democrática, que se traduce, a la vez, en un mecanismo real y efectivo de protección a las mujeres y en ese sentido, se ha de reconocer el esfuerzo legislativo para hacer de lado los problemas de desigualdad y discriminación que se derivan hasta nuestros días en perjuicio de las mujeres y superarlos de manera positiva mediante acciones concretas como la impugnada.*

III.- *Además, la normativa impugnada implica también el desarrollo en la ley, de todos los principios contrarios a la discriminación femenina que se encuentran contenidos en los diferentes instrumentos internacionales que han sido suscritos por Costa Rica. Debe partirse del supuesto de que, tanto hombres como mujeres, en su condición de seres humanos, son iguales y se encuentran en igualdad de condiciones y como tales, es prohibido hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas. Al respecto, esta Sala ha señalado reiteradamente que,*

"El principio de igualdad tal y como ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana" (sentencia número 07182-94).

Entonces, si la Constitución Política de Costa Rica garantiza igualdad de oportunidades a hombres y mujeres en su condición de seres humanos y la realidad social, tanto a través de la historia como todavía en algunas esferas de la vida actual, muestran que se ha dado una clara

desventaja en perjuicio de las mujeres; para tratar de conseguir el equilibrio deseado y acorde con el principio constitucional de igualdad, el Estado tiene la obligación de responder políticamente con ese propósito y así garantizar el ejercicio igualitario y equilibrado de los derechos fundamentales tanto por los hombres como las mujeres; acción estatal que se pone de manifiesto con la creación de normas como la que está siendo impugnada que, en aras de no repetir el desarrollo histórico desigual, pretende lograr el equilibrio entre los géneros en el nivel práctico.

IV.- Partiendo de lo anterior, la norma impugnada no solo no resulta lesiva del principio de igualdad, sino que, además, resulta adecuada para lograr el fin que persigue, que es tratar de lograr equilibrio en la participación en los órganos de expresión partidaria en los partidos políticos, disponiendo un trato favorable para la mujer, en razón de la discriminación real que en su contra ha producido la situación prevaleciente antes del dictado de la norma cuestionada a favor de la mujer. Además, se estima que la normativa impugnada es razonable, pues a través de una acción afirmativa se permite la participación de la mujer en los procesos políticos a los cuales, anteriormente, no tenía ningún acceso garantizado, con lo cual la norma resulta ser idónea para una solución parcial de la desventaja para la mujer, en relación con la representación popular, con lo cual, a la vez, se garantiza el principio de igualdad, como se indicó supra.

V.- De igual manera, la normativa impugnada, tampoco limita el derecho de ningún varón, puesto que para el género masculino se dispone un 60% de los puestos de representación en las asambleas de los partidos, lo que significa, a la vez, que se mantiene incólume el derecho de los varones a elegir y ser electos.

VI.- Conclusión. Con fundamento en los precedentes jurisprudenciales citados y en las argumentaciones expuestas, esta Sala es del criterio de que del artículo 60 del Código Electoral, párrafo final y transitorio, no se desprenden vicios de constitucional, razón por la cual, procede declarar sin lugar la acción interpuesta. (...)"

El principio de no discriminación está consagrado en la Constitución Política al decir, que se prohíbe cualquier diferencia de trato contraria a la dignidad humana. La determinación de esas discriminaciones debe realizarla el juez en cada caso concreto, y habrá discriminación en cualquier diferencia de trato basada en desigualdades injustas y arbitrarias contraria a la igualdad del ser humano, es decir, cuando se funden exclusivamente en razones de sexo, raza, edad, condición social, etc.

Como anotación relevante, es importante para nosotros realizar dar un ejemplo de la igualdad a la hora de tributar, ya que ciertamente hay diferencias pero la Sala Constitucional, nos deja el punto claro, acerca de la igualdad entre iguales, así es como vemos la igualdad, en esta investigación, es una manera clara de percibir argumentos sin antes olvidar, que así será la forma cómo podremos lograr la igualdad que tanto buscamos. Ya que no todos somos totalmente iguales y esto no es mentira para nadie, así que aunque se haga una diferencia, debemos ver el contexto para denotar si esta es ilegítima o tiene fundamentos, tal es el caso de los tributos, el cual analizamos a continuación con resoluciones de la Sala Constitucional.

En relación con el principio de no discriminación en materia tributaria, la Sala Constitucional, en el voto 580- 1995, refirió:

"(...)" V. Sobre la discriminación del impuesto: Como se ha dicho, el principio de igualdad en materia tributaria implica que todos deben contribuir a los gastos del Estado en proporción a su capacidad económica, de manera tal, que en condiciones idénticas deben imponerse los mismos gravámenes, lo cual no priva al legislador de crear categorías especiales, a condición de que no sean arbitrarias y se apoyen en una base razonable. De manera que resulta contrario a la igualdad, a la uniformidad y a la imparcialidad, el establecimiento de un impuesto que no afecta a todas las personas que se encuentran en la misma situación, sino que incide en una sólo clase de personas, ya que se está infringiendo la obligación constitucional, de extenderlo a todos los que están en igualdad de supuestos. El principio de igualdad constitucional genera el principio administrativo de igualdad ante las cargas públicas, sea dar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones análogas, excluyendo todo distingo arbitrario o injusto contra determinadas personas o categorías de personas, en consecuencia, no deben resultar afectadas personas o bienes que fueren determinados singularmente, pues si eso fuera posible, los tributos tendrían carácter persecutorio o discriminatorio. La generalidad es una condición esencial del tributo; no es admisible que se grave a una parte de los sujetos y se exima a otra. El artículo 18 de la Constitución establece que los costarricenses deben contribuir a los gastos públicos, y el artículo 33 constitucional consagra el principio de igualdad, de manera que, no podrá hacerse discriminación contra la dignidad humana. Los accionantes afirman que otras

*empresas comerciales e industriales, de hasta mayores ingresos, pagan un tributo menor, calculando la tasa aplicable según el artículo 14 de la misma ley 5694, existiendo para ellos una desigualdad ante las cargas públicas. Los principios del Derecho Tributario son a) La reserva de Ley, b) igualdad ante el impuesto y las cargas públicas, c) Generalidad (implica que el tributo no debe afectar personas o bienes determinados singularmente). Mediante sentencia de esta Sala número 2197-92 anteriormente citada, esta Sala observó que en otros países, según lo acredita el derecho comparado, se ha estimado válido distinguir y existen casos en que en una misma lista, la base sobre la que se aplica el impuesto no es uniforme, pero lo relevante es que la norma sea, en lo esencial, general y razonable. Debe la norma que fija un tributo, ser proporcional y razonable, para que no discrimine en perjuicio de una sola persona o actividad frente a las demás. En el presente caso, estamos ante un tributo que dentro de un mismo artículo grava actividades bancarias y financieras, comercio en bienes inmuebles, barberías, billares, salones, estacionamientos, etcétera. **En el caso de las accionantes, se les cobra un tributo sobre ingresos por intereses y comisiones con un máximo del cinco por mil; en el caso de comercio en bienes inmuebles, se cobra el tributo sobre comisiones al 3 por mil; en servicios de almacenaje, el cinco por ciento de la entrada bruta, etcétera. Como ya se dijo, el pago de patente es un impuesto para ejercer la actividad, el cual se ha fijado en forma general en el artículo 14 de la ley 5694; en el artículo 15 se establecen excepciones a la norma general, pero esas excepciones no pueden existir para agravar la situación de ciertos contribuyentes porque debe existir una proporción entre el monto cobrado y la naturaleza del tributo, que como se dijo, en este caso no es un impuesto a las utilidades, sino para mantener la vigencia de una licencia para el ejercicio de una actividad, de tal manera que no se puede crear una categoría cuando no hay razón para crearla, existiendo entonces discriminación al no aplicar la regulación genérica del artículo 14 de la referida Ley, que ya contiene las actividades bancarias, siendo a juicio de esta Sala inconstitucional la norma impugnada, y por conexidad, la reforma del inciso a) del artículo 15 que aquí nos ocupa, hecha mediante ley 7275. (Subrayado no es del original)***

VI. Sobre el alegato de discriminación en relación a los Bancos del Estado: Los Bancos estatales no dependen de un acto autorizativo de la Municipalidad para poder funcionar, la autorización para que éstos funcionen, deriva de la Ley que los crea como instituciones autónomas (artículo 189 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional), la actividad de los Bancos estatales no es lucrativa, consiste en la prestación de un servicio público de naturaleza comercial, limitada por el interés público, y no teniendo los Bancos estatales fin de lucro, en caso de reportar utilidades, éstas tienen un destino diferente al de las utilidades de los Bancos privados, por lo que no hay violación al principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que no se han producido los supuestos del hecho generador del tributo, por ello, los Bancos Estatales están también exonerados del pago del impuesto por la naturaleza misma de la actividad."

Tales argumentos son plenamente aplicables al artículo 15 inciso a) de la ley 6470 del quince de octubre de mil novecientos ochenta, el que, como se dijo, es copia textual del artículo 15 inciso a) de la ley 5694 y en consecuencia, procede declarar inconstitucional el citado artículo 15 inciso a) de la ley 6470 que es Ley de impuestos de la Municipalidad del Cantón de Goicoechea."

II.- De las resoluciones mencionadas se puede observar claramente la similitud que guardan los artículos ahí impugnados con la norma cuya inconstitucionalidad acusa el aquí promovente y en consecuencia, la aplicabilidad que a ella tienen las razones citadas, procediendo acoger interlocutoriamente esta acción, con base en las facultades que para ello concede a la Sala el artículo 9 párrafo tercero de la Ley de esta Jurisdicción, declarando en consecuencia, inconstitucional el artículo 14 inciso a) de la ley 7248 del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno, sobre patentes de la Municipalidad de Cartago. Lo anterior, sobre todo teniendo en cuenta que también, en el numeral 5 de esa misma Ley está regulada una tabla genérica que impone un tributo menor, lo que refuerza la lesión al principio de igualdad, en sentido tributario, según se observó en las sentencias que fundamentan este fallo.

III.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional esta declaratoria tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia de dicha norma; sin embargo, cabe hacer una especial referencia al dimensionamiento de los efectos de dicha declaratoria por cuanto, esta acción se acoge interlocutoriamente, lo que significa que no se ha considerado necesario darle la tramitación del caso, en virtud de la existencia de precedentes suficientes en qué fundamentar el fallo. En primer término, se aclara que en lo concerniente al promovente de esta acción, los efectos de la declaratoria son retroactivos a la fecha de emisión de la norma, por ser siempre esa retroactividad irrestricta para quien la haya cuestionado, debiendo en consecuencia, repetir la Municipalidad lo pagado con base en el impuesto adicional del artículo 14 inciso a) de su Ley de Patentes. En segundo, para los demás casos, y con base en el artículo 91 citado, en especial, con el fin de mantener el orden público -que en este caso sería el evitar lesión alguna a las finanzas del ente local- se mantienen los pagos efectuados a la Municipalidad de Cartago hasta un mes después de la fecha en que esta resolución sea publicada en su totalidad en el Boletín Judicial, a partir de la cual no podrá recibir ningún pago que se haga con base en la norma que en esta sentencia se anula.

Por tanto:

Se acoge interlocutoriamente la acción. Se anula por inconstitucional el inciso a) del artículo 14 de la ley 7248 del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno. (...)

En relación con el principio de igualdad, éste establece que, no se puede discriminar en ninguna circunstancia sea personal o social, ni es posible diferenciar sin justificación objetiva y razonable.

La igualdad en la aplicación de la ley: obliga a que los operadores jurídicos deben aplicar la ley igual para todos aquellos, que se encuentren en la misma situación de hecho.

En el caso de los jueces que tienen independencia, el principio de igualdad lo que exige es, que no exista una interpretación arbitraria o una ruptura irreflexiva, o irrazonada de los precedentes.

La igualdad en la ley: es la que se genera frente al legislador y que cubre el poder reglamentario de la administración, impide configurar a los supuestos de la norma de forma tal, que se dé un trato diferente a las personas, que desde el punto de vista legítimamente adoptables se encuentran en la misma situación de hecho.

En este punto sería importante analizar la Posición de la Sala Constitucional en relación con la ley que penalizaba la violencia contra la mujer, donde la Sala en Voto de mayoría consideró que no existía violación al principio de igualdad; veamos el voto 3441 del 2004:

"(...)V.- Principio de igualdad: Los consultantes consideran que lo dispuesto en los artículos 1 y 2, situación que también aprecian en la totalidad del proyecto, infringe el principio de igualdad, reconocido en el artículo 33 de la Constitución Política, porque con las normas ahí contenidas se pretende penalizar la violencia únicamente cuando la víctima es una mujer adulta, condición que estiman discrimina groseramente, no sólo en contra de los hombres, sino también de otras personas que no están exentas de convertirse en víctimas de violencia, como: discapacitados, niños, adultos mayores. Al respecto, señalan también que resulta discriminatorio el hecho de que se haya excluido de la tutela que se pretende con este proyecto a mujeres menores de edad, argumentando únicamente la existencia de relaciones fundadas en el ejercicio de la autoridad parental, cuando existen otros supuestos para los que no resulta aceptable negar dicha cobertura. En cuanto a este aspecto, las disposiciones sobre las que en concreto los consultantes expresan dudas u objeciones de constitucionalidad, señalan:

"ARTÍCULO 1.- Fines

La presente ley tiene como fin proteger 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 las relaciones de poder o confianza, 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 N° 6968, de 2 de octubre de 1984, así como en la Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995."

"ARTÍCULO 2.- Ámbito de aplicación

Esta ley se aplicará cuando las conductas tipificadas en ella como delitos penales se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de poder o de confianza.

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 la autoridad parental."

Del contenido de las disposiciones transcritas se desprende claramente, que lo que se pretende con el proyecto es reprimir y sancionar conductas que discriminan por razones de género en perjuicio de la mujer y que se manifiestan como violencia física, psicológica, sexual y patrimonial que afecta exclusivamente a mujeres mayores de edad y a mujeres entre 15 y 18 años, siempre que no se produzcan en el marco de una relación derivada del ejercicio de la autoridad parental. De previo a entrar de lleno en el análisis de la acusada infracción del principio de igualdad, la Sala observa que existe un aspecto anterior que debe analizar por su directa relación con el cuestionamiento que se hace del principio de igualdad. Este aspecto atiende al carácter especial de la ley que se pretende aprobar. En ese sentido, la pregunta que cabe hacerse es si resulta constitucionalmente factible la promulgación de una ley penal especial que desde esta rama del derecho, sea, la penal, regule el problema de la discriminación en contra de la mujer, manifestado a través de la violencia física, sexual, emocional y patrimonial, protegiendo bienes jurídicos y, en consecuencia, sancionando su puesta en peligro concreto o lesión. De ahí que se hable de la posibilidad de dictar reglas penales separadas o –si se quiere- excluidas, por razón de la especialidad de la materia que regulan, de lo que podría denominarse como régimen general de derecho penal que en nuestro ordenamiento lo constituye el Código Penal. Para dar respuesta a esta interrogante, cabe señalar que el artículo 39 de la Constitución Política –entre otras cosas- dispone que a nadie se le hará sufrir pena por conducta que no haya sido previamente definida como delictiva por una ley. Esto significa –en términos generales- que el principio de reserva de ley constituye un límite a la potestad de ius puniendi del Estado, reconocido en la Constitución. Ahora bien, la existencia de esa reserva de ley en materia de delitos y penas, no se traduce –en nuestro ordenamiento- en lo que la doctrina ha denominado "una reserva de Código" o de unidad de Código. Es decir, no se exige que las disposiciones normativas que crean delitos e imponen o agravan penas deban estar necesariamente contenidas, inscritas en un mismo cuerpo normativo estructurado como una unidad, situación representada en nuestro sistema penal sustantivo por el Código Penal. De lo hasta aquí expuesto se observa que existe una íntima relación entre la posibilidad que tiene el legislador de dictar una ley penal especial –separada del régimen general- y la garantía del principio de igualdad, entendido en este caso como igualdad en la ley, en el marco de ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Al respecto, se observa que no solo la simple especialidad de la materia que regula el proyecto y que justifica a criterio de esta Sala la adopción de una ley penal especial, sino ya la especificidad que dicha materia involucra, permite afirmar, por las razones que a continuación de detallan, que este proyecto no infringe el principio de igualdad en la ley, ni discrimina por razón del género en perjuicio del hombre o de las mujeres menores de 15 años. En ese sentido, se reitera que

del contenido de los artículos 1 y 2 del proyecto claramente se desprende que con el proyecto se pretende reprimir y sancionar penalmente conductas constitutivas de discriminación en contra de la mujer mayor de edad, manifestadas por medio de la violencia, en sus distintas formas. Del contenido de los indicados artículos también se desprende que el legislador, en atención a la especificidad de la materia que regula por medio de este proyecto, pretende cumplir compromisos adquiridos por el Estado costarricense al haber aprobado instrumentos internacionales protectores de derechos fundamentales, concretamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Ley No.6968 de 2 de octubre de 1984 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada por la Ley No.7499 de 2 de mayo de 1995. En el marco de dichos instrumentos internacionales, el Estado costarricense condena la discriminación contra la mujer y la reconoce como una gravísima situación de desventaja generalizada y arraigada en la estructura cultural. En consecuencia, conviene en adoptar medidas concretas para su erradicación, entre ellas, medidas legislativas adecuadas para su sanción, así como otras de carácter especial y temporal encaminadas a acelerar el proceso de obtención de la igualdad de facto entre el hombre y la mujer (artículos 2 inciso b) y 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). En sentido similar, el Estado costarricense reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de la discriminación por razón del género que constituye una gravísima ofensa a la dignidad humana y que impide o anula el ejercicio de la mayoría de sus derechos fundamentales. Bajo este estado de cosas, condena toda forma de violencia contra la mujer y conviene en adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia (artículos 1 a 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Dentro de esas medidas destaca la aprobación de normas penales necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (artículo 7 incisos c), d) y e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Así mismo, se obliga a establecer dichas medidas, tomando en cuenta especialmente la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de una serie de factores como: raza o condición étnica, situación de refugiada, emigrante o desplazada, embarazo, discapacidad, situación económica desfavorable, afectación por conflictos armados o privación de libertad (artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Queda claro entonces, que con el proyecto de ley que se consulta y su condición de ley penal especial que sanciona la violencia contra la mujer como manifestación de discriminación en su perjuicio, el legislador, no solo cumple compromisos adquiridos por el Estado costarricense al aprobar las anteriores Convenciones, sino que actúa movido por el reconocimiento que ha hecho (al aprobar las Convenciones) de la especificidad en que se encuentra un determinado sector de la población, sea, la mujer, victimizado por la discriminación manifestada por medio de la violencia. De ahí que atendiendo a las obligaciones contraídas a nivel internacional en el sentido de adoptar medidas concretas, incluidas las legislativas y, específicamente, las penales, para erradicar la discriminación por razón de género en perjuicio de las mujeres, manifestada por medio de la violencia, resulte constitucionalmente irreprochable el empleo de una ley penal especial y específica como alternativa para sancionar una de las ofensas más graves a la dignidad humana que se conocen y que la propia Sala ha calificado como "grosera" y "un mal estructural", para cuya erradicación se requiere de la adopción de medidas específicas (véase por todas, la sentencia 3419-2001 de las 15:29 horas del 2 de mayo de 2001). En realidad, lo que el legislador ha hecho en este proyecto es un ejercicio

legítimo de la denominada acción afirmativa manifestada penalmente dada la especificidad y la gravedad de la materia regulada. En relación con la acción afirmativa, entendida como el uso necesario de regulaciones específicas para abolir la discriminación en contra de la mujer, la Sala ha dicho que es una forma legítima de reacción del Estado que no infringe el principio de igualdad, a pesar de que imperativamente intente abolir una situación de discriminación que considera se superará únicamente si se le otorga a la mujer una protección o participación reforzadas, mediante regulaciones especiales (véase por todas, la sentencia 3419-2001 de las 15:29 horas del 2 de mayo de 2001). De ese trato especial y calificado o protección particularmente acentuada, no es posible excluir razonablemente la promulgación de una norma penal especial y específica. Por el contrario, una ley propuesta en esos términos coincide con la naturaleza de las medidas (especiales y específicas) que el Estado puede adoptar por medio de la acción afirmativa y a las que en este caso específico se comprometió al suscribir las indicadas Convenciones. Esto permite analizar también desde la perspectiva que proporciona el ejercicio de la acción afirmativa, entendida como medidas especiales y específicas de protección reforzada, la situación de las mujeres menores de 15 años y entre 15 y 18 años cuando está de por medio el ejercicio de derechos y obligaciones propios de la relación parental. Aquí, cabe traer a colación también el argumento de la especificidad, porque el legislador lo que está valorando es la particularidad que plantea la discriminación manifestada por medio de la violencia en perjuicio de la mujer y que le permite diferenciar la situación de sectores determinados de mujeres, por razón de la vulnerabilidad a la violencia que sufran o puedan sufrir. Este criterio diferenciador se hace patente con lo dispuesto en el indicado artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que compromete al Estado parte a considerar esa especial situación de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir determinados sectores de mujeres por razón de distintos factores como: raza, estatus o condición migratoria, condición de discapacidad, estado de embarazo, edad, etc. Como se observa en la especie el legislador valora que un sector determinado de mujeres por razón de la edad son victimizadas por conductas discriminatorias manifestadas por medio de la violencia. Es a dicho sector al que, en ejercicio de la acción afirmativa, protege de manera reforzada con esta legislación penal especial y específica, situación con la que no se puede entender que desprotege a otros sectores, sean de hombres o mujeres, en tanto existan o puedan existir normas penales que provean a su protección. De ahí que el proyecto bajo consulta y, concretamente, los artículos 1 y 2, no configuren infracción al principio de igualdad en la ley, reprochable constitucionalmente, por no estarse configurando una ley penal discriminatoria en perjuicio del hombre o de las mujeres menores de edad. (...)”

Se consideró que esta ley no era discriminatoria, sino que estaba conforme con las normas y compromisos internacionales que pretenden una dar diferenciación necesaria para lograr igualdad y erradicar la violencia contra la mujer. Sin embargo, sería importante valorar si estas normas más bien generan desigualdad por proteger de la violencia únicamente a las mujeres mayores de edad, y dejar de lado otros grupos

víctimas usuales de violencia, como los menores, situación a la que hace referencia el

Voto Salvado del Magistrado Luís Paulino Mora Mora, al decir:

“(...) Exp. 04-001884-007-CO

Nota separada del Magistrado Luís Paulino Mora Mora en relación con los artículos 1 y 3 y voto salvado en cuanto los artículos 2, y 42 del proyecto consultado: (...)

Reconozco aquí como lo he hecho en otras oportunidades, que es cierto que tratándose de ciertos tipos de violencia, especialmente la doméstica, esa violencia tiene rostro de mujer, al ser ésta la que ha llevado la peor parte de una cultura insensata e insensible que niega la dignidad humana, precisamente a quienes más la tienen: los niños, las mujeres y los adultos mayores. De manera que espero que el razonamiento que de seguido haré no de pie para que se estime que me opongo a la penalización de la violencia contra la mujer, o peor aún, que mi pensamiento es un reflejo de la cultura machista. Todo lo contrario, estoy totalmente de acuerdo con la protección especial de la mujer y creo que el tema de su victimización es un tema impostergable para la sociedad y el Estado costarricense, como creo también que lo es el de la protección de las víctimas de la violencia independientemente de su sexo o edad. En ese sentido, reconozco que existen sobradas razones para que el Estado intervenga, en su tarea de garante del respeto a los bienes jurídicos fundamentales, incluso a través de una respuesta penal, debido a la magnitud del problema en la actualidad. No porque estime que la sanción penal vaya a cambiar la conducta de las personas, porque lamentablemente no lo hará, sino por el derecho de la víctima a redimir de alguna forma su dolor. Esa respuesta penal puede ser dentro o fuera del Código Penal –a través de una Ley especial-, según lo estime conveniente el legislador, que es a quien compete, sin discusión, dar una determinada orientación político-criminal. De manera que el tema de si la problemática de la violencia contra la mujer se puede o no abordar fuera del Código Penal a través de una Ley Especial en cumplimiento de las obligaciones que el país ha contraído en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, no tiene a mi juicio ningún roce Constitucional. Si quisiera señalar que en cuanto al artículo 1 que establece los fines de la Ley que se consulta, hago nota separada –aunque puede parecer contradictorio con lo que luego voto en cuanto a la inconstitucionalidad de varios tipos, pero que no lo es-, en el sentido de que estimo que si bien es cierto nuestro país tiene obligaciones especiales para instrumentalizar las Convenciones citadas, y que reconozco que lo puede hacer a través de una ley especial, al hacerlo no se justifica que lo haga en perjuicio de otros grupos vulnerables, como adultos mayores, niños, o varones en general. Es decir, no estimo que para tutelar a la mujer, deba desconocerse el principio de igualdad jurídica que es fundamental en un Estado de Derecho. Mi observación principal en este punto es que según ya señalé, la violencia social no respeta fronteras de ningún tipo, incluidos los géneros, constituye un flagelo que lamentablemente invade a toda la sociedad, que trasciende las fronteras y cuyas causas radican en una multiplicidad de factores. Es por esto que me parece que el legislador, en atención al principio de igualdad, debe legislar pensando en la víctima como persona, como ser humano y no sólo en su sexo, debe dársele una respuesta integral al problema de combatir la violencia. Hago pues una objeción general a que se estructuren tipos penales específicos a favor de la mujer como víctima, en una problemática que trascienda la esfera del género, la familia, la edad, la condición económica, entre otros. Si bien la violencia afecta especialmente a la mujer, también dentro o fuera del ámbito familiar, en relaciones de poder o confianza, puede afectar, y de hecho lo está haciendo, a otros grupos sociales que requieren

también de la protección estatal: hombres, adultos mayores, niños y niñas. El hecho de que esta violencia sea de menor escala, no justifica –a mi entender– la invisibilidad de estos grupos frente a la tutela del legislador. No estimo que la renuncia a hacer referencia al sexo de la víctima, para por el contrario, tutelar a la persona como ser humano, implique renunciar a dar a la mujer la justa tutela que merece frente al problema que ahora ocupa la atención del legislador. Me parece más adecuada la salvaguarda que hace el proyecto de Código Penal sobre este tema, en cuanto tutela a todo ser humano, independientemente del sexo o edad, siempre que haya una relación de poder, dentro o fuera del ámbito familiar, otorgándole de esa forma un tratamiento integral a un problema de la sociedad actual. Mi posición encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política y 1º, 4 y 5 inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...)”

SECCION III

LOS LÍMITES A NUESTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Expresa Rubén Hernández Valle, que existe un eterno conflicto entre la relación Ciudadano Estado, es decir, entre la libertad y la autoridad.⁸

Todos los derechos fundamentales nacen limitados porque se ejercitan en el marco de la sociedad, donde mi derecho debe permitir que los otros ejerciten el suyo, el régimen democrático lo que hace es organizar su ejercicio. Se debe distinguir entre límites y limitaciones; los primeros, definen el contenido del derecho mismo; las limitaciones, son los límites en el ejercicio del derecho que impone el ordenamiento en forma general para todos, o bien, para algunos de ellos.

En Costa Rica, las limitaciones o límites externos están en el Art. 28 de la Constitución Política, que hace referencia a: 1. El orden público, 2. La moral y las buenas costumbres, y 3. Los derechos de tercero. También constituyen limitaciones los llamados deberes constitucionales de los artículos 18 y 19 de la Constitución Política.

⁸ Hernández Valle Rubén (2002). El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica. 1º Edición. Costa Rica, Editorial Juricentro, pág. 36.

1. EI ORDEN PÚBLICO

El orden público no tiene una determinación absoluta, porque es un concepto que varía según el tiempo y el espacio. También debe distinguirse entre orden público constitucional y orden público administrativo, el primero, referido a Estado – ordenamiento como sistema unitario y coherente de principios y normas; el segundo, se refiere al Estado-persona en relación con los poderes de policía y de seguridad interna.

Desde el punto de vista constitucional, el orden público está integrado por todos los principios fundamentales de carácter económico, social, político, ético, que se derivan de valores y principios de la Constitución. Vgr. el respeto a la dignidad humana, la igualdad ante la ley, etc.

Voto 3350-92 define el orden público, como “...el conjunto de principios que, por una parte atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social.”

En cuanto al orden público administrativo, éste está compuesto por tres áreas: la tranquilidad, la salubridad y la seguridad. La tranquilidad se refiere al descanso y la calma en la ciudad, la ausencia de ruidos modernos; la salubridad consiste en el mantenimiento de cierta higiene para salvaguardar la salud pública, y la seguridad, que

tiene como fin prevenir los delitos mediante una vigilancia que compruebe la conducta de los administrados.

2. LA MORAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES

Los conceptos de moral y buenas costumbres se entienden como uno solo, y se refieren a aquellas reglas de moralidad media, que la opinión pública reconoce como válidas en un momento histórico determinado.

Voto: 3550-1992 de la Sala Constitucional:

“...XXI - Por su parte, la moral no puede concebirse más que como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad;...”

3. LOS DERECHOS DE TERCEROS:

Significa, que no se pueden perjudicar los derechos de terceros, sean éstos de carácter público o privado. Cuando se dan colisiones de derechos, estos deben jerarquizarse, dado que sólo se justifica regular y limitar la libertad para la protección de derechos de igual o superior rango.

Voto 3550-1992 de la Sala Constitucional:

“...y los derechos de terceros necesariamente tienen que jerarquizarse, tanto en sí mismos, como en su dimensión concreta, en el sentido de que sólo se justifica regular y eventualmente limitar la libertad para proteger derechos de igual o mayor rango, frente a amenazas de igual o mayor intensidad. Así, el sistema de la libertad costarricense, deja fuera del alcance de la ley -léase, de la acción del Estado- una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y consiguientes derechos y libertades fundamentales. El artículo 79 constitucional es claro al establecer la enseñanza como una libertad y no como un servicio público; en consecuencia y en virtud del artículo 28 constitucional, la ley no puede invadir la esfera de la actividad privada de enseñanza, si ésta no causa perjuicio a terceros, a la moral o al orden público, en los alcances restrictivos señalados. ...”

LOS DEBERES CONSTITUCIONALES

Son deberes aquellos comportamientos, de carácter positivo o negativo, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no le son propios, sino más bien de otros sujetos o intereses que pertenecen a toda la comunidad.⁹

De la Constitución Política deriva una serie de deberes en perjuicio de los ciudadanos, los cuales por medio de la ley se concretan en obligaciones específicas, y son impuestos en razón del interés público y se encuentran dentro del concepto de relación de sujeción del sujeto privado respecto del Estado.

Los artículos 18 y 19 CP, establecen tres deberes para nacionales y extranjeros; a) respetar la Constitución y las leyes, b) defender a la Patria y c) contribuir para los gastos públicos.

4. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional ha indicado reglas de interpretación en materia de derechos fundamentales, así:

Voto 1139-97: "Para analizar la constitucionalidad de un límite impuesto a un derecho, debe estudiarse si dicho límite quebranta o no el contenido esencial del derecho. El límite de los límites está inserto en la propia necesidad de justificación de

⁹ Hernández Valle Rubén. Op. Cit. pág.41.

éstos. Debe realizarse una relación entre la limitación y el bien cuya protección se persigue. De manera, que ha de realizarse el juicio de proporcionalidad (prohibición del límite arbitrario) y el juicio de razonabilidad (resistencia frente a una limitación injustificada). Es una especie de juicio económico donde ha de analizarse la relación: costo, beneficio y sacrificio del derecho fundamental. El contenido esencial o núcleo del derecho, es lo constitucionalmente garantizado, no así el resto del derecho."

En cuanto al tema de las limitaciones a los derechos fundamentales, vale la pena rescatar lo dicho por la Sala Constitucional en el Voto 3550-1992:

"...F - Las Limitaciones Legítimas de la Libertad:

XVII - Desde luego, los derechos y libertades fundamentales están sujetos a determinadas restricciones, las necesarias, pero nada más que las necesarias a la vigencia de los valores democráticos y constitucionales. No obstante, como han dicho el Tribunal Europeo (caso The Sunday Times, pgr. 59) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-5/85, pgr. 46), para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente que sea "útil", "razonable" u "oportuna", sino que debe implicar la "existencia de una necesidad social imperiosa" que sustente la restricción. Por ello, para que las restricciones a la libertad sean lícitas constitucional e internacionalmente, "deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... la restricción -por otra parte- debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" (Corte Interam., OC-5/85, id.). Estos criterios de interpretación, que han mantenido también los grandes tribunales supremos o constitucionales -por ejemplo, los europeos, el de los Estados Unidos de América, el de la Argentina-, son una aplicación moderna de la vieja regla de las Partidas, según la cual: "Cuando en pleito sobre libertad o servidumbre discorden los jueces, siendo tantos los que sentencien por la primera como los que sentencien por la segunda, valdrá lo favorable a la libertad" (Partida III, título 32, ley 18).

XVIII - Ello implica, por una parte, que la restricción debe ser imperiosa socialmente y, por ende, excepcional, como tal de interpretación restrictiva, de manera que en caso de duda debe preferirse siempre la libertad; por la otra, que la misma interpretación del "bien común" ha de hacerse en el contexto del orden constitucional como un todo, de conformidad con su sistema de valores fundamentales -en Costa Rica, en resumen, los de la democracia, el Estado de derecho, la dignidad esencial del ser humano y el "sistema de la libertad"- . No fue por mero accidente que la Ley General de la Administración Pública, cuyo sentido principista es evidente, definiera el interés público como "la expresión de los intereses coincidentes de los administrados" (art. 113.1);

imponiendo, como criterios para su apreciación, "los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia" (art. 113.3), y distinguiéndolo claramente del interés transitorio o subjetivo de la Administración, valga decir, del de los administradores públicos (art. 113.2).

XIX - En verdad, los conceptos de moral, de orden público o de la necesaria protección de los derechos de terceros, como indeterminados, autorizan una cierta flexibilidad, pero que no implica en ningún caso arbitrariedad y que está sujeta, como lo está la misma discrecionalidad, al contralor jurisdiccional; contralor que, según lo han reconocido invariablemente la jurisprudencia y la doctrina, tiene que ejercerse según criterios de racionalidad y razonabilidad (Art. 15 y 16 L.G.A.P.); flexibilidad, o discrecionalidad, pues, que en ningún caso pueden implicar arbitrariedad. ..."

En cuanto a limitaciones a los derechos fundamentales que son válidas, tenemos como ejemplo, el voto 6482-1996, que en relación con limitaciones de participar en la política por parte de funcionarios judiciales, manifestó:

"...VI.-En resumen, pues, el contenido de la citada norma no es inconstitucional ya que se entiende que hay un sistema de garantías para el ejercicio de la función pública, sistema que tiene también un soporte ético, y que guarda relación con la realización del principio de igualdad de trato para todos los administrados." (Sentencia N 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993). De la sentencia anterior, se desprende la protección especial que reviste la función pública. Al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir al menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad de los funcionarios, del principio-deber de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública. En el fondo lo que existe es una exigencia moral de parte de la sociedad en relación a la prestación del servicio público. El régimen de incompatibilidades persigue evitar que corra peligro la función pública, con el consecuente perjuicio para la administración y los usuarios, que resultaría inaceptable. El sistema de garantías para el ejercicio de la función pública, tiene un soporte ético relacionado con el principio de igualdad de trato para todos los administrados. Todo lo contrario a lo que se afirma en la acción. En lo que atañe a ésta acción, a juicio de la Sala, las limitaciones a los derechos de reunión y libertad de expresión relacionadas con asuntos de política electoral de que son objeto los servidores judiciales, encuentran apoyo constitucional porque como se dijo, la actitud que deben asumir las personas que laboran para el Poder Judicial debe ser acorde con los fines y propósitos de esta Institución. La Justicia es imparcial, por ende se exige que los servidores judiciales sean -tema ético- y aparenten ser -asunto relacionado con la opinión pública- imparciales; y en el caso específico de los servidores que administran justicia, además de imparciales deben ser independientes. En cambio, la política no se caracteriza precisamente por la imparcialidad, sino todo lo contrario, se tiene una determinada ideología y un programa político de partido, que conlleva parcialidad en las opiniones y actuaciones de los partidarios a favor de esa ideología en concreto. Por definición, política es la lucha abierta por el poder. La política se caracteriza por generar polémica sobre las distintas formas de apreciar los problemas sociales, económicos, etc. del país, las prioridades que se les debe asignar y las posibles soluciones a éstos. Con frecuencia la política es terreno fértil para la proliferación de disputas que además de enconadas son públicas.

La actividad electoral se despliega a través de una secuencia de actos regulados por ley. Tiene como objetivo la preparación, ejecución, control y valoración de la materia electoral, así como la declaración y publicación de sus resultados. El proceso electoral tiene como protagonista a un país entero y se refiere a un aspecto crucial en su vida civil, como lo es la representación política del pueblo en los órganos de dirección del Estado. Hay distintas formas de intervenir en la actividad electoral, dependiendo del grado de participación de las personas. Hay quienes se limitan a tener un partido de su preferencia y a emitir su voto el día de las elecciones generales; hay otros que participan en plazas públicas o gustan de colocar banderas y otros distintivos en sus viviendas o vehículos; así como también hay quienes participan más de lleno, incluso en período de precampaña, participan en las elecciones internas de cada partido político, organizando o dirigiendo de alguna manera los preparativos o preliminares de una campaña electoral. Es decir, dentro del espectro de posibilidades hay una gran variedad de opciones, que van desde una mínima hasta una máxima participación. Para analizar la constitucionalidad de un límite impuesto a un derecho, debe estudiarse si dicho límite quebranta o no el contenido esencial del derecho. El límite de los límites está inserto en la propia necesidad de justificación de éstos. Debe realizarse una relación entre la limitación y el bien cuya protección se persigue. De manera que, ha de realizarse el juicio de proporcionalidad (prohibición del límite arbitrario) y el juicio de razonabilidad (resistencia frente a una limitación injustificada). Es una especie de juicio económico donde ha de analizarse la relación: costo, beneficio y sacrificio del derecho fundamental. El contenido esencial o núcleo del derecho, es lo constitucionalmente garantizado, no así el resto del derecho.

Estima la Sala que en el caso bajo examen, a los servidores judiciales no se les niega el derecho constitucional al sufragio (artículo 93), ni el contenido esencial de la libertad de pensamiento y de expresión (artículos 28 párrafo primero y 29), porque las limitaciones que se imponen a estos servidores, mediante las normas y acuerdos impugnados, se refieren a ciertas formas de manifestación llamativa, pública, actos en que se compromete la autoridad o el cargo, no necesariamente para beneficiar al partido político de su preferencia, sino en demostración de que tal situación se podría presentar, dadas las públicas preferencias. En tal caso, eso implicaría de parte del servidor judicial una conducta antijurídica y no el ejercicio de un derecho o libertad (ver sentencia N 980-91 de las 13:30 horas del 24 de mayo de 1991, considerando ch- in fine). Las limitaciones impugnadas se justifican porque la justicia no sólo debe ser imparcial, sino que debe además, dar una imagen cristalina de que así es efectivamente. Por otra parte, al Poder Judicial como institución le interesa mantener un ambiente de trabajo imparcial, exento de sobresaltos políticos, con el fin de permitir relaciones internas -entre compañeros de trabajo- y externas -atención a los usuarios-, limpias de toda influencia ajena a la ley y al Derecho. De lo contrario, se podría poner en peligro la prestación del servicio público justicia. Es así como, la Sala considera que para el Estado es fundamental adoptar medidas legislativas tendientes a garantizar los deberes de independencia e imparcialidad de los servidores públicos, máxime en el caso de los servidores judiciales por la naturaleza misma de la función jurisdiccional. En consecuencia, tiene validez constitucional limitar el ejercicio de los derechos electorales de los servidores judiciales a la emisión del voto el día de las elecciones generales, ya que una manifestación pública más activa que ésta, puede ser confundida e incluso mal interpretada, creando una imagen de parcialidad política del servidor judicial, que tiene a la vez el deber ético de colaborar con la realización de los fines y propósitos de servicio de la Institución para la cual labora. De esta manera se contribuye al fortalecimiento de la confianza y credibilidad en el sistema judicial...."

En relación con la interpretación de derechos fundamentales, existen normas o límites para su interpretación, así tenemos el PRINCIPIO PRO HOMINE, según el cual, el derecho debe interpretarse y aplicarse de manera que más favorezca al ser humano (voto SC 3173-93), y el PRNCIPIO PRO LIBERTATIS que refiere, que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible; en palabras claras, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y restrictivamente todo lo que la limite. (Voto SC 3173-93).

"...XX - El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio pro libértate, el cual, junto con el principio pro homine, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos: según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera que en el primer caso, se trate de amenazas graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; o como "el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social" (Corte Plena, sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982); ..." (Voto 3550-1992 Sala Constitucional)

SECCION IV

EL GÉNERO

1. EVOLUCION DEL GENERO (HISTORIA)

"Mis padres no me dejaban jugar, ni siquiera estudiar con mis hermanos; aduciendo que las hembras no eran iguales, y lo que hacía un macho bien estaba, pero con las niñas era diferente..."¹⁰

¹⁰ Revista Ciencia, Innovación y Desarrollo. Ciudad de la Habana. Volumen 9. No.2. pág. 25-31. 2004

Debemos iniciar esta sección siendo claros, que ha habido una ardua lucha por lograr la equidad del género entre el hombre y la mujer, las inequidades estructurales y las relaciones desiguales de poder hacen que las mujeres y los hombres no gocen de los mismos derechos socioeconómicos y políticos. La promoción de derechos iguales para mujeres y hombres no pretende imponer un modelo universal de relaciones de género, común a todas las sociedades y culturas.

El objetivo de la igualdad es simplemente permitir tanto a las mujeres como a los hombres, definir la equidad de género a la que aspiran en sus contextos particulares, es decir, que cada uno de los dos se sienta que puede llegar a lograr lo que quiere hacer. Hemos visto una evolución histórica a partir de los primeros años en los cuales la mujer era considerada simplemente un animal reproductor, lo que no era nada funcional excepto para tener hijos, a un Estado moderno en el cual, se le garantizan iguales derechos; hombres y mujeres por igual, es lo que se plantea.

Entendemos el género como un derecho fundamental, es decir, un derecho inherente a la calidad humana, perteneciente a la persona por sí misma, para que las mujeres y hombres tengan los mismos derechos, deben estar en capacidad de participar en los procesos de toma de decisiones, apoyar la participación de las mujeres y de los hombres en las estructuras decisionales de un país para que definan sus prioridades y estrategias de desarrollo, lo anterior, analizado por la Sala Constitucional en su voto 03419-2001, donde garantiza que la mujer va a tener un

mínimo de un 40 por ciento de la conformación total de un partido político, no se ve como desigualdad, ya que con estos medios, el Estado lo que busca es que se logre la efectivamente el principio de igualdad, del cual hablaremos más adelante; lo anterior está fundamentado en los artículos 33 y ss. de la Constitución Política.

2. CONCEPTO GENERAL DE GENERO

El Diccionario de la lengua española Espasa-Calpe 2005, nos lo define como lo siguiente:

2.1. Género

1. *Conjunto, grupo con características comunes.*
2. *Clase a que pertenecen personas o cosas.*
3. *Cualquier mercancía de un comercio.*

2.2. Género:

Especie, conjunto de cosas, animales o plantas que tienen caracteres comunes, común de dos, también entendido como el nombre que se puede acompañar por atributos femeninos y o femeninos, y que no es común ni epiceo.¹¹

3. CLASIFICACION DE CONCEPTOS DEL GÉNERO

3.1 PROFESIONALES.

3.1.1 Marta Lamas: *El sistema Sexo-Género es, por lo tanto, el objeto de estudio más amplio para comprender y explicar el par: Subordinación Femenina – Dominación Masculina¹².*

¹¹ Diccionario Océano Ilustrado (1997). Segunda Edición, Barcelona España, Graficas Estella S.A.

¹²http://www.cetrade.org/v2/revista_transicion/2004/revista_53_los_candidatos/mujeres_en_transicio_n, lunes 25 diciembre 2007, al ser las 10.25 minutos

En su artículo acerca de la perspectiva de género, Marta Lamas nos dice, que hay tres instancias básicas:

a) La asignación (rotulación, atribución) de género.

Ésta se realiza en el momento en que nace el bebé, a partir de la apariencia externa de sus genitales. Hay veces que dicha apariencia está en contradicción con la carga cromosómica, y si no se detecta esta contradicción, o se prevé su resolución o tratamiento, se generan graves trastornos¹³.

b) La identidad de género.

Se establece más o menos a la misma edad en que el infante adquiere el lenguaje (entre los dos y tres años) y es anterior a su conocimiento de la diferencia anatómica entre los sexos. Desde dicha identidad, el niño estructura su experiencia vital; el género al que pertenece lo hace identificarse en todas sus manifestaciones: sentimientos o actitudes de «niño» o de «niña», comportamientos, juegos, etcétera. Después de establecida la identidad de género, cuando un niño se sabe y asume como perteneciente al grupo de lo masculino y una niña al de lo femenino, ésta se convierte en un tamiz por el que pasan todas sus experiencias. Es usual ver a niños rechazar algún juguete porque es del género contrario, o aceptar sin cuestionar ciertas tareas porque son del propio género. Ya asumida la identidad de género, es casi imposible cambiarla.

c) El papel de género.

El papel (rol) de género se forma con el conjunto de normas y prescripciones que dictan la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino. Aunque hay variantes de acuerdo con la cultura, la clase social, el grupo étnico y hasta al nivel generacional de las personas, se puede sostener una división básica que corresponde a la división sexual del trabajo más primitiva: las mujeres paren a los hijos, y por lo tanto, los cuidan: ergo, lo femenino es lo maternal, lo doméstico, contrapuesto con lo masculino como lo público. La dicotomía masculino-femenino, con sus variantes culturales (del tipo del yang y el yin), establece estereotipos las más de las veces rígidos, que condicionan los papeles y limitan las potencialidades humanas de las personas al estimular o reprimir los comportamientos en función de su adecuación al género.

“Lo que el concepto de género ayuda a comprender es que muchas de las cuestiones que pensamos que son atributos «naturales» de los hombres o de las mujeres, en realidad son características construidas socialmente, que no tienen relación con la biología. El trato diferencial que reciben niños y niñas, sólo por pertenecer a un sexo, va generando una serie de características y conductas diferenciadas. Un ejemplo de esto es la espléndida investigación del Dr. Walter Mischel, de la Universidad de Standford, California. El Dr. Mischel convenció al cunero de un

¹³ Lamas Marta (2004). Mujeres en Transición. La perspectiva de género. Primera Edición, México, Editorial Trillas pagina 47.

hospital cercano a la universidad, de participar en un experimento de psicología social. Se trataba de que grupos de estudiantes, profesionistas y gente común (electricistas, secretarias, chóferes, etc.) pasaran un rato observando a los bebés recién nacidos y apuntaran sus observaciones. Durante más de seis meses todo tipo de personas, de distintas formaciones, niveles socioeconómicos y pertenencias culturales estuvieron observando a los bebés del cunero. Las enfermeras tenían la consigna de, cuando iba a llegar un grupo observador, ponerles cobijitas rosas a los varones y azules a las niñas. Los resultados de la observación fueron los esperados. Los observadores se dejaron influir por el color de las cobijas y escribieron en sus reportes: «es una niña muy dulce», cuando era varón; «es un muchachito muy dinámico», cuando era niña. El género de los bebés fue lo que condicionó la respuesta de las personas”¹⁴

A partir de poder distinguir entre el sexo biológico y lo construido socialmente es que se empezó a generalizar el uso de género para hacer referencia a muchas situaciones de discriminación de las mujeres, que han sido justificadas por la supuesta anatomía diferente, cuando en realidad tienen un origen social.

Si bien las diferencias sexuales son la base sobre la cual se asienta una determinada distribución de papeles sociales, esta asignación no se desprende «naturalmente» de la biología, sino que es un hecho social. Para poner un ejemplo sencillo pero ilustrativo: la maternidad sin duda juega un papel importante en la asignación de tareas, pero no por parir hijos las mujeres nacen sabiendo planchar y coser. Y mucha de la resistencia de los hombres a planchar o coser, y al trabajo «doméstico» en general tiene que ver con que se lo conceptualiza como un trabajo «femenino». En casos de necesidad, o por oficio, como el de sastre, los hombres cosen y planchan tan bien como las mujeres.¹⁵

La señora Lamas nos plantea con esto, la necesidad de un desarrollo más equitativo y democrático del conjunto de la sociedad; para esto, es necesario la eliminación de los tratos discriminatorios contra cualquier grupo. “En el caso específico de las mujeres, la mitad de la población, se ha vuelto una necesidad impostergable de los gobiernos (federal, estatales y municipales) el diseño de políticas que tomen en cuenta las condicionantes culturales, económicas y sociopolíticas que favorecen la discriminación femenina. Estas condicionantes no son causadas por la biología, sino

¹⁴ Lamas Marta Op. Cit. pág. 52

¹⁵ Lamas Marta Op Cit. pág. 52.

por las ideas y prejuicios sociales, que están entrelazadas en el género. O sea, por el aprendizaje social”¹⁶

En el mismo momento nos dice, que para que haya un verdadero significado del género y que se llegue a la igualdad, necesitamos los siguientes elementos que son importantes en mi investigación ella nos brinda ciertos elementos que pude rescatar de su definición:

Hay cuatro elementos que se pueden destacar de la definición de Lamas, que son relevantes entre estos:

- A) Los símbolos y mitos que funcionan en la cultura, es decir, con los que ya contamos y aprendemos.
- B) Conceptos normativos que son transmitidos a través de las representaciones religiosas, legales, educativas, políticas, etc. Estas claramente exponen de manera rígida el significado de Hombre/Mujer o Masculino/Femenino.
- C) Las instituciones y organizaciones sociales que se relacionan con el género, el sistema paternalista, la familia, las instituciones educativas, el trabajo segregado por sexos, entre otros.

¹⁶ Lamas Marta Op Cit. pág. 54.

- D) También es importante retomar, que la autora ve la identidad. Pero la ve como la necesidad de distinguir entre identidad subjetiva o de cada persona y la identidad de género que es propia de cada grupo.
- E) Como último punto nos plantea, que “El Género es la construcción de la diferencia sexual”, tomando en cuenta que la sociedad se ha dado a la tarea de hacer dicha definición para lograr, que esta diferencia biológica o psicológica pueda hacerse notar más.

3.1.2 IFAD (The International Fund for Agricultural Development (IFAD), a specialized agency of the United Nations)

IFAD, Nos dice:

“El término género hace referencia a las expectativas de índole cultural respecto de los roles y comportamientos de hombres y mujeres. El término distingue los aspectos atribuidos a hombres y mujeres desde un punto de vista social de los determinados biológicamente. A diferencia del sexo biológico, los roles de género y los comportamientos y relaciones entre hombres y mujeres (relaciones de género) pueden cambiar con el tiempo, incluso si ciertos aspectos de estos roles derivan de las diferencias biológicas entre los sexos”¹⁷.

Este es uno de los conceptos más cercanos a nuestro pensamiento, ya que retoma aspectos básicos y culturales, que obviamente conforman el género, logrando así un contraste que se vuelve sumamente entendible, de una forma simple. De ahí

¹⁷ IFAD-USA. (2006). < <http://www.ifad.org/governance/index.htm> >. [Consulta: 17 de mayo.2007].

que sea la definición más sencilla en la lista de definiciones, porque en nuestro criterio se logra entender firmemente el concepto de género.

3.1.3 WIKIPEDIA

“La enciclopedia más grande en la Internet, nos dice que: Llamamos género a lo que parece diferenciar la identidad el Femenino de Masculino; así como las múltiples características que conllevan: comportamiento, actitud, consideración social.”

Una definición muy escueta que nos deja mucho sin sabor, pero es la manera más simple de entenderlo en pocas palabras

3.1.4 GENDERWATER.ORG

Una página interesante, en cuanto a la protección del género y el ambiente porque lo ve conjuntamente, es decir los interrelaciona, y crea un análisis singular, el cual a nos parece de gran apoyo, para la investigación:

“Género” se refiere a los roles, derechos y responsabilidades diferentes de los hombres y las mujeres, y a la relación entre ellos.

Género no se refiere simplemente a las mujeres o los hombres, sino a la forma en que sus cualidades, conductas e identidades se encuentran determinadas por el proceso de socialización. El género generalmente se asocia a la desigualdad tanto en el poder como en el acceso a las decisiones y los recursos. Las posiciones diferentes

de las mujeres y los hombres se encuentran influidos por realidades históricas, religiosas, económicas y culturales. Dichas relaciones y responsabilidades pueden cambiar, y de hecho cambian, a través del tiempo.

Las mujeres y los hombres son definidos de maneras diferentes en distintas sociedades; las relaciones que comparten, constituyen lo que se conoce como relaciones de género. Las relaciones de género constituyen y son construidas por un abanico de instituciones, tales como: la familia, los sistemas legales o el mercado. *“Las relaciones de género son relaciones de poder jerárquicas entre las mujeres y los hombres y tienden a poner a la mujer en desventaja. Estas jerarquías a menudo son aceptadas como “naturales”, pero constituyen relaciones socialmente determinadas, basadas en factores culturales y sujetas a cambios a través del tiempo”*. Las relaciones de género son dinámicas, se caracterizan tanto por el conflicto, como por la cooperación y se encuentran mediatizadas por otros ejes de estratificación, tales como: casta, clase, capacidad física o mental, edad y estado civil, o posición al interior de la familia.

“Las diferencias de sexo - por ejemplo, la capacidad de dar a luz - se encuentran biológicamente determinadas y son diferentes a los roles de género, socialmente prescritos. Reconociendo lo anterior, el análisis de género es una manera sistemática de abordar los impactos diferentes del desarrollo sobre las mujeres y sobre los hombres. El análisis de género exige desglosar la información por sexo y entender cómo está dividido y cómo se valora el trabajo. El análisis de género debe efectuarse en todas las etapas del proceso de desarrollo; debemos preguntar siempre de qué

forma afectará una actividad, decisión o plan en particular a las mujeres de manera diferente, que a los hombres¹⁸”.

Estas definiciones son básicas a nuestro parecer, pero como se explicó anteriormente, logran retomar la problemática, y nos hacen ver un poco más claro los asuntos. Logrando una verdadera explicación del tema que se está abordando

4. CONCEPTO PERSONAL

El Género en nuestra propia perspectiva se puede definir de diversas maneras, o lo podemos considerar tomando en cuenta, ciertas características. En nuestro criterio, es el conjunto de valores, actitudes, costumbres y comportamientos, que una cultura atribuye a hombres y mujeres, es decir, el género femenino; es lo que socialmente se espera que se haga por una mujer, mientras que el género masculino es lo que se espera se haga por un hombre, entonces, lo femenino y masculino estarían definidos por un punto de vista sociocultural y uno biológico.

En cuanto al biológico: tendríamos que recurrir a la palabra sexo, para poder definir el género, ya que en este caso, las características propias de los masculinos y de las femeninas, como lo son las hormonales, fisiológicas y genéticas, nos ayudan a diferenciar al hombre de la mujer, los mismos cromosomas en nuestro cuerpo hacen una diferencia de ambas características, al poseer la mujer dos cromosomas XX, mientras que los hombres poseemos uno XY. También es constante que los órganos

¹⁸ Gender and Water – USA. (2003). < www.genderwater.org >. [Consulta: 3 de abril.2007].

sexuales hacen una diferencia de género, al poseer testículos y las mujeres ovarios, podemos entender también diferencias corporales, como sería la distribución de la grasa o el tono de la voz, lo anterior denota que si hay efectivamente una diferencia de género en cuanto al ámbito fisiológico, corporal, genético, etc.

Podríamos preguntarnos entonces, ¿quién nos enseña a ser hombres o a ser mujeres? Esa interrogante nos la planteamos, mientras realizábamos la investigación y llegamos a la conclusión, que es muy simple: en la identidad de género intervienen mucho los padres, ya que tienen gran influencia, y no solamente los padres, sino también los adultos que estén cercanos al niño y que brinden cierta autoridad a este; el género se define desde el momento de la concepción, pero los patrones destinados a cada uno, dependerán del momento en que sus padres sepan de que sexo es el bebé, a partir de ese conocimiento, se definen los patrones para seguir tanto los masculinos como los femeninos.

Un papel similar cumple el grupo de pares, es decir, los mismos niños y niñas, los compañeros de escuela, colegio y los maestros, la música, la religión, libros de texto, televisión, Internet, además de otros medios de comunicación.

Por lo tanto, el concepto de género también está determinado por la cultura y la época, es pocas palabras, lo femenino y masculino es totalmente distinto en todas partes del mundo, mientras que en la cultura Occidental tenemos un rol, en Medio Oriente conocen otro, y en Asia Continental tienen un sistema totalmente diferente al

nuestro, inclusive dentro del mismo Occidente, podemos entender que hay diferencias entre los patrones, lo anterior completamente válido, ya que son cuestiones de cultura que se adquieren como costumbres y dependen de cada una de las sociedades.

5. LEGISLACION NACIONAL ACERCA DE GÉNERO

La Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer se aprobó en Costa Rica hace casi 18 años, pero hay pocos documentos que recogen la historia, preocupante porque este es un proceso que marcó un cambio importante en el país, y muy relevante para la investigación al tratarse de uno de los primeros movimientos que se realizan en el país para luchar por una verdadera igualdad, siendo esto además de histórico importante para cualquier persona que se refiera a la palabra genero.

“Ley de promoción de la igualdad social de la mujer”¹⁹

CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1.- Es obligación del Estado promover y garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en los campos político, económico, social y cultural.

ARTICULO 2.- Los poderes e instituciones del Estado están obligados a velar porque la mujer no sufra discriminación alguna por razón de su género y que goce de iguales derechos que los hombres, cualquiera que sea su estado civil, en toda esfera política, económica, social y cultural, conforme con la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de

¹⁹ Al respecto ver Ley No. 7142 de 8 de marzo de 1990, Publicada en La Gaceta No. 59 del 26 de marzo de 1990

discriminación contra la mujer", de las Naciones Unidas, ratificada por Costa Rica en la ley No. 6968 del 2 de octubre de 1984.

ARTICULO 3.- El Estado promoverá la creación y el desarrollo de programas y servicios dirigidos a facilitar la participación plena de la mujer, en igualdad de condiciones, en los campos señalados en el artículo 1 de esta ley.²⁰

Como acotación histórica y un breve resumen tenemos que saber, que La Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Nº 7142) fue aprobada el 8 de marzo de 1990, durante la Administración Arias Sánchez, 1986-1990²¹.

En la administración de Luis Alberto Monge, que llegó al poder por el Partido Liberación Nacional, durante su gestión se ratificó la "Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", que había sido aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1979. De esta manera, se había dado el primer paso para abrir espacios de discusión en torno a la situación y condición de las mujeres.

En febrero de 1986, resultó electo el Dr. Oscar Arias Sánchez, también liberacionista, para el período 1986-1990, quien desde la campaña política había reiterado su compromiso de lucha en favor de las mujeres.

Cuatro ejes fundamentales guiaron la campaña política: vivienda, democratización económica, empleo y desarrollo de la mujer. Es así como dentro de las diez promesas, el compromiso con las mujeres ocupó el lugar número cuatro²².

²⁰ Ley 7142, Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer.

²¹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Costa Rica. (2006).

<http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_819498281/Legislacionigualdad>.

[Consulta: 24 de noviembre.2007].

²² Ídem

Éste fue reiterado un día después de haber asumido el Gobierno cuando, el Presidente Arias, manifestó: “En el segundo peldaño de esta Catedral, reafirmo nuestro compromiso de luchar incansablemente por la incorporación plena de la mujer. Como el amor y la entrega de que, para nosotros los cristianos, dieran testimonio la mujeres desde el Calvario, su incorporación plena a nuestra sociedad, sólo puede ser augurio de una Costa Rica más grande; de una Costa Rica en nuestras luchas sociales, políticas y económicas”²³.

Hubo una participación por parte de la primera dama del momento Margarita Penón, junto con otro grupo organizado políticamente solo por mujeres, así como la necesidad de impulsar una legislación dirigida a crear mejores condiciones y garantizar una mayor cantidad de mujeres en los puestos de elección.

Con esto en mente, se solicitó a Elizabeth Odio y a Carmen Naranjo, ex-Ministras de Justicia y Cultura, respectivamente, que escribieran una propuesta de legislación. Esta iniciativa, cuyo tema único en un inicio, era la participación política para la mujer, abrió el paso a una discusión más amplia, referida no sólo a la necesidad de impulsar legislación específica en favor de las mujeres, sino que además debía referirse a otros temas.

En este sentido, doña Margarita, señaló: “Yo había llamado durante la campaña a Carmen Naranjo y le dije que si ella tuviera que pensar en una ley para garantizar la igualdad, en qué pensaría. Ella escribió en un papelito el 40% de participación para las

²³ Ídem

mujeres. Eso me impactó muchísimo y vi que iba a ser un tema muy controversial y un tema punta de lanza para llevar a cabo todo el proceso.”²⁴

La aprobación de una ley que potenciara la participación de la mujer en los espacios políticos era una prioridad. Presentarla y lograr su aprobación requería de toda una estrategia de trabajo entre el Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo y del primero con la sociedad, especialmente con los grupos de mujeres, y así fue como se logro, que se aprobara esta ley, dando un gran salto en materia de protección al género a nivel nacional, nuevamente siendo Costa Rica uno de los propulsores en este tema.

ARTICULO 5.- Los partidos políticos incluirán en sus estatutos, mecanismos eficaces que promuevan y aseguren la participación efectiva de la mujer en los procesos electorarios internos, en los órganos directores del partido y en las papeletas electorales.

Asimismo, los estatutos a que se refiere el párrafo anterior, deberán contener mecanismos eficaces que aseguren el nombramiento de un porcentaje significativo de mujeres en los vice ministerios, oficialías mayores, direcciones generales de órganos estatales, así como en juntas directivas, presidencias ejecutivas, gerencias o subgerencias de instituciones descentralizadas²⁵.

Este artículo es claro al referirse a la lucha por una igualdad real, en tanto impone porcentajes, según los cuales deben ser respetados por los partidos, para la inclusión efectiva de las mujeres dentro de un partido político, lo anterior está presente en el Código Electoral, en su artículo 60²⁶, al referirse al 40 por ciento necesario, para la conformación de un partido político.

²⁴ Ídem

²⁵ Al respecto ver Ley 7142

²⁶ Código Electoral **Artículo 60.- Organización de los partidos políticos.** En su organización, los partidos comprenderán:

a) Una Asamblea de Distrito en cada distrito administrativo; b) Una Asamblea de Cantón en cada cantón c) Una Asamblea de Provincia en cada provincia; d) La Asamblea Nacional. La Asamblea de Distrito estará formada por los electores de cada distrito afiliados al partido. La Asamblea de Cantón estará constituida por cinco delegados de cada

*“CAPITULO IV
DE LA PROTECCION SEXUAL Y CONTRA LA VIOLENCIA”....*

ARTÍCULO 14.- En todo caso en que una mujer denuncie un delito sexual en el que ella haya sido ofendida, deberá hacerlo, de ser posible, ante una funcionaria judicial. Cuando, como consecuencia de la denuncia dicha, se requiera un examen médico forense, durante éste la ofendida podrá hacerse acompañar por alguien de su elección.

*ARTICULO 15.- El Ministerio de Justicia deberá poner en marcha programas adecuados, en coordinación con el Instituto Nacional de las Mujeres, para asegurar la protección y la orientación de las víctimas de agresión por parte de un familiar consanguíneo o afín y de agresión sexual, así como para la prevención del problema.
Así reformado por el artículo 26, inciso c), de la ley No. 7801 de 30 de abril de 1998.*

ARTÍCULO 16.- El Poder Judicial está obligado a capacitar a todo el personal judicial competente para tramitar los juicios en que haya habido agresión contra una mujer.

En el artículo 14 como aspecto curioso, nos remite que de ser posible, cuando haya una denuncia de acoso sexual, deberá hacerse posiblemente ante una funcionaria judicial, lo anterior, entendiéndolo como una protección al decoro de las mujeres, pero viendo cómo hay un favorecimiento, ya que en el caso del hombre, no hay tal cláusula y simplemente tendrá que contar con el personal presente en el

distrito electos por las respectivas Asambleas de Distrito. La Asamblea de Provincia estará integrada por cinco delegados de cada cantón, electos por las respectivas asambleas cantonales. La Asamblea Nacional estará conformada por diez delegados de cada provincia, electos por las respectivas asambleas provinciales. Además, cada Asamblea estará integrada por los demás miembros que se establezcan en los respectivos estatutos, que se escogerán con base en principios democráticos y de representatividad. El número de miembros determinados por los estatutos siempre deberá ser menor que el de delegados de carácter territorial que se establecen, en este artículo, para cada Asamblea. El quórum para cada Asamblea se integrará con la mayoría absoluta, mitad más uno, del total de sus integrantes; y sus acuerdos serán tomados por la mayoría, mitad más uno, de los presentes, salvo en los asuntos para los cuales los estatutos establezcan una votación mayor. Las delegaciones de las asambleas distritales, cantonales y provinciales, deberán estar conformadas al menos, por un cuarenta por ciento (40%) de mujeres. Transitorio.- Cuando un partido haya alcanzado la participación política de la mujer en proporción a su número dentro del Padrón Electoral y a satisfacción del Tribunal Supremo de Elecciones, las medidas citadas en el último párrafo del artículo 60 del Código Electoral podrán cesar por resolución de ese Tribunal. El presente artículo fue modificado mediante Ley No. 7653. LG# 246de 23 de diciembre de 1996.

momento de la denuncia, simplemente una acotación sobre la relevancia del género presente dentro de nuestro sistema judicial.

Dificultades que presentó la Ley

1. El proyecto de Igualdad Social de la Mujer, surge en una coyuntura en la cual el tema de la defensa de los derechos de las mujeres apenas se estaba colocando en la agenda pública.
2. La fuerte oposición por parte de diversos actores sociales y de congresistas, incluyendo los del partido oficial, hicieron que el camino para la aprobación de la ley fuera más difícil.
3. Existía poca experiencia en crear alianzas con actores no tradicionales como la Iglesia y las organizaciones sociales, situación que posteriormente se convirtió en una ventaja por el apoyo recibido de este sector.
4. Las relaciones entre las organizaciones de la sociedad civil –en este caso las de mujeres, y el Gobierno, no eran vistas con buenos ojos por algunas de ellas, de manera que las autoridades lograran un acercamiento, fue una tarea que requirió de mucho esfuerzo.
5. Posicionar el tema de las guarderías infantiles, especialmente lo referido a la tutela y financiamiento, provocó críticas por parte de autoridades del Ministerio de Salud y de Trabajo, debido a que la propuesta generaba duplicidad de funciones. Sobre este mismo tema, las Cámaras Empresariales manifestaron su

desacuerdo, pues consideraban que el aumento del 1% al 3% del Fondo de Asignaciones Familiares, que se financiaría por el aporte de los patronos, representaba para este sector un nuevo impuesto.

6. Incorporar el tema de la participación política de las mujeres, representó una de las principales limitaciones del proyecto. Fue uno de los temas que generó una fuerte oposición y los mayores atrasos. Se consideraba que no era necesario adoptar medidas de acción afirmativa como las cuotas de participación para las mujeres, debido a que esto presentaba roces con la Constitución Política, que garantizaba la igualdad de acceso para mujeres y hombres a los puestos de decisión.
7. La discusión del proyecto en el Congreso, representó una amenaza constante a los contenidos y espíritu del proyecto, en varias ocasiones legisladores manifestaron la necesidad de trabajar sobre un texto sustitutivo que excluyera aquellos temas, que para muchos sectores eran “improcedentes” o innecesarios.
8. Igualmente limitante resultó la posición de algunas diputadas que no manifestaron en primera instancia el apoyo a la propuesta y esto a los ojos del público tenía un peso político importante. Si bien el posicionamiento de las diputadas cambió, sí representó un obstáculo en el proceso.
9. El inicio de la precampaña electoral, favoreció las condiciones para que el partido opositor (PUSC) presentara un proyecto para la creación del Instituto de la Familia. Si bien esta propuesta no era técnicamente considerada como un texto sustitutivo, en la práctica quería serlo, lo que representó un desvío de la

atención hacia esta nueva propuesta que planteaba la importancia de fortalecer la familia.

10. Se fortaleció la institucionalidad del mecanismo nacional, pues a pesar de su reciente conformación como organismo público gestor, rector y coordinador de las políticas logró desempeñar un papel de liderazgo

A manera de síntesis, debemos entender que con esta ley se logró lo siguiente:

En primer lugar se logró, que una iniciativa proveniente del Poder Ejecutivo, fuera sentida por un amplio sector de la sociedad civil como propio, es decir, hubo una apropiación de la ley por parte de varios grupos de mujeres. Gran parte de las mujeres sentían que la ley era su lucha, se sentían identificadas con ella.

En segundo lugar, este proyecto de Ley de igualdad marcó un hito importante en la historia costarricense, pues logra generar una discusión nacional en la que intervienen las autoridades políticas y diversos sectores sociales.

En un tercer lugar y como característica más importante, con la aprobación de la ley se abre una posibilidad importante en el país, que permite promover la aprobación de legislación específica en favor de las mujeres. La ley reguló la atención de ciertas temáticas, aunque como era de esperarse quedaron algunos vacíos que han podido subsanarse por medio de otras leyes como la de Violencia Doméstica, Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia, y la Ley General de Guarderías, por citar algunos ejemplos. Lo anterior fue posible gracias a que se crearon las condiciones para hacerlo después de dos años de intenso debate.

En cuarto lugar, la articulación del Gobierno con la sociedad civil, especialmente con las organizaciones de mujeres, fue fundamental para el éxito de la iniciativa. Las autoridades del Gobierno tuvieron claridad en que el proyecto no tendría éxito si no se involucraban a las organizaciones femeninas ya que estas podían crear propuestas que lograban igualdad en el género.

El movimiento y la organización de mujeres en esa época era embrionaria, sin embargo la forma en que se fueron incorporando en el proceso de consultas y de información, contribuyó a crear espacios de encuentro (que no existían) entre las organizaciones.

En términos generales y a manera de conclusión se puede afirmar, que la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, promovió un cambio cultural importante, pues a pesar de la fuerte oposición y las críticas, finalmente se dio un consenso en torno a la necesidad de legislar en favor de las mujeres. La Ley de Igualdad no sólo constituyó un instrumento de valor jurídico, sino un instrumento educativo, cuyo objetivo final era lograr un cambio de mentalidad en toda la sociedad, mediante un debate público que pretendía incluir a los sectores más diversos de la sociedad.

6. MOVIMIENTOS SOCIALES A FAVOR DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

6.1.1 EL FEMINISMO: LUCHAS A FAVOR DE UNA IGUALDAD SOCIAL REAL.

Al igual que se analizó una lucha como lo fue la ley de promoción de la igualdad en nuestro país, es importante hacer un estudio histórico acerca de los movimientos mundiales a favor de la igualdad de género, ya que así lograremos un mejor entendimiento de dicha palabra que suena simple al pronunciarla pero tiene un historial amargo y muchas veces gris, logrando hasta tiempos modernos una cierta igualdad. Se iniciará hablando del feminismo tema fundamental en la lucha por lograr una igualdad real.

El feminismo aparece con la Revolución Francesa; la anterior, ciertamente fue una lucha por la igualdad, fraternidad, libertad, Al igual que los hombres también las mujeres buscaban una igualdad real entre sexos, es decir que no existieran más abusos por parte de los hombres, dichos abusos sufridos directamente hacia ellas. Antes de la Revolución Francesa, hubo intentos de conformar una agrupación por la igualdad de condiciones, pero no fue hasta que se dieron más acontecimientos, que las mujeres se pudieron alzar en una sola voz, logrando así reclamar los derechos que merecían y que no habían sido otorgados por los hombres.

La principal denuncia de las mujeres durante y posteriormente a la Revolución Francesa fue que en dicho levantamiento se habían olvidado de ellas en su proyecto igualitario y liberador.

Así afirmaba Olimpia Gouges, una de las primeras propulsoras del movimiento feminista actual, esta feminista confeccionó un programa, en el cual se sustentaba la revolución, hablamos de un estilo de organigrama de la Revolución Francesa. En este, ella comentaba que la "mujer nace libre y debe permanecer igual al hombre en derechos" y que "la Ley debe ser la expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y los Ciudadanos deben contribuir, personalmente o por medio de sus representantes, a su formación". El programa de Olimpia de Gouges era claro: libertad, igualdad y derechos políticos, especialmente el derecho de voto, para las mujeres. Sin embargo, este planteamiento feminista no era compartido por los hombres que dirigían la revolución, incluso entre los más radicales de ellos; por dicha razón, no fue tomado en cuenta.

"El hábito puede llegar a familiarizar a los hombres con la violación de sus derechos naturales, hasta el extremo de que no se encontrará a nadie de entre los que los han perdido que piense siquiera en reclamarlo, ni crea haber sido objeto de una injusticia. Por ejemplo, ¿no han violado todos ellos el principio de la igualdad de derechos al privar, con tanta irreflexión a la mitad del género humano del de concurrir a la formación de las leyes, es decir, excluyendo a las mujeres del derecho de ciudadanía? ¿Puede existir una prueba más evidente del poder que crea el hábito incluso cerca de los hombres eruditos, que el de ver invocar el principio de la igualdad de derechos (...) y de olvidarlo con respecto a doce millones de mujeres?"²⁷

²⁷ Duhet Paule-Marie (1974) Condorcet "Essai sur l'admission des femmes au droit de cité", 1790 (Mujeres y la Revolución), Barcelona, España. Ed. Peninsula, page. 56.

En la actualidad, la capacidad de actuar de las mujeres es cada vez más evidente e impresionante: en los movimientos de mujeres de todo el mundo, en las organizaciones de la sociedad civil, en el ámbito del Estado y la sociedad política, y en el sistema internacional de asistencia para el desarrollo. Los procesos de democratización, a los cuales contribuyeron los movimientos de mujeres, han alterado los grupos políticos, ya que éstas emprenden dicha actividad.

6.1.2 EL SUFRAGISMO:

A manera histórica tenemos que referimos, que el Movimiento femenino conocido antes de los setentas como sufragismo, siendo este base de todos los movimientos conocidos que proponen o luchan por la igualdad de género, el Sufragismo nace a partir de la lucha por la igualdad y la emancipación, inmediatamente después de la independencia de los EE.UU. y posteriormente de la Revolución Francesa, sin contar además de una serie de factores como ciertas revoluciones liberales y burguesas que plantearon como objetivo central, la consecución de la igualdad jurídica y de las libertades y derechos políticos.

Entendemos como la lucha del primer Feminismo es decir el Sufragismo: las libertades, los derechos y la igualdad jurídica que habían sido las grandes conquistas de las revoluciones liberales, no afectaron a la mujer. "Los "Derechos del Hombre y del Ciudadano" que proclamaba la revolución

francesa se referían en exclusiva al "hombre", no al conjunto de los seres humanos"²⁸.

Se considera que los movimientos feministas tienen su origen en la Declaración de los derechos universales de igualdad y de libertad promovidos en la Revolución Francesa y en la Ilustración, donde las mujeres tomaron conciencia de su situación y comenzaron a reivindicar la igualdad en todos los terrenos, tanto en derechos como en oportunidades y no solo para los varones.

En los setentas se afirmaba que el movimiento feminista era un fenómeno nuevo, lo cual es históricamente incorrecto, entonces él mismo movimiento desde sus propias filas, hizo que surgiera una tesis contraria. Apoyado por el trabajo de las historiadoras, las feministas y con ellas los interesados en los movimientos sociales redescubrieron el sufragismo²⁹.

El olvido del movimiento sufragista que contrastaba con la memoria sobre el movimiento obrero del siglo XIX formaba parte de la "invisibilidad"³⁰ de las mujeres. Un movimiento que había sido importante, potente y que ningún análisis político histórico riguroso podía ignorar, había caído, sin embargo, en el más completo olvido.

²⁸ Jaquette Jane (1989) "The Women's Movement in Latin America. Feminism and the Transition to Democracy" 1ed, Boston MA-USA: Editorial Unwin Hyman, page 201.

²⁹ Kirkwood Julieta (1992) "Escritos Femeninos". Mexico. Editorial Tu Veracruz, Pág. 134.

³⁰ Universidad de la Frontera Temuco - Chile. (2003). < <http://www.ufro.cl> >. [Consulta: 7 agosto. 2007]

El redescubrimiento del sufragismo nos permitió ver que las mujeres no se agruparon por primera vez en un movimiento social en los setentas y por tanto no eran un nuevo movimiento. Las mujeres, al calor de la Revolución Francesa se habían cuestionado su situación social y el rol que les había asignado. Se comprometieron con la revolución, porque pensaron que sus demandas serían atendidas. Mientras los revolucionarios debatían sobre los derechos del hombre, plantearon los derechos de las mujeres, indicando que como grupo social tenía una especificidad que debía ser tomada en cuenta. No sólo sus demandas finalmente no se incorporaron a la agenda política, sino que se las persiguió, se las encarceló y, en muchos casos se las guillotínó por defender estas ideas³¹.

Las sufragistas recogieron el testimonio de esta generación de mujeres. Aceptaban el análisis sobre la situación de inferioridad de las mujeres, es decir, su discriminación y pedían el acceso al mundo público del cual habían sido excluidas. Si bien, planteaban diversas reivindicaciones, como el derecho a la educación y a poder tener un trabajo remunerado, convirtieron la participación política en el medio para conseguir las otras demandas. El derecho al voto se convirtió, así, en el aglutinante de la movilización de las mujeres³².

³¹ Ídem

³² Nash M. y Tavera S (1995) Experiencias desiguales: Conflictos sociales y respuestas colectivas (Siglo XIX), Segunda Edición. Madrid, Ed. Síntesis. pág. 53

“En este momento, las reivindicaciones de las mujeres se plantean en tres grandes grupos de actuación, no sólo piden acceso a las actividades y puestos de los que están excluidas”³³.

1. **En primer lugar**, señalan que su biología no las condiciona para ser exclusivamente madres. Que tienen derecho a la sexualidad, al control de su cuerpo y a decidir libremente sobre su maternidad.
2. **En segundo lugar**, plantean que las relaciones entre los hombres y mujeres tienen un componente de poder.
3. **En tercer y último lugar**, señalan que existe una dicotomía entre lo público (la economía, la política y cultura) y lo privado (la familia) y que el rol que tiene en el ámbito privado es tan importante para el funcionamiento social como el público. La familia es también una unidad de producción de bienes y servicios.

En estas tres nuevas áreas de demandas feministas surgen las reivindicaciones concretas que centran las movilizaciones: el derecho al aborto; la paridad como forma de terminar con la jerarquía hombre/mujer y el poder masculino; y la exigencia de que el trabajo doméstico y los servicios que hacen las mujeres en el hogar sean reconocidos y compartidos. Muchas de estas demandas son incorporadas a la agenda de los poderes públicos

³³ Nash M. y Tavera S (1995) *Op Cit.* pág. 54

que comienzan a implementar políticas específicas. Sin embargo, en muchos casos esta incorporación a la agenda pública no ha hecho que las actuaciones cambien efectivamente la realidad. Las estadísticas siguen mostrando que existe discriminación hacia las mujeres³⁴.

A partir del sufragismo, en Europa Occidental y Norteamérica se inició un movimiento, el feminismo, que trabajó por la igualdad de la mujer y su liberación. Durante ese período, el principal objetivo del movimiento de las mujeres fue la consecución del derecho de voto. Nació así el movimiento sufragista.

"El feminismo ha sido, como movimiento social, una de las manifestaciones históricas más significativas de la lucha emprendida por las mujeres para conseguir sus derechos. Aunque la movilización a favor del voto, es decir, el sufragismo, haya sido uno de sus ejes más importantes, no puede equipararse sufragismo y feminismo. Este último tiene una base reivindicativa muy amplia que, a veces, contempla el voto, pero que, en otras ocasiones, también exige demandas sociales como la eliminación de la discriminación civil para las mujeres casadas o el acceso a la educación, al trabajo remunerado (...)"³⁵

³⁴ Nash M. y Tavera S (1995). Op Cit., pág. 56

³⁵ Nash M. y Tavera S (1995). Op Cit., pág. 58

Nueva Zelanda	1893
Australia	1901
Finlandia	1906
Noruega	1913
Dinamarca	1915
Islandia	1915
Holanda	1917
Rusia	1917
Reino Unido	1918 (+30 años)
Alemania	1918
Suecia	1919
Estados Unidos	1920
Irlanda	1922
Austria	1923
Checoslovaquia	1923
Polonia	1923
España	1931
Costa Rica	1943
Francia	1945
Italia	1945
Suiza	1971

ADQUISICION DEL VOTO ATRAVES DEL TIEMPO

La Historia tiende a presentar los avances sociales conseguidos por las mujeres como la consecuencia de un progreso que marcha por sí solo, como el resultado de un proceso en el que, en todo caso, las mujeres no han influido. En cambio, la reconstrucción de la Historia muestra que las mujeres sólo han logrado conquistas sociales allí donde y cuando ha habido mujeres trabajando y protagonizando esas conquistas. Han sido las luchas de muchas mujeres, las que nos permiten hoy gozar de derechos que en un pasado muy próximo fueron negados³⁶

Las mujeres, igual que los hombres, tienen opiniones y actitudes políticas e ideológicas muy diversas, porque tienen intereses muy diferenciados, pero como seres humanos, tienen una serie de derechos comunes que van desde el derecho al trabajo, a la libertad de expresión, a participar activamente en la política, a estudiar, al sexo, y también al merecido descanso después de largas jornadas de trabajo, el derecho al ocio, la cultura y los aspectos lúdicos³⁷.

El hecho de ridiculizar ciertas actitudes de ellas es preocupante, ya que inclusive, se trataba de entender que los problemas de las mujeres eran problemas invisibles que no existían y a partir de eso, ellas reclaman su status, logrando lo anterior mediante luchas de género.

³⁶ Universidad de la Frontera Temuco - Chile. (2003). < <http://www.ufro.cl> >. [Consulta: 7 agosto. 2007].

³⁷ Ídem

El hecho era que se intentaba mantener a la mujer en casa, esto fue una forma de mantenerla oculta. *“Lo que no se ve, no existe”*³⁸. La nueva mujer, la mujer con derechos, se ha hecho presente precisamente al salir a trabajar fuera de casa y al llegar a exigir lo que a una le corresponde sin sentirse mal por ello, en definitiva, ser personas independientes que actúan en consecuencia³⁹.

Más adelante en la historia, se sigue utilizando “la estrategia de ridiculización”⁴⁰, no se considera políticamente correcta, pero entonces los otros tienden a adoptar la estrategia del silencio, logrando así ocultar no sólo lo que tiene que ver con el feminismo, sino lo que tiene que ver con las mujeres, sus derechos y sus organizaciones.

El feminismo ha tenido un duro y difícil crecimiento, porque en este momento, no se ha logrado el cambio deseado. En estos momentos que en los movimientos feministas suscitan una serie de reflexiones: en primer lugar, se refleja básicamente, en los ámbitos académicos y en el enunciado de los cambios sociales; pero muy poco, en la opinión pública. Como movimiento social, aparentemente está poco activo, de ahí que por parte de nuestro Estado, se le brinde una protección especial.

³⁸ Feijoo María del Carmen. (1991) *Mujer y Sociedad en América Latina*. 1 ed. Argentina, Editorial Clacso. Pág. 222

³⁹ Feijoo María del Carmen, *Op Cit.* pág. 234.

⁴⁰ Universidad de la Frontera Temuco - Chile. (2003). < <http://www.ufro.cl> >. [Consulta: 7 agosto. 2007].

Sería inadecuado de nuestra parte, el expresar que no hay mujeres trabajando por el feminismo, reivindicando la igualdad, pero no se facilita su presencia pública.

Se dice que lo anterior suscita porque hay todavía ciertos sectores de la sociedad, a los que no les interesa la igualdad, los cuales han intentado, aislarlo inclusive ocultarlo y por eso, estos sectores han dejado que sea un asunto de mujeres y para mujeres, pero que no merece mucho la pena compartir entre todos⁴¹.

Sin embargo, las mujeres están saliendo adelante, ya que se han dado avances importantes en los últimos años. Lo principal para que esto sea así, es debido a que la educación se impone, y en los países más adelantados, no sólo se está alcanzando la igualdad en los niveles educativos más altos, sino que se está logrando con grados de aprovechamiento más fructíferos, cada vez más, las mujeres obtienen puestos mucho más prometedores.

Debemos entender que el feminismo en las sociedades más avanzadas de nuestro tiempo, son fuerzas vivas y muy activas, que difícilmente van a poder ser detenidas, por muchas estrategias que se inventen para contrarrestarlas, lo anterior debido a que se está logrando en este momento la mayor igualdad real en nuestra historia como sociedad moderna⁴²,

⁴¹ Jaquette Jane (1989) Op Cit., page. 211

⁴² Wollstonecraft Mary (1977), Vindicación de los Derechos de la Mujer. 2 ed. Madrid, Ed. Debate, Pág. 221

La Declaración Universal de Derechos Humanos, empieza diciendo: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"⁴³. Entendemos lo anterior, como que es el camino para hacer ciudadanos, es decir, personas libres, iguales, autosuficientes, a las que su comunidad reconoce el derecho a ejercer todas sus capacidades y potencialidades, porque ser ciudadano o ciudadana no es sólo tener derechos civiles (libertades), ni sólo derechos políticos (participación en la red pública); es también tener derechos sociales (económicos, culturales y sociales) para poder sentir que todos y todas formamos parte de una comunidad.

6.1.3 EL FEMINISMO EN AMERICA LATINA.

Es importante denotar el movimiento en nuestra región ya que así logremos entender un poco más el por qué de cambios necesarios que se están dando o sucedieron ya que son influencia directa hacia nuestro país.

En este momento, el movimiento femenino latinoamericano ha reconocido que vincularse con el Estado en una posición de mayor apertura, sin duda abre y mejora los canales de diálogo, en pos de la integración del movimiento femenino en la discusión y análisis de las políticas públicas que las afectan, sin embargo, el movimiento feminista vuelve a enfrentarse a una nueva paradoja, si, bien reconoce la necesidad de los espacios de diálogo; los Estados latinoamericanos se encuentran enfrascados en profundas crisis

⁴³ Así predica la Declaración De Derechos Humanos de los hombres.

de identidad, están redefiniendo su posición entre benefactor, o populista y, además el Estado ha perdido legitimidad para responder a las necesidades más apremiantes de la población.

Hay un problema colosal, ya que la población generaliza cada día más la desconfianza en un sistema político cada vez menos capaz de representar los múltiples intereses plurales de la sociedad. Estados débiles , que no superan sus rasgos autoritarios, patrimoniales y patriarcales, que carecen en la mayoría de los casos de la generosidad y recursos para hacerse cargo de las demandas y propuestas hechas por las mujeres y otros sectores oprimidos, lo que contribuye a ser más evidente el histórico divorcio entre la sociedad y el Estado.

América Latina lastimosamente se ha empobrecido, y dentro de este empobrecimiento quienes, lo han sentido más son las mujeres, no en vano se habla del fenómeno de Feminización de la Pobreza, madres jefas de familia, y dentro de este empobrecimiento surge una nueva paradoja, la búsqueda constante de la democratización de los procesos, de la participación política, la búsqueda de la consolidación de la ciudadanía política. Esta contradicción en nuestra América Latina revela desde hace mucho, la falta de articulación entre la democracia social y la política.

Derivado de esto, la importancia de establecer puentes y canales de unión y solidaridad entre grupos de mujeres y buscar la presencia femenina en el Estado, y el espacio político⁴⁴.

⁴⁴ Feijoo María del Carmen, Op Cit, pág. 265.

En nuestro país, claro ejemplo de lo anterior como lo vimos anteriormente lo sería claramente el voto 1934-2004 de la Sala Constitucional, en el cual se exige que para lograr una igualdad real entre ambos géneros es necesario que el 40 por ciento de la conformación del grupo sean mujeres, con esto se está logrando que las mujeres no queden por fuera de la carrera política. A pesar de haber sufrido algunos reveses iniciales y la pérdida consecuente de ímpetu, se han adaptado y revisado las estrategias que antes se denotaron, para ayudar a las mujeres a conseguir poder político bajo las normas del juego democrático. El acceso de un número mayor de mujeres al Poder Legislativo, a los concejos municipales y a otros órganos administrativos locales, ha contribuido a la consolidación de la democracia en todo el mundo, al mismo tiempo que proporciona a las diputadas por ejemplo oportunidades valiosas para la articulación de prioridades diferentes en la toma de decisiones en el nivel local y nacional.

Las “femócratas”⁴⁵ es decir, las mujeres que llegan al poder, han trabajado con firmeza para lograr que las leyes nacionales garanticen los derechos de salud reproductiva de ellas y para prohibir la violencia y discriminación de que son víctimas, sin importar dónde sucedan estas violaciones y quiénes sean sus perpetradores. Gracias a históricos procesos penales internacionales, que juzgaron los ataques sexuales durante la guerra como crímenes contra la humanidad, ahora se está empezando a exigir que los actores públicos responsables de violencia sexual respondan de sus

⁴⁵ Feijoo María del Carmen, *Op Cit.* pág. 266.

actos no sólo ante los ciudadanos de sus propios países, sino ante la sociedad mundial.

Estas acciones explícitas de carácter político y legislativo y el hecho de que las familias y las prácticas culturales estén inmersas en procesos de cambio social a largo plazo, han llevado a un número más grande de mujeres a participar en la esfera pública, y por su puesto dentro de esta incluimos al Poder Judicial.

La importancia de este fenómeno ha hecho que la comunidad internacional legisle sobre la materia, reconociendo la violencia de género como una violación de los derechos humanos de las mujeres; en nuestro país, llegando inclusive a una penalización de la misma.

Lo que se trata de buscar con estas leyes o cambios sociales es una lucha por la igualdad de género, por la no violencia; es y seguirá liderizada por todas las mujeres del mundo (latinoamericanas, europeas, africanas, asiáticas), con el fin de buscar erradicar la injusticia que por años ha permitido inexplicablemente que mientras las mujeres trabajan más, ganan menos y muchas veces no tengan derechos.

Se concluye este capítulo analizando los aspectos básicos del género, para iniciar uno dedicado meramente a penas, lo anterior ya que son aspectos relevantes de la investigación, y son pilares de nuestro marco teórico que nos ayudan al mejor entendimiento de la problemática tratada, es importante denotar las penas ya que en esta es donde se ve como hay una diferencia a la hora de la aplicación de las mismas.

Por ello, una vez expuesto el tema del género procederemos hacer una exposición teórica sobre las penas, toda vez que para efectos de esta investigación, lo que en última instancia nos interesa es la incidencia que puede tener este aspecto (el género) en la individualización de las sanciones.

CAPITULO II

LA FIJACION DE LAS PENAS: GENERALIDADES

“Todo país define sus delitos conforme a las designaciones de las conductas más graves y dañinas de una sociedad” estas son consideraciones fundamentales de cada persona, en nuestro criterio parecer es una gran y simplificada manera de definir el concepto básico de penas⁴⁶.

SECCION I: LAS PENAS

Debemos referirnos a las penas ya que es una parte fundamental que se analizara en esta investigación, en el sentido de que hay una aplicación desigual de estas. Siendo comprometedor para el Poder Judicial dicho juego o desigualdad ya que sería contrario a lo que propugna a manera básica nuestro Código Penal y la Carta Magna de nuestro País. Antes de esto es importante hacer un análisis histórico para que al hablar de ellas en esta investigación se pueda hacer de la manera más correcta posible.

1. CONCEPTO

Al hablar de penas, nos tenemos que remitir inmediatamente a Beccaria, este nos habla acerca de pacto social, lo anterior es retomado posteriormente

⁴⁶ Cesare Beccaria (1969). De los delitos y de las penas, traducción por Francisco Tomás y Valiente. Cuarta Edición. Madrid-España, Ediciones Folio, pág. 69

por otros autores, como Juan Jacobo Rousseau, quienes al igual que él definen a la ley, como la base principal de ese convenio tácito, celebrado entre los hombre vagos y mundanos, quienes decidieron ceder parte de su independencia a un régimen encargado de salvaguardar el estado de paz, al que recién había entrado la creciente sociedad, cansados de estar en constante estado de guerra y llamados por una necesidad de reunión⁴⁷.

Este cúmulo de libertades cedidas a favor de esta nueva estructura político-social, es la base real de la soberanía, ya que es encomendada al gobernante de la nación, a través de este pacto entre los integrantes del estado, bajo las condiciones que en cada caso particular se hayan dado⁴⁸.

Entendido lo anterior, nos tenemos que preguntar: ¿pero de qué forma se puede defender al gobernante y a la soberanía, de las actitudes de los hombres que se resisten a este nuevo pacto?, Beccaria señala, que la solución a este pequeño inconveniente de la inexperta sociedad, se encontraba en la conjugación de "motivos sensibles" que fueran capaces de apaciguar el ánimo tiránico de los hombres; lo anterior llamado así por ser los únicos capaces de herir los sentidos de los hombres, que se oponen al bien universal; de esta forma podemos deducir que esos "motivos sensibles", son las *penas* que se imponen a los hombres que osan traspasar la barrera del orden social.

⁴⁷ Juan Jacobo Rousseau (1989). El Contrato Social. Editorial Guaymuras S.A., Primera Edición. Honduras, Pág. 51.

⁴⁸ Cesare Beccaria (1969). De los delitos y de las penas, traducción por Francisco Tomás y Valiente. Cuarta Edición. Madrid-España, Ediciones Folio. Pág. 71.

A manera de resumen Beccaria, nos dice que las penas son los motivos sensibles que nos señala en su tratado fundamental para el derecho penal, son las penas que se imponen a las personas o ciudadanos de esa sociedad que no obedecen o violentan el ámbito social.

2. ANTECEDENTES

2.1 ORIGEN DEL DERECHO DE CASTIGAR

Al ser el gobernante el legítimo depositario de la soberanía, está facultado por los integrantes del gran pacto, para poder castigar los delitos, con la finalidad de contrarrestar los atentados de los hombres que sean enemigos de la salud pública (nos referiremos más adelante) y es en este sentido, donde nace uno de los principios rectores de este *lus Puniendi*⁴⁹: *el cual señala, que más justa es la pena, mientras más sagrada o inviolable sea la seguridad que el soberano tenga consagrada a sus súbditos.*

Como señala Beccaria, primeramente y luego retomado por diversos autores, la donación de parte de los derechos de cada hombre a favor del bien público, no ha sido sino con la finalidad implícita que a cada uno de estos protagonistas se beneficie; si bien es cierto, seguramente muchos hombres aún en la actualidad, desearían estar fuera y ser inmunes a nuestro

⁴⁹ Jiménez de Asua Luís. (1959) *La ley y el delito*. Principios de Derecho Penal, 3ª edición, México-Buenos Aires, Pág. 35.

régimen jurídico, pero seguramente de conseguirlo, sería mucho más lo perdido que lo ganado, pues cada uno aunque de diferente manera, tenemos necesidades que solo podemos satisfacer a través de los demás y viceversa y es en este sentido en que los primeros hombres racionales, al notar que solos no podían continuar con su camino, por lo que optaron por la unidad social, que solo pudo sobrevivir hasta nuestros días, gracias a que la mayoría de quienes aceptaron este pacto, se sujetaron a la normatividad emitida para tal fin y que por ende es la fuente de este derecho a castigar, concepto que es más complejo de lo que parece, pues de él emana todo un mundo alterno, que gira alrededor de la justicia, que no es otra cosa –como lo señalaba *Ulpiano*- que *“Dar a cada uno lo suyo”*.

Es en este sentido que Beccaria señala, que toda norma fuera de este principio, es solo parte de la tiranía desmedida del gobernante, quien al estar investido con esta facultad, pierde toda dimensión de su encomienda, condenando a todo aquel ser humano, que se atreva a desafiar su voluntad, por lo que la justicia debe ser siempre, solo el medio para mantener unidos estos intereses particulares de los hombres.

3. EVOLUCION DE LAS PENAS

Como se mencionó primeramente, las penas aparecen desde que el hombre logro conformarse en una sociedad; lo anterior, como notable avance para la creación del mundo que actualmente conocemos, en este momento sería muy difícil imaginarnos un gobierno distinto al que conocemos hoy,

donde no existiera un poder legislativo, ejecutivo y judicial, sistema del que mucho le debemos a Beccaria, quien en su tiempo idealizó, que la función de imponer sanciones a cada uno de los delitos que se pudieren cometer dentro del núcleo social, debían ser establecidas solo por el legislador, quien al igual que hoy, es el representante legítimo de los integrantes del pacto y nos parece importante rescatar la enumeración que hace Beccaria, sobre las consecuencias de que las penas no sean dadas por la autoridad competente.

A.- La primera consecuencia: enumerada por Beccaria, es un motivo de seguridad para los infractores, de que ningún juez, en un arranque de cólera o venganza, podría imponer una sanción que le satisficiera en estos lapsos de irracionalidad desmedida⁵⁰.

B.- La segunda consecuencia: es que los intereses de los integrantes del pacto, deben estar a la mirada de todos, para poder así evitar cualquier violación de los mismos, que sería el principio de una anarquía desmedida, contraria en toda proporción al interés público, principio que nos muestra el nacimiento de un sistema de impartición de justicia cada vez más complejo, donde existieran al igual que en la creación de las leyes, terceros encargados de juzgar los actos de los infractores, evitando así que la nación se divida en dos partes, donde una sea representada por el soberano que refuta el delito y por la otra el delincuente que lo niega⁵¹.

⁵⁰ Cesare Beccaria (1969). Op Cit., Pág. 74.

⁵¹ Cesare Beccaria (1969). Op Cit., Pág. 76.

C.- La tercera consecuencia: radica, en que no se trata de que los hombres prueben la atrocidad de las penas como medida de prevención, ya que sería esto contrario a las cláusulas del pacto social, en el que los hombres decidieron participar sin mayor miramiento, en busca de una vida mejor y cometer este error, representa atentar contra este principio de una vida ejemplar, ya que el soberano estaría automáticamente gobernando a un gran número de esclavos y no ciudadanos conformes con el resultado de su apuesta por un entorno mejor y más equitativo⁵².

Con la evolución de la penas debemos entender que se ha dado una perfección de las leyes, no solo radica en el excelente análisis y contemplación de los aspectos que regulará, o si cumple verdaderamente con el objetivo social⁵³; Beccaria señala, que uno de los problemas irrenunciables de la ley, es al igual que la interpretación de los textos donde ha sido plasmada, la redacción de las leyes en lenguas ajenas al pueblo donde se aplicarán y desde luego, la poca publicidad de la misma, entre los integrantes del pueblo donde será aplicada, señalamiento que es obviamente realizado, dentro del entorno de la Europa de mediados del siglo XVII.

Señala Beccaria, que un pueblo que no tiene la capacidad de plasmar sus leyes en un texto, jamás tendrá la posibilidad de conformarse como una sociedad próspera y con todas las oportunidades de crecer sólidamente⁵⁴, razón por la que creía firmemente que la recién creada imprenta, jugaría un

⁵² Cesare Beccaria (1969). Op Cit., Pág. 87.

⁵³ Marí, E.E (1983), La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault. Hachette, 1ed. Buenos Aires - Argentina, Pág. 22.

⁵⁴ Cesare Beccaria (1969). Op Cit., Pág. 93.

papel de gran importancia, sacando del anonimato de las bibliotecas de unos cuantos, esas codificaciones legales que para muchos eran desconocidas, a pesar de que debían estar sujetos a lo señalado por estos textos, entendiendo así que cada pena debe ser proporcional al delito que se cometió⁵⁵, según lo logre valorar así el mismo pueblo donde se van a aplicar estas penas.

Debido a todo lo anterior, se denota una evolución de las penas y que estas llegan a ser proporcionales a los delitos cometidos, pasando de una ley del taleón o las leyes más primitivas, a la protección de la integridad del ser humano y la importancia de la reintegración de este ser dentro de la sociedad, así que podríamos decir que los delitos son como una lista con su respectivo puntaje donde se ve el daño causado y su gravedad, conforme con lo anterior, sería ilógico pensar en que todos los delitos deben ser castigados de la misma manera; los delitos deben ser castigados, conforme la magnitud del bien tutelado que violaron o pusieron en peligro, señalamiento que claramente realiza Beccaria, al asegurar que la escala para utilizarse en el establecimiento de la magnitud de la pena por imponerse, debe estar compuesta invariablemente de los deseos e impulsos que motivaron a la persona a cometer el delito y el fin que se perseguía realmente al momento de cometer este⁵⁶, es decir, las penas deben ser establecidas conforme al grado de ofensa que se hizo a la sociedad con la falta cometida, pues no sería adecuado sancionar de la misma manera la conducta que

⁵⁵ Morillas Cuevas (1991). Teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Tecnos, 1ed Madrid, Pág. 67.

⁵⁶ Cesare Beccaria (1969). Op Cit., Pág. 94.

pretendió afectar a uno de los integrantes de la sociedad en particular, como el acto que buscaba destruir la unidad político-social en su totalidad.

Las penas como todo, poseen un fin y a través de este breve recuento histórico nos damos cuenta que aún en la actualidad, los países más desarrollados del globo terráqueo, no han sido capaces de delimitar, cuál es el fin real de las penas que su legislación impone a quienes desafían el orden social, pues en algunos casos como el de los Estados Unidos de Norteamérica, la finalidad es castigar a quien infringió la normatividad y en casos como el de nuestro país, la finalidad es readaptar al individuo a la sociedad que en algún momento ofendió con sus actos.

En este sentido, el Tratado de los Delitos y las Penas, Beccaria nos explica, que expone en sí la finalidad real de las penas, nos dice básicamente que el fin debe ser el *no permitir* que el infractor continúe desafiando el marco legal de la sociedad, no continúe haciendo daño a los ciudadanos, los cuales deben ser persuadidos por la imposición de la pena justa a este "reo", para que se sustraigan de cometer alguna falta de carácter similar⁵⁷.

4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LAS PENAS EN NUESTRA LEGISLACION

Como todo Estado de Derecho, y por supuesto el nuestro basa las penas en ciertos Principios Básicos Fundamentales para garantizar la correcta aplicación de estas, y respetar los derechos del imputado.

⁵⁷ Cesare Beccaria (1969). Op Cit., Pág. 95.

“Uno de los caracteres que distinguen el sistema político que rige en nuestro medio es, precisamente, su vocación antropológica: al contrario de otros sistemas, en donde el Estado es el centro del quehacer humano, en la República el ser humano es el centro del quehacer estatal. Esta nota distintiva, llevada al campo del derecho represivo nos evidencia un sistema sancionador racional, en donde la pena es la justa medida del reproche y la sanción no debe, por ninguna causa, ser –parafraseando el artículo 40 constitucional- ni perpetua ni debe convertirse en un tratamiento cruel o degradante. El derecho penal costarricense, por mandato constitucional, debe ser un sistema jurídico montado sobre bases de racionalidad y de consideración de las necesidades sociales como fundamento y límite de la prohibición; un derecho que sanciona conductas humanas posibles y realizables y no meras proposiciones ideales, inventadas por un legislador. La implantación de un sistema de penas que mire más allá de los muros de la prisión, la posibilidad de aumento de las penas para casos de extrema gravedad, de delincuencia de funcionarios públicos y de delincuencia tecnológica y la implantación de sistemas de atenuantes y agravantes genéricas, le darán al juez un papel preponderante y le otorgan al código penal la característica de versatilidad que los tiempos modernos requieren, de manera que funcione con efectividad, tanto para la delincuencia de bagatela, como para las formas altas y organizadas de cometer delitos. La época de grandes cambios que el mundo entero está viviendo, exige soluciones acordes, por ello, ni las reformas parciales ni los paliativos tienen cabida. La responsabilidad de un Estado, como el costarricense, cuya vocación está al servicio de los seres humanos, es enfrentar esas transformaciones con valentía y decisión. Las experiencias de mediados de siglo, en donde los movimientos de reforma transcurrían de manera despaciosa y paulatina han quedado atrás: los embates del fin de siglo, con las vertiginosas variaciones mundiales y a todo nivel, requieren ser asumidas con firmeza y coherencia. Esta coyuntura es crucial para nuestro Estado y de ella surge la necesidad de dotar al poder público de una agilidad capaz de asumir con claridad, eficiencia y rigor las relaciones con los habitantes y con los otros Estados, dentro de un mundo cada vez más interrelacionado. En los últimos tiempos nos hemos enfrentado a muchas dificultades y hemos tomado la decisión de afrontarlas como lo exige la historia: con valentía, serenidad y firmeza. Con ese norte hemos corrido caminos difíciles en una transformación sin precedentes en la historia contemporánea de nuestro país. El rigor de los cambios no nos ha amedrentado, sino al contrario, ha sido un acicate para seguir construyendo un futuro más promisorio para nuestro pueblo. El nuevo Código Penal, permitirá al costarricense una administración de justicia penal más eficiente y eficaz, con la celeridad que exige nuestra Constitución; y permitirá al Estado cumplir con uno de los cometidos más importantes de un Estado democrático: dar respuesta pronta y clara a los pedidos de justicia de nuestros habitantes. Es una transformación jurídica valiente y seria para una sociedad que enfrenta una realidad distinta a la que les tocó asumir a las generaciones anteriores. Es una transformación jurídica que va de la mano con el respeto que los habitantes de este país merecen: que se haga justicia, que la justicia sea imparcial y pronta. Y dentro de esa eficacia, que la persona víctima del delito tenga todas las posibilidades con que un ser humano debe contar cuando ha sido víctima de un delito. En conclusión, el nuevo código penal, es un texto que plantea un sistema

más severo pero, a la vez, más justo. Más severo, porque contiene una serie de sanciones, además de la prisión, que va a permitir que el juzgador en vez de utilizar la Condena de Ejecución Condicional, en penas de hasta tres años de prisión, como en la actualidad, utilice otro tipo de sanciones (multa, arresto domiciliario, servicios de utilidad pública, etc.). De esta manera la persona condenada siempre va a estar tras la mira judicial, hasta el cumplimiento efectivo de la sanción. En la actualidad, los beneficiados con la Condena de Ejecución Condicional son olvidados, al menos hasta que cometan un nuevo delito. También más severo porque en la parte general existen las llamadas circunstancias agravantes genéricas, un mecanismo que permite al juzgador elevar el monto de las penas en casos de delincuencia de alto grado de conocimiento tecnológico, científico, profesional, de pertenencia a una organización delictiva, entre otros aspectos. No obstante, es más justo, porque las mismas penas alternativas a la prisión permiten al juez buscar la sanción que más se adapte al tipo de delito, de condenado y de víctima”⁵⁸

Esta concepción recogida en el primer ordinal de nuestra Preámbulo del Proyecto de Código Penal, también es integrada, con lo escrito en el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocido como el Pacto de San José, de acuerdo con el cual, los Estados partes en dicha Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades de las personas reconocidos en ella, y «persona» es todo ser humano⁵⁹.

Los Principios en que nuestra sociedad se basa al momento de individualizar la pena que le toca a cada delito, son:⁶⁰

⁵⁸Preámbulo del Proyecto Código Penal, EXPEDIENTE 11.871. Asamblea Legislativa. República de Costa Rica.

⁵⁹ Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 1: *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

⁶⁰ El Proyecto de Código Penal, EXPEDIENTE 11.871, Asamblea Legislativa de La República de Costa Rica. En sus Primeros Artículos nos rescata lo siguiente: ARTÍCULO 1.-Principio de legalidad: *Nadie puede ser sancionado por una acción u omisión, ni sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido previamente.* ARTÍCULO 2.-Principio de tipicidad. *Nadie puede ser sancionado si la conducta no está descrita de manera clara y precisa en la ley.* ARTÍCULO 3.-Interpretación de la ley. *Las normas penales se interpretan conforme a las reglas comunes, no obstante, la interpretación extensiva y la aplicación analógica procede sólo cuando beneficie al imputado.* ARTÍCULO 4.-Principio de Lesividad. *Sólo es sancionable la conducta que daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado.* ARTÍCULO 5.- *Aplicación de las penas. Las penas se aplicarán de manera que faciliten a la persona condenada una vida futura sin delinquir, en forma proporcionada y con el mayor respeto de su dignidad de persona humana y sus derechos fundamentales.* ARTÍCULO 6.- *Otros Principios y Valores supletorio de este Código Las disposiciones generales de este Código se*

I.- Principio de legalidad

Nadie puede ser sancionado por una acción u omisión, ni sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido previamente.

II.- Principio de tipicidad

Nadie puede ser sancionado si la conducta no está descrita de manera clara y precisa en la ley.

III.- Interpretación de la ley

Las normas penales se interpretan conforme con las reglas comunes, no obstante, la interpretación extensiva y la aplicación analógica proceden sólo cuando beneficie al imputado.

IV.- Principio de Lesividad.

Sólo es sancionable la conducta que daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado.

aplican también a las conductas punibles previstas en leyes especiales, salvo que éstas dispongan lo contrario. Los principios enunciados en este capítulo no excluyen la aplicación de los demás principios del derecho penal y generales del derecho.

V - Aplicación de las penas

Las penas se aplicarán de manera que faciliten a la persona condenada una vida futura sin delinquir, en forma proporcionada y con el mayor respeto de su dignidad de persona humana y sus derechos fundamentales.

“Las penas se aplicarán de manera que faciliten a la persona condenada una vida futura sin delinquir, en forma proporcionada y con el mayor respeto de su dignidad de persona humana y sus derechos fundamentales.”⁶¹

5. DERECHO PENAL DE ACTO Y DERECHO PENAL DE AUTOR.

Esta diferencia es básica y fundamental para mi investigación ya que con esta claramente se puede denotar cual es la correcta aplicación del derecho penal y no dejándose llevar por ciertas características que serían contrarias a nuestros principios siendo peligroso en muchos casos, como sucede en países vecinos con los conocidos “Maras”

Debemos iniciar, señalando con una frase en latín “*nullum crimen sine actione*”, que nos alude a un principio fundamental del Derecho penal, cual es el de exterioridad o materialidad del hecho punible,

Nos obligamos a entender por lo anterior, que ninguna persona puede ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos,

⁶¹ Ver preámbulo del Proyecto Código Penal General, aun en estudio en nuestro poder legislativo.

faltas o infracciones en leyes preexistentes. Esto nos brinda por tanto, una seguridad jurídica y la certeza de lo que se encuentra y lo que no regulado por el Estado en materia de Derecho Penal.

Derecho penal de autor es propio de los Estados totalitarios en los que se utiliza este paradigma para castigar a quienes se oponen al régimen y, a fin de cuentas, a quienes así lo quieran los factores de poder.⁶²

Volviendo a la cuestión de la certeza, que aporta el principio *nullum crimen sine actione* al Derecho penal, piénsese al respecto que puede resultar mucho más fácil determinar cuándo se ha dado muerte a alguien o cuándo se ha hurtado un objeto, que determinar con la misma exactitud las cualidades personales que permitan señalar que una persona es un "homicida" o un "ladrón"⁶³

Así en palabras sencillas, debemos entender que para cometer un delito, debe necesariamente haber una conducta humana, es decir no se puede castigar a una persona, sino por lo que hace, la forma de ser de una persona no puede ser sancionada por las leyes penales, es decir, ésta solamente se puede basar en lo que haga o deje de hacer una persona, sería realmente lo único que le debe importar al Derecho Penal, en el momento de castigar, este no debe o no puede intervenir frente a las mas indignas inclinaciones criminales de una persona.

⁶² Muñoz Conde Francisco. (1999). *Teoría general del delito*. Segunda Edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis, Pág. 6.

⁶³ Muñoz Conde Francisco. (1999). *Op Cit.*, Pág. 7.

“La conciencia es la posibilidad de autoconocernos a través de nuestras acciones.....Este autoconocernos nos permite autoposeernos, es decir, ser dueños de nosotros mismos, lo cual implica poder autodirigirnos, es decir, poder ser libres y por lo tanto responsables de nuestros actos”⁶⁴

En este mismo orden de ideas, resultaría contrario y violatorio de este principio, que como se dijo, tiene naturaleza constitucional, el que pretenda sancionarse a un grupo determinado de personas⁶⁵, como en efecto ocurrió durante el régimen nazi con respecto del pueblo judío, o con la persecución de los cristianos por los romanos, si nos remontamos en el tiempo, lo cual se convierte en algo sumamente peligroso.

Esta consecuencia del principio *nullum crimen sine actione* garantiza, además de la imposibilidad de sancionar a una persona por sus cualidades, el pluralismo cultural propio de un Estado social y democrático de Derecho, ya que es una exigencia del mismo el respeto por la alteridad de los seres humanos, es decir, por el otro, no pudiendo perseguirse a un grupo de personas por ninguna razón, evitándose así la discriminación⁶⁶.

Ante lo anterior, debemos hacer una diferencia entre el hecho y el acto punible, ya que no son la misma cosa. Los hechos pueden ser definidos como toda acción material de una persona, pero igualmente son hechos independientes de la misma, tales serían como los hechos naturales. Los actos por su propia característica se definen como toda acción que

⁶⁴ Servera Muntaner José Luís. (1999) *Ética Policial*. Primera Edición. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, pág. 43

⁶⁵ Servera Muntaner José Luís. (1999). *Op Cit.*, Pág. 46

⁶⁶ Servera Muntaner José Luís. (1999.) *Op Cit.*, Pág. 48

corresponde a una persona que la ha llevado a cabo. Es decir, el Derecho Penal, va a deber que tener como centro siempre a la persona y sus actos, por lo que lo correcto es hablar de Derecho Penal del acto y no Derecho Penal del hecho, igualmente al referirnos de acto punible y no de hecho punible.

Ya aclarado lo anterior, debemos hacer la diferencia fundamental entre Derecho Penal de Autor y Derecho Penal de Acto, el Derecho Penal de Autor es rechazado claramente ya que su aceptación implicaría, además de arbitrariedades, una discriminación frente a aquellas personas a las que se consideraría delincuentes únicamente por factores, como indigencia, clase social, rasgos físicos propios de las personas que delinquen, esto, según o basándonos, en un sistema de corte en Derecho Penal de Autor.

“Debe advertirse, en este orden de ideas, que la persona que delinque es una persona normal y no anormal, como muchas veces se ha pretendido afirmar, que se diferencia de las personas que no delinquen (y que sin embargo pudieran cometer delitos en cualquier momento) en que ha hecho un mal uso de su libertad, escogiendo el camino del crimen y perturbando de tal manera, la convivencia social al lesionar uno o varios bienes jurídico-penales, en virtud de lo cual debe ser sancionado conforme a la ley penal”⁶⁷.

⁶⁷ Arteaga Sánchez Alberto. (1997). Derecho Penal Venezolano. Primera Edición, Caracas, Venezuela. Editorial McGraw-Hill, pág. 240.

Es por esto también, que el Derecho penal de autor conllevaría el alienar a cierta categoría de personas, castigándolas por sus cualidades y no por las acciones y omisiones que éstas lleven a cabo, lo cual tiene vinculación estrecha con la problemática de la peligrosidad, especialmente en lo que corresponde a la denominada peligrosidad pre-delictual, es decir, la que se determina antes de haber cometido un delito la persona a quien se etiqueta de peligrosa.⁶⁸

En este mismo orden de ideas, en el Derecho Penal, debe imperar el Derecho penal del acto, y no el Derecho penal de autor, puesto que si bien como ya sabemos, al hacer una clara diferencia entre la moral y el Derecho, la primera puede, como en efecto lo hace, condenar pensamientos o deseos inmorales, no así el Derecho penal, que sólo puede intervenir ante exteriorizaciones de la voluntad. Y es que la moral se interesa ante todo por el ámbito interno de la persona, su tendencia interior al bien y su rechazo al mal, mientras que el Derecho penal se preocupa, en cambio, ante todo, por las conductas exteriores, por el ámbito externo de la persona, si bien toma en cuenta, pero posteriormente, la interioridad, al analizar la categoría de la culpabilidad.

Ciertamente, debe ser observada la diferencia entre peligrosidad pre-delictual y post-delictual, sosteniendo que una se basa en la simple presunción según la cual, un sujeto aparenta ser peligroso para la sociedad, en virtud de lo cual, en función preventiva, debe ser extraído de las calles, es

⁶⁸ Arteaga Sánchez Alberto. (1997). *Op. Cit.* Pág. 246

decir, en un lenguaje vulgar, "sacado de circulación". Entretanto, se dice que la peligrosidad post-delictual afirma la peligrosidad de un sujeto, en cuanto ésta se ha manifestado en la comisión de un determinado hecho punible. Así como ejemplo claro vemos, el caso en Venezuela, hay una Ley acerca de Vagos y Maleantes, la cual permitía la sanción de la persona con base en una mera peligrosidad pre-delictual, es decir, sin necesidad de que existiese un concreto delito cometido por esa persona. Nada más contrario al Estado de Derecho, que dicha presunción de peligrosidad por la personalidad.⁶⁹

Entendemos entonces la peligrosidad de la pre-delictual, ya que sería la forma más evidente de Derecho Penal de Autor, por lo que debe ser rotundamente rechazada. Igualmente tendríamos un problema al referimos a la post-delictual; ya que goza la persona de un rechazo considerable, por cuanto si bien es cierto, que para que ésta se verifique es necesaria la existencia efectiva de un hecho punible cometido por la persona estigmatizada que desde ese momento se considera peligrosa; está sancionando a la persona más allá de su culpabilidad, la cual, se limita al hecho punible que ésta haya cometido, por lo que pone a la persona en un estado de invalidación frente al Derecho. Lo anterior es claramente perjudicial para la persona, es decir, el establecimiento de su peligrosidad por haber cometido un delito.

"los hombres no se pueden dividir en buenos y malos, sino que tampoco se pueden dividir en libres y presos, porque hay fuera de la cárcel prisioneros más prisioneros de los que están dentro de ella, y los hay,

⁶⁹ Arteaga Sánchez Alberto. (1997). Op. Cit. Pág. 250

*dentro de la cárcel, más libres cuando están en la prisión que los que están fuera*⁷⁰

La predominancia del Derecho penal del acto en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales del mundo, y en nuestro ordenamiento, aún quedan algunos supuestos en los que la legislación se vale del Derecho penal de autor, por lo que puede afirmarse la subsistencia del mismo, si bien en una mínima porción.

Un ejemplo claro sería la reincidencia, la cual sería por parte de un sujeto anteriormente condenado al realizar la comisión por parte de éste, de un nuevo delito luego de haber sido condenado. Es decir, la persona se ve perjudicada en cuanto a su responsabilidad penal por haber reincidido, esto es, cometido un nuevo hecho punible, lo que evidencia que esta circunstancia (la reincidencia) responde a la recepción del Derecho penal de autor.

“la existencia misma de esta causa de agravación ha sido cuestionada, señalando algunos que su mantenimiento obedece puramente a criterios positivistas de peligrosidad, en tanto que resulta injusto agravar la responsabilidad y aumentar la pena por consideraciones que no tienen que ver con el hecho mismo cometido sino con un hecho anterior ya sancionado”⁷¹,

6. REPROCHABILIDAD Y FIJACION DE LA PENA.

⁷⁰ Carnelutti Francesco. (1999). Las Miserias del Proceso Penal. Primera Edición. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis, pág. 106

⁷¹ Arteaga Sánchez Alberto. (1997). Op. Cit. Pág. 257.

6.1 REPROCHABILIDAD

Es importante analizar la Reprochabilidad en este trabajo ya que la proporcionalidad de la pena debe responder a la Reprochabilidad por el hecho y a la atenuación que es posible aplicar en virtud del pronóstico favorable que puede inferirse de la personalidad del autor. Es decir el juez debe hacer el análisis en la sentencia y ver que tan reprochable sería el sujeto pero siempre considerando las mismas características para ambos sujetos sin hacer una diferencia de género si ambos han violado de la misma manera el bien jurídico tutelado.

Antes de hablar propiamente de Reprochabilidad debemos entender que este es un elemento propio de la Culpabilidad,

“La culpabilidad era la relación psicológica que había entre la conducta y el resultado en tanto que la culpabilidad trataba la relación psíquica. El conjunto de esta relación con la relación física, esta última tratada con el injusto, daba por resultado el delito”⁷².

Para Hassel, la culpabilidad debe ser entendida como relación psíquica que nos da lugar a la llamada teoría psicológica de la culpabilidad. Dentro de ésta la culpabilidad no es más que una descripción de algo, de una relación psicológica.

⁷² Hassel Guillermo. (2007). Introducción al Estudio del Derecho Parte 11. Primera Edición. Santa Fe, Argentina. Editorial Universidad Católica de Santa Fe, pág. 20.

Nos dice al respecto José Manuel Arroyo y Alexander Rodríguez, que en cuanto a la culpabilidad la debemos entender de la siguiente manera: como juicio de reproche contra quien, pudiendo conformar su conducta a derecho opta por no hacerlo.

Es un parámetro o guía que nos puede permitir juzgar la conducta del acusado y el grado o medida de contrariedad al deber jurídico que tenía, en la valoración de la pena debe valorarse los pro y los contras de la conducta desplegada por el imputado, claro siempre basándonos en el artículo 71 del Código Penal.

6.1.2 CULPABILIDAD COMO REPROCHABILIDAD.

Se debe de entender la culpabilidad, como un estrato normativo de la teoría del delito, como la reprochabilidad del injusto.

La culpabilidad así entendida debe tener entonces un contenido: el dolo y la culpa y el reproche que se le hace al autor de su dolo o de su culpa. Esto provocó que los autores como Frank, no se pusiesen de acuerdo acerca de cómo funcionaban esos elementos dentro de la culpabilidad.

Hassel nos dice que en la doctrina: el dolo no estaba desvalorado, sino que es avalorado, lo anterior lo logra después de treinta años de estar analizando seriamente la problemática, logrando su reubicación correcta dentro de la teoría del tipo.

Injusto penal = conducta típica y antijurídica (no es delito) - Da lugar a reparaciones civiles.

Culpabilidad: Es la reprochabilidad del injusto penal.

Se le reprocha el injusto, porque no se motivo en la norma, cuando le era exigible que así lo hiciera.

Este concepto de culpabilidad es un concepto de carácter normativo, que se funda en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciese.

Causalistas: Dolo y Culpa se encontraban en la culpabilidad. Entendían que la tipicidad tenía solo un aspecto objetivo.

Finalistas: (1930) Dolo y Culpa aparecen en la tipicidad.⁷³

Hessel nos dice, que una **conducta está justificada** cuando el derecho le concede al autor un permiso, solo está permitida, pero no está fomentada y menos ordenada por el derecho.

El derecho no le puede exigir al individuo que no haya hecho lo que hizo, que no haya cometido el injusto. Ante una conducta inculpable puede haber una legítima defensa o cualquier otra causa de justificación, caben las reparaciones civiles, sanciones administrativas, etc.

Para reprocharle una conducta a su autor (es decir, para que haya culpabilidad) se requiere que esta haya tenido la posibilidad exigible de comprender la anti juridicidad de su conducta y que haya actuado dentro de un cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio.

Teoría normativa

Hessel nos habla acerca de una teoría normativa, en la Reprochabilidad debe presuponer: dos aspectos importantes: 1. Posibilidad de comprensión de la anti juridicidad de la conducta, que sepa que su conducta sea contraria a la ley, 2. Que el ámbito de autodeterminación del

⁷³ Hessel Guillermo. (2007). Op. Cit., Pág. 21.

sujeto haya tenido cierta amplitud, esto es que el sujeto haya sido consciente de su actuar.

La culpabilidad es un concepto eminentemente graduable, es decir, que admite grados de reprochabilidad.

Siendo que la culpabilidad es atribuible a cada sujeto en particular, en los procesos en los que se juzgue a varias personas, aunque sea algo evidente, debe hacerse notar que el juez tiene que motivar la imposición de la pena para cada uno de los imputados⁷⁴.

De ahí que es suficientemente claro que no se debe poner la misma sanción a todos los imputados, porque si la normativa da campo a que el juez pueda individualizar la pena, es posible que se pueda aplicar diferentes grados de culpabilidad.

La inexigibilidad es la esencia de todas las causas de inculpabilidad. Siempre que no hay culpabilidad, ello obedece a que no hay exigibilidad, cualquiera sea la causa que la excluya.⁷⁵

Hassel nos dice que el principio de culpabilidad, se descompone en 2 niveles:

1. "nullum crimen sine culpa" no puede haber delito si al menos no es culposos.
2. Condición de irreprochabilidad. No hay pena si la conducta no le es reprochable al autor.

⁷⁴ Arroyo Gutiérrez José. (2002). Op.Cit, pág. 152

⁷⁵ Hassel Guillermo. (2007). Op. Cit., Pág. 26.

Hessel nos departe y nos menciona que deben existir elementos y presupuestos para que se cumpla con la culpabilidad.

Las condiciones que deben concurrir para que se pueda afirmar que el autor, tuvo la posibilidad de actuar en el caso concreto, según el orden jurídico son 3:

1. **IMPUTABILIDAD:** *el autor debe ser capaz de ser culpable.*
2. **CONOCIMIENTO VIRTUAL DE LA ANTIJURIDICIDAD:** *debe haber tenido la posibilidad de comprender que la conducta realizada, es contraria a derecho.*
3. **EXIGIBILIDAD:** *según el caso concreto, es preciso que en el momento del hecho, se le pudiera exigir al autor, la observación de una conducta diferente.*

Al no ocurrir ninguno de estos elementos estamos ante causas de inimputabilidad, con esto debemos entender que el autor no es culpable. Las circunstancias cuyos efectos son excluir cualquiera de los requisitos, son las causas de inculpabilidad.

Debemos entender que no hay culpa sin ley, la normativa implica el reconocimiento de la libertad del destinatario de la norma.

“Afirmada le existencia de la libertad moral, en el hombre importa el reconocimiento de que posee una conciencia moral que le permite distinguir entre el bien y el mal y decidirse por uno o por el otro”.⁷⁶

Hessel nos explica que el hombre solo debe responder en la medida que ha tenido inteligencia para discernir y libertad para elegir. La voluntad humana no está absolutamente determinada, pero tampoco es absolutamente indeterminada y que la libertad solo puede ejercitarse en la práctica del bien, porque la libertad es una perfección del ser y quien opta por

⁷⁶ Hassel Guillermo. (2007). *Op. Cit.*, Pág. 30.

el camino del mal se hace esclavo de los impulsos ciegos (no se determina por los valores, sino por las apetencias del estrato inferior)

"No hay pena sin Culpa" *El derecho penal trata de captar el hecho del hombre no como una mera alteración del modo exterior (acción), como una expresión de conducta del sujeto. La afirmación de este principio es la culminación de un largo proceso histórico de dignificación del ser hombre y del reconocimiento de su calidad de persona ante el derecho.*

Con lo anterior debemos entender que el derecho penal no opera con el hombre, como cuerpo, causante de efectos sino como un sujeto que, mediante hechos es capaz de afirmar valores o negarlos.

La pena es entonces la conformación de lo siguiente:

Pena = hecho ilícito + persona culpable.

Principio representa el definitivo rechazo de toda forma objetiva de responsabilidad.

Hessel:

"No hay culpa indeterminada":

La indagación de la culpabilidad solamente puede ser fundada en la efectiva comisión de un hecho preciso y adecuado a una figura penal. La existencia

de un hecho ilícito es el único fundamento para entrar a investigar el contenido subjetivo con el que fue ejecutado (diferente afirmación de la peligrosidad criminal de un sujeto que acuerda a lo subjetiva procedencia sobre el objeto).

“Culpabilidad: juicio de valor”.

Resultado de un juicio de valor (libertad contra ley); cuyo objeto es la actitud interior, subjetiva, del autor de una acción típica y antijurídica.

La materia valorada es la interioridad del hombre.

“Juicio de culpabilidad cuenta con 2 etapas”.

1. Imputabilidad: personalidad del agente para determinar si de acuerdo a su salud mental y a su madurez espiritual estaba en condiciones de comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones.
2. Reprochabilidad: motivos determinados del obrar antijurídico (objeto de valoración)

A manera de resumen hay situaciones vitales en las que no es posible pretender que una persona actúa como si las circunstancias en las que se desenvuelva fueran normales. Una cosa es afirmar que una conducta es antijurídica, y otra cosa distinta es afirmar que es reprochable, porque no obstante de ser ilícita puede no ser la exigible otra conducta debido a una circunstancia anormal que afecta el normal ejercicio de las facultades intelectivas. El fundamento radica en que no se le puede exigir a nadie que haga lo que no está humanamente a su alcance.

El problema es saber cuando no es razonable exigir a una persona que obre conforme al derecho.

Hessel nos plantea dos soluciones :

- 1- Dejarlo al arbitrio del juez.
- 2- Atendiéndose exclusivamente a las causas de exclusión que prevé la ley de modo expreso.

El tribunal de casación en sentencia 209-01, nos dice acerca de la Reprochabilidad:

La gravedad de los hechos es un dato evidente en el caso en examen; la Reprochabilidad por el hecho se infiere, como bien lo señala el juez, de la participación de varias personas, la violencia ejercida por los actores, la utilización de armas, las lesiones sufridas por la víctima; todos los parámetros citados permiten fijar, conforme a criterios de proporcionalidad, el límite máximo del juicio de Reprochabilidad por el hecho, que en el caso en examen se refleja en la sanción de tres años de internamiento, cuyo monto no es desproporcionada en comparación con las circunstancias que describe muy bien relación de hechos probados de la sentencia.⁷⁷

La proporcionalidad de la pena debe responder a la Reprochabilidad por el hecho y a la atenuación que es posible aplicar en virtud del pronóstico favorable que puede inferirse de la personalidad del autor. Esta interpretación se infiere del artículo 25 de la L.J.P.J. que reza: "Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o al delito cometido"; se trata de un

⁷⁷ Lo anterior conforme a Voto 209-01, Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea. 9 de Marzo del Dos mil Uno.

derecho penal que, al igual que el de adultos, reconoce la Reprochabilidad por el acto, individualizándose la sanción en función de los elementos objetivos y subjetivos expresados en el acto. La sanción a los infractores juveniles debe guardar relación con el juicio de Reprochabilidad por el hecho. (Concepto normativo de la culpabilidad).

Al analizar la Reprochabilidad necesariamente nos tenemos que dirigir inmediatamente al modo de fijación de la pena por parte del juez, lo anterior estipulado en el Artículo 71 de nuestro Código Penal.

6.2 FIJACION DE PENAS.

6.2.1 ARTÍCULO 71⁷⁸.- *El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.*

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;*
- b) La importancia de la lesión o del peligro;*
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;*
- d) La calidad de los motivos determinantes;*
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y*

⁷⁸ Artículo presente en el Código Penal de la República de Costa Rica, dicho artículo fue interpretado por resolución 1438-92 de las 15 horas del 2 de junio de 1992.

f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.

(Interpretado por Resolución de la Sala Constitucional No. 1438-92 de las 15:00 horas del 2 de junio de 1992)⁷⁹

Debemos entender que ciertamente se debe tomar en cuenta la personalidad del partícipe, y las condiciones sociales del imputado en el momento y después de cometer el delito; el juez en el momento de dictar sentencia toma dichos aspectos en cuenta y logra así adecuar o hacer la pena más justa para cada persona, inclusive el voto antes mencionado el 1438 -92 en el cual la Sala Constitucional nos dice, que sí se pueden usar dichas características en el momento de resolver sobre un caso, pero que necesariamente el juez para realizarlo debe pedir este estudio al instituto de criminología⁸⁰. Explicado lo anterior debemos tener claro que en ningún

⁷⁹ *La accionante estima que los artículos 71 incisos e y f y 78 del Código Penal, son contrarios a los numerales 33, 40 y 42 de la Constitución Política, en cuanto posibilitan una doble sanción para el reincidente, con claro menoscabo del principio de igualdad, pues se autoriza la imposición de sanciones totalmente diferentes, en cuanto al tanto de pena a cumplir, para los autores de un mismo hecho delictivo. A su criterio la argumentación también es válida en relación con los artículos 40 y 41 del Código Penal que se refieren a la profesionalidad y habitualidad, como circunstancia calificativa de los autores de un ilícito. Estima la licenciada Rojas Rodríguez, que el permitir el aumento de la pena para el reincidente conlleva el abandono del derecho penal de garantía y de acto, sustentado por la Constitución Política en sus artículos 39, 40 y 42, a un derecho penal de autor, en el que se reprime al sujeto, no en razón de la acción imputada, sino por su conducta pasada.....Artículo 71: El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe: Para apreciarlos se tomará en cuenta: a) ... b) ... c) ... d) ... e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito;y f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez."*

⁸⁰ *Artículo 71 del Código Penal de Costa Rica nos dice: El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito,*

momento se nos plantea la posibilidad de hacer una simple distinción por la palabra género, inclusive sería contrario a lo que predica el artículo 33 de nuestra Constitución Política, al decirnos lo siguiente:

“ARTÍCULO 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”

Lo cual sería contrario a nuestro máxima legal, violándose la principal fuente de garantías en nuestro país, y sería inverso a la pirámide de Kelsen, ya que sería anteponer una ley a la constitución política, lo cual es inconstitucional y contrario al ordenamiento.

José Manuel Arroyo y Alexander Rodríguez nos dicen que: se debe tener una exigibilidad del deber, como esencia de la culpabilidad, tratándose de las demás condiciones personales, por lo que se puede tomar en cuenta a la hora de individualizar la pena, según sea el caso concreto, y tanto para la víctima como para el victimario, las condiciones o calidades de edad, sexo, estado civil, escolaridad, condición económica, origen rural o urbano de la persona. No es lo mismo un profesional que un campesino; una mujer que un

atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe: Para apreciarlos se tomará en cuenta: a) ... b) ... c) ... d) ... e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez

hombre, ni un niño a un adulto, cualidades que culturalmente asignan roles de mayor o menor poder a los que no escapan los hechos delictivos⁸¹.

En nuestro caso, no estamos de acuerdo con que el género se utilice como un elemento a considerar a la hora de individualizar una pena. A raíz de nuestra definición de género, analizada anteriormente no es factible, que al haber solo una diferencia biológica entre ambos géneros, el juez base o lo utilice al momento de fundamentar para lograr atenuar la pena, ya que si tanto el imputado hombre como la imputada mujer cuentan con las mismas características, al momento de ir a juicio deben ser tratados como iguales sin que medie esa diferencia biológica, en este mismo sentido nos dice Luis Paulino Mora: un regulación que privilegie un tratamiento en razón de del genero es válida mientras se mantenga dentro de las reglas de objetividad y proporcionalidad y otorgue igual trato a todos quienes logren demostrar estar en las mismas circunstancias tomadas en cuenta para la diferenciación, según su finalidad. Se trataría en resumen de la proporcionalidad en las medidas de modo que el mero hecho del género no parece ser considerado ratio justa "per se" para distinguir⁸².

Así las cosas, la utilización del género en la individualización de la pena resulta discriminatoria, lo que a la vez podría ser contrario a los deberes del juez al momento de la fijación de las penas. Por ello, dedicamos el siguiente capítulo al desarrollo del tema del papel del juez en la fijación de la pena

⁸¹ Op. Cit. 154

⁸² Chirino Sanchez, Erick (2007). Humanismo y Derecho Penal. Primera Edición. Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, pág. 45.

CAPITULO III:

EL PAPEL DEL JUEZ EN LA FIJACION DE LA PENAS

1. HISTORIA

1.1 EVOLUCION INTERNACIONAL

La figura de los jueces surge a partir de la familia, cuando se dan problemas y alguien tiene que resolverlos, se obliga al ofendido a satisfacerse con un acuerdo particular. En la familia siempre había un responsable con mayor autoridad para resolver los problemas.

La justicia en el nivel mundial, no es como la conocemos actualmente, se manejaba de diversos modos, no con tribunales como los tenemos actualmente; por ejemplo en Grecia, el senado era el encargado de decidir sobre la suerte del malhechor, mientras que en la China Continental, sí hubo organizaciones activas para defender la justicia, inclusive, creándose un ministerio especial para dicho asunto.

Para lograr un mejor entendimiento de la situación en los primeros tiempos, los delitos eran castigados por el sistema de la venganza privada, luego surgen otras medidas como el taleón, y más adelante, el estado romano decide por sí mismo asumir el derecho de castigar, primera organización formal conocida; eran tomadas estas decisiones por el emperador y eran conocidas como decisiones Constituciones Imperiales. Lo penal era conocido como quaestiones, y era delegado a un funcionario en especial que dictaba el emperador, tomando en cuenta que en esa época el derecho penal era muy cruel, logrando más sufrimiento o ensañamiento contra la persona que lo que se buscaba que sanara, por el error cometido. Esta evolución hasta Napoleón, el gran codificador, que logra plasmar

todavía en nuestro tiempo sus obras. Ya con Napoleón aparece el fiscal, y el plenario se hace público, aparece el derecho penal propiamente dicho, los jueces como sujetos de la actividad judicial, aparecen en Inglaterra, gracias a la libertad del Common Law, y de ser estos los creadores de las leyes; estos jueces ambulantes, como se les conocía, poco a poco van imponiendo una serie de principios comunes de derecho a las diversas regiones del país, y así nace el antes mencionado Common Law. Eran conocidos como los jueces missi en la Edad Media, y eran los llamados a desentrañar en la conciencia jurídica del pueblo, los jueces ingleses tienen desde hace mucho tiempo una fama de immaculados que son puros y no venales, este sistema se viene a repetir en los Estados Unidos de América, que como todos sabemos, fue una colonia inglesa, hasta finales de los 1700

2. EVOLUCION NACIONAL

En el caso de Latinoamérica, y por ende Costa Rica, es diferente al ser colonias españolas; nacen mecanismos que nos heredan los romanos, apareciendo así las reales audiencias. Son los que conocemos ahora como tribunales de primera instancia, eran funciones judiciales, muy codiciadas por los criollos gracias a su gran poder, pero era una manera inmadura de justicia. Costa Rica, copia los ideales de la madre patria, los mejora con el tiempo y se influencia legislaciones latinoamericanas de más calibre, como es Argentina. Así aparece el primer reglamento de la corte del 16 de diciembre del 1826, No 107. Más adelante aparece el Código General, que regula los aspectos fundamentales de la justicia, y evoluciona hasta nuestro tiempo este sistema complejo.

El papel del juez en Costa Rica es fundamental, por tratarse de ser el máximo jerarca en las decisiones a la hora de juzgar a una persona, consagrado inclusive en nuestra Constitución Política.

En Costa Rica se dice, que la misión del juez es velar por el derecho y la justicia, tratando de evitar la arbitrariedad, tomando en cuenta la moral, la honestidad de carácter, el decoro y los usos sociales externos, la acción del juez es describir el campo en que va a actuar y el modo como debe dominarlo.

3. OBJETIVIDAD DEL JUEZ

3.1 Deberes y Facultades

Los jueces al estar consagrados por el sistema jurisdiccional del Estado cuentan con ciertas garantías que a la vez se convierten en obligaciones, las cuales este debe cumplir y acatar fielmente.

Los deberes y facultades del juez pueden ser funcionales o procesales, según se relacionen con el ejercicio de la función o con el desenvolvimiento y culminación del proceso.⁸³ Podemos entender que el juez tiene dos clases de deberes los cuales sería los deberes funcionales y los deberes esenciales.

Los Deberes Funcionales: Son los que se relacionan con el ejercicio de la actividad del juez para lograr un adecuado desempeño de ella, dentro de

⁸³ Alvarado Velloso Adolfo (1982). El juez sus deberes y facultades. Primera Edición. Depalma, Argentina, pág. 17

estos, los podemos ver como esenciales y legales⁸⁴, lo anterior, dependiendo de la imperatividad devengada inmanentemente de la función jurisdiccional o funciones tendientes a una correcta administración de justicia.

Los Deberes Esenciales: El juez es el que hace cumplir la función jurisdiccional del Estado, entendida esta como la manera en que él administra la Justicia por medio de órganos judiciales, instruidos para tal función. Viéndolo de esta manera, el juez hace la jurisdicción según la manera en que administra justicia, es decir, en cuanto da la razón a quien la tiene y en cuanto sabe cómo y qué decir para fundamentarla⁸⁵.

El juez además de los deberes antes mencionados, debe cumplir con otros cuantos, los cuales son básicos para su función, como lo serían:

1- Independencia: Puede ser considerada también una facultad, ya que el Estado se la brinda, pero el juez, debe mantenerla y utilizarla. Aparece a partir de la Tesis Montesquiana de la división de poderes; lo anterior se le brinda al juez con toda la buena intención del legislador, de darle una ordenación justa del derecho. “ Los jueces han de guiarse por el imperio de la ley, proteger y aplicar este principio, libre de todo temor y parcialidad, y resistir todo atentado a su independencia judicial por parte de los gobiernos y los partidos políticos”⁸⁶. Esta cita nos parece de máxima importancia porque resume a definidas cuentas el punto del deber y facultad, en nuestro criterio

⁸⁴ Alvarado Velloso Adolfo (1982). *Op Cit.* pág. 19

⁸⁵ Alvarado Velloso Adolfo (1982). *Op Cit.* pág. 19.

⁸⁶ Alvarado Velloso Adolfo (1982). *Op Cit.* pág. 14.

del precepto de independencia desde el punto de vista de un juez. Este al tener esta facultad, debe actuar de una manera coherente y no pretender ser el amo y señor sino más bien, verlo como un poder para Co-Gobernar.

Un pensamiento que nos parece sumamente valioso, es el que “ es evidente que no hemos sabido hacer de este tercer poder, es decir el judicial, un verdadero poder independiente, ya que tenemos tres poderes en el Estado, uno que se llama Poder Ejecutivo, otro más pequeño que se llama el Poder Legislativo y un tercero más raquítico que es conocido como el Poder Judicial”⁸⁷. En realidad el Poder Judicial es un ente donde se da una manera de gobernar casi directa e inmediata con la población, la cual debe acatar y respetar sus resoluciones, por lo que el papel del juez es fundamental en esta situación. El juez en pocas palabras, al contar con dicha facultad debe tener la independencia moral de tratar a todos los usuarios con las mismas características, de la misma manera, no dejándose influenciar por los poderosos, ya que si así fuera, se vería opacada su función, por lo cual no tendría sentido la independencia que le está entregando el Estado, el debe asegurar la idoneidad para el cargo, en nuestro parecer es deber fundamental del juez. No cualquier persona puede ostentar ese cargo, debe cumplir con la independencia moral y política, según este cargo lo requiere o solicita.

2- Imparcialidad: Al referirnos a este deber, lo que denotamos es que el Juez tiene la obligación de no estar a favor de ninguna de las partes, hasta el momento de resolver y brindar su resolución. El juez debe cumplir con este

⁸⁷ Iturraspe Bernardo (1967). Función Social de la Abogacía. Segunda Edición. Argentina, Editorial Cavastelli, pág. 23.

requisito siempre, ya que es fundamental para un Estado tener jueces imparciales en sus resoluciones, porque de lo contrario, el proceso estaría viciado y no se podría estar hablando de un Estado Social de Derecho; al hablar de imparcialidad no hablamos de distancia, ya que más bien el juez debe buscar la manera del contacto con ellas, la asimilación interior de cada drama particular⁸⁸, logrando así una mejor resolución para el caso, debido a que el entendimiento de la situación es más fácil.

3- Lealtad: un deber que a nuestro parecer es un poco controversial, ya que esa lealtad debe dirigirse a las partes y a los defensores y en la fidelidad del trato con ellos, es decir el juez, debe tratar desde el inicio de la causa, un buen manejo del asunto interviniendo siempre la discreción, evitar el *strepitus fori*⁸⁹ (chismes, intrigas de pasillo, las recomendaciones, las intromisiones), es decir tratar de mantener el proceso de la forma más pacífica posible, aunque él sepa que un proceso es algo tortuoso e innecesario en ciertos casos. El juez debe buscar además, la manera de acercar a las partes y lograr una conciliación, aunque las partes tengan intereses muy opuestos. La conciliación es una facultad que posee el juez y las partes para llegar a un acuerdo que satisfaga ambos intereses sin tener que pasar por el proceso y lograr una convivencia mas pacífica para los ciudadanos de una nación. Por esta razón, es importante que el juez logre rescatar esta figura, la cual ayuda mucho a mantener una paz social, el juez leal debe serlo también al momento de brindar la sentencia, ya que deberá plasmar de manera correcta y ordenada su resolución, que al fin y al cabo es su manera de pensar en la

⁸⁸ Alvarado Velloso Adolfo (1982). *Op Cit.* pág. 18.

⁸⁹ Alvarado Velloso Adolfo (1982). *Op Cit.* pág. 24.

cual debe dar los motivos exactos que lo llevaron a considerar lo que resolvió, no dejándose influenciar por motivos religiosos, etc.

Dentro de las facultades que posee el juez, entre otras cabe rescatar, la que nos dice Beccaria, en la cual este considera que el juzgador, tan solo tiene la facultad de realizar dentro del parámetro señalado por la ley, la motivación correspondiente, precedida de un análisis de los elementos que confluyeron en la comisión del delito, ya que de lo contrario, de no ser así, se puede caer en especulaciones sin respuesta, que en nada benefician al sistema penal⁹⁰.

El juez además, tiene o posee la facultad de la analogía e interpretación de la ley penal, las cuales se convierten en una de las constantes de la cotidianidad, y no puede ni debe dedicarse a la creación de estas, pues si tuvieran esta capacidad, se convertirían automáticamente en legisladores; el juzgador, recibe la codificación, como un dogma sagrado, el cual no tiene derecho a cuestionar y que principalmente, está obligado a llevar al pie de la letra, por ser estos resultado de la voluntad de los hombres, plasmada por el pueblo a través del legislador⁹¹.

Con lo ya mencionado, solo podemos concluir, que la interpretación de la ley penal, solo se puede realizar de manera literal, ya que de lo contrario, estaríamos seguramente, frente a los sentimientos más oscuros y

⁹⁰Cesare Beccaria (1969). De los delitos y de las penas. traducción por Francisco Tomás y Valiente, Cuarta Edición. Madrid-España, Ediciones Folio. Pág. 85.

⁹¹ Strammler Rudolf (1941). El Juez. Primera Edición. Cuba. Editorial Cultura S.A., pág. 50.

desmedidos del juzgador, quien al igual que el infractor, está sujeto a una serie de elementos subjetivos inherentes a él, y que no puede controlar a su voluntad, ya que seguramente tendrían un efecto distinto en cada caso que se le presentare.

“El juez debe obtener un resultado por la aplicación lógica de las reglas jurídicas que lo conducen a una resolución útil en el caso. La equidad por parte de los jueces debe mediar en todas sus resoluciones, el juez es un hombre viviente y juzga con toda su alma, realiza obra no solo racional sino humana. El arte de juzgar apela al espíritu de sutileza y gentileza, siempre siendo geométrico aplicando los principios de derecho”⁹²

El Juez es un sujeto de derecho que se mueve dentro de éste, pero que a la vez es prisionero de su realidad, tiene libertad para moverse, pero solo en ese campo y ahí ralla su libertad, otorgándole la ley límites, que no le son permitidos ultrajar⁹³.

El derecho valdrá en un país mientras sus hombres de derecho, los jueces hagan que este funcione correctamente y para esto, debe contar con tres facultades básicas⁹⁴:

1- Independencia: para que sus fallos no sean consecuencia del hambre o el miedo.

2 - Autoridad: para que sus fallos no sean simples consejos, divagaciones académicas.

⁹² Lynch Horacio (1976) “La Reorganización de la Justicia”. Revista JA (2) 9 – 20, Septiembre

⁹³ Salazar López Fernando. (1962). El Juez y la Función Jurisdiccional del Estado. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica

⁹⁴ Ídem

3 -Responsabilidad: para que la sentencia no sea ímpetu de la ambición, de orgullo o de la soberbia, sino de la conciencia vigilante del hombre frente a su propio destino.

Así logramos concluir el marco teórico, el cual es fundamental para nosotros por tratarse todos los conceptos presentes en nuestra investigación los cuales deben quedar claros, antes de entrar al segundo título ya que lograremos el verdadero sentido de la tesis, que será el entendimiento de la problemática que presentamos, se ha logrado agarrar conceptos muy distintos entre sí y hemos alcanzado unirlos, lograr puentes entre ellos sin dejar su esencia por aparte, ni violentar sus conceptos fundamentales propios de cada uno de los términos analizados.

TITULO II

ANALISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES ACERCA DE DELITOS DE NARCOTRAFICO

TITULO II

ANALISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES ACERCA DE DELITOS DE NARCOTRAFICO

1. INTRODUCCION GENERAL TITULO II

La interrogante que dio origen a la presente investigación es si el género del imputado incide en la individualización de la pena. Por ello, en el primer título nos avocamos a desarrollar a nivel teórico el tema del género.

En esta segunda parte de la tesis, lo que presentamos son los resultados del trabajo de campo de corte exploratorio que se realizó con la finalidad de establecer si nuestro cuestionamiento inicial tiene sustento empírico. Previa a ello, debe aclararse que responder si el género incide en la individualización de la pena, implicaría un estudio de la totalidad de sentencias condenatorias dictadas por todos los tribunales penales de la República. Hacer dicho estudio excedía las posibilidades de esta investigación, por lo que decidimos tomar como muestra las sentencias condenatorias por delitos de narcotráfico, en las que por las características propias de ese tipo de criminalidad, se da la participación de grupos de personas, entre las que se encuentra tanto a hombres como mujeres, sin distinción de género. Con la finalidad de que el resultado de la investigación fuera actual, delimitamos la muestra a aquellas sentencias condenatorias por delitos de narcotráfico que fueron dictadas durante el año dos mil siete.

Asimismo, la muestra estudiada se delimitó a los fallos dictados por el Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de San José, dado que el volumen de sentencias dictadas por dicho despacho corresponde aproximadamente el 11 %⁹⁵ de la totalidad de los fallos que emiten los Tribunales Penales del país, lo que hace que ésta sea representativa. Así las cosas, el resultado de este trabajo de campo, si bien no podría responder a la interrogante de si en nuestro país el género del imputado incide en la individualización de la pena, el sólo hecho de verificarlo en la muestra elegida, nos serviría para constatar una problemática digna de mayor estudio y reflexión, con lo que se cumpliría con el objetivo exploratorio de la investigación.

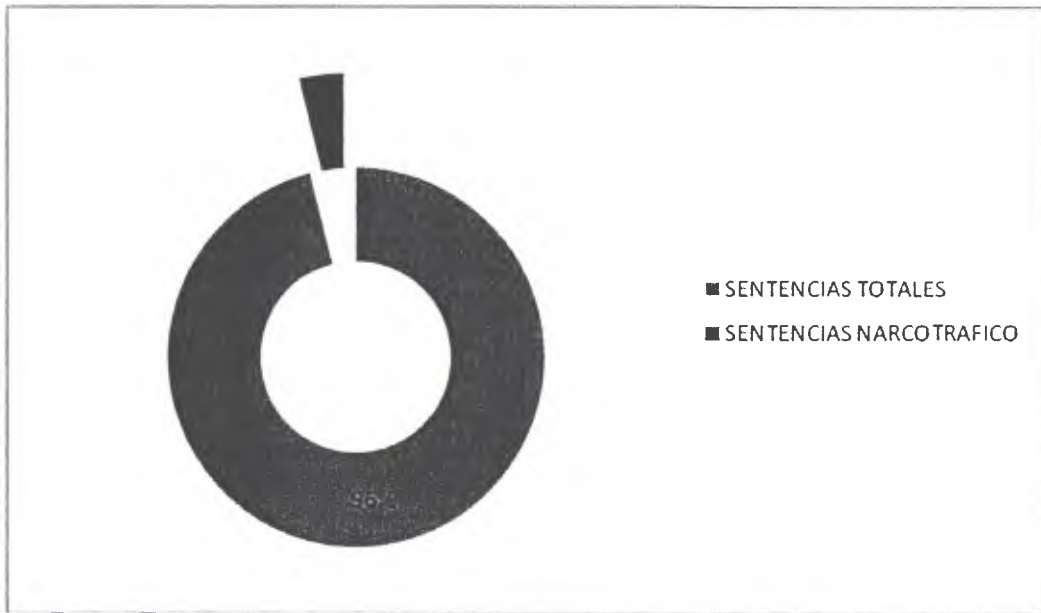
CAPITULO I

MUESTRA DE LA INVESTIGACION

Una vez aclarado lo anterior, tenemos que en el Tribunal de Guadalupe, se dictaron en el 2007 la cantidad de 725 sentencias, de ahí la importancia de este circuito para la investigación. Como se puede ver en el siguiente grafico, de esas 725 sentencias, un 4% (29 sentencias) corresponde a los fallos por Delitos de Narcotráfico.

⁹⁵ Datos del Departamento de Estadísticas del Poder Judicial, www.poder-judicial.go.cr

NÚMERO DE SENTENCIAS TOTALES Y NÚMERO DE SENTENCIAS DE NARCOTRAFICO



Del total de 29 sentencias por Delitos de Narcotráfico, tenemos 23 condenatorias contra 6 absolutorias, tal y como se indica en el siguiente grafico.

TOTAL DEL SENTENCIAS CONDENATORIAS – TOTAL DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS DE NARCOTRAFICO – TRIBUNAL DE JUICIO DE GUADALUPE – PERIODO 2007



En el siguiente cuadro, presentamos la totalidad de las sentencias por delitos de narcotráfico, que dictó el Tribunal del Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José. A la par del número de cada sentencia se muestra, la cantidad de imputados hombres y mujeres condenados y absueltos, el delito por el que fueron juzgados, la pena impuesta (en caso de condena) y si la sentencia fue producto de un procedimiento abreviado.

NUMERO SENTENCIA	HOMBRES		DELITO	PENA ⁹⁶	MUJERES		DELITO	PENA	ABREVIADO
	COND.	ABS.			COND.	ABS.			
048-2007	1		ART 58 ⁹⁷	8	1		ART58	8	
078-2007	4		ART 58 y 77 ⁹⁸	8, 8, 10, 12					
188-2007	1		ART 58	5.4					SI
207-2007	2		ART 58	3, 5.4					SI
209-2007					1		ART58	5.4	SI
255-2007	1		ART 58	8					
260-2007	1		ART 58	8					
285-2007		1				1			
NUMERO SENTENCIA	HOMBRES COND.	ABS.	DELITO	PENA	MUJERES COND.	ABS.	DELITO	PENA	ABREVIADO
295-2007		1				2			
297-2007	1		ART 58 Y 73	5.4	1		ART 58 Y 73		SI
299-2007	3		ART 58	3					SI
309-2007	3		ART 58,77	8, 12					
340-2007	3		ART 58,77	10		1			
428-2007	1		ART 58,77	10					
440-2007	1		ART 58,77	5.4					SI
441-2007		1				1			
468-2007					1		ART 58,77	8	
492-2007		2							

498-2007	1		ART 58	5.4				SI
503-2007					1			
529-2007	1		ART 58,77	10				
542-2007		1						
545-2007	1		ART 58	5.4				SI
552-2007	1		ART 58	8				
565 -2007	2		ART 58	8				
583-2007	2		ART 58,77	10	1	ART 58,77	9	
674-2007	2		ART 58	5.4				SI
685-2007	3		ART 58,77	10	2	ART 58,77	8	

A partir de estos de estos datos podemos ver como hubo que un 18% de las condenatorias corresponden a mujeres y un 82% a hombres, tal como se indica en el cuadro siguiente.

CANTIDAD DE HOMBRES CONDENADOS – CANTIDAD DE MUJERES CONDENADAS POR DELITOS DE NARCOTRAFICO TRIBUNAL DE JUICIO DEL SEGUNDO CIR CUITO JUDICIAL DE SAN JOSE AÑO 2007



Es importante este grafico, ya que se tratan de penas distintas, debido que el proceso abreviado permite la disminución de la pena hasta en un tercio.

**SENTENCIAS CONDENATORIAS POR INDIVIDUALIZACION –
SENTENCIAS CONDENATORIAS POR ABREVIADO**



En las sentencias dictadas en procedimientos ordinarios, 19 hombres calificados con el Art.58 de la ley 8204, obtuvieron una pena de 8 años, salvo el caso de la sentencia numero 443-2007, en la cual la pena fue superior al mínimo con un tanto de 10años, mientras que en el caso de las mujeres hubo para dicho delito 1 mujer con 8 años de pena.

En cuanto a la calificación por los Art58 y 77 de la ley 8204, podemos ver que tenemos 14 hombres, condenados a 10 años, salvo el caso de la sentencia 078-2007 donde fue superior al promedio dándose una pena de 12 años, en el caso de las mujeres, un total de 3 condenadas con una pena de 8 años y 1 (sentencia 583-2007) con una pena de 9 años.

Mientras que en los procedimientos abreviados 8 hombres condenados por el Art. 58 de la ley sobre estupefacientes, con una pena correspondiente a los 5 años con 4 meses, en cuanto a las mujeres tenemos lo siguiente, 1 mujer condenada por el mismo delito con la misma cantidad de pena. En cuanto a la calificación por los Art58 y 77 de la ley 8204 tenemos 1 hombre con una pena de 5 años y 4 meses, y la ultima calificación seria los Art.58 y 73 de la misma ley, en tanto tenemos 1 hombre y 1 mujer ambos con la misma pena de 5 años y 4 meses.

Con esto podemos ver que hay más hombres condenados con una pena mayor al mínimo, sin embargo en razón de que cada caso tiene características particulares, con la finalidad de determinar si el género del imputado es un aspecto que valoran los jueces al individualizar la sanción, analizamos la fundamentación de la pena, de cada una de las sentencias condenatorias indicadas en el cuadro anterior.

CAPITULO II

INCIDENCIA DEL GÉNERO EN LA INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS.

1. Sentencia 048-2007: *“El Tribunal toma en consideración para fijar la pena en el extremo menor establecido, las circunstancias de que los imputados son personas adictas, que el imputado se trata de una persona joven, de limpios antecedentes, cuya madre entró en proceso de racionalización cuando iniciaba su adolescencia, mientras que la imputada, aunque acusa antecedentes judiciales por este mismo tipo de delito, es madre sola que vela por sus dos hijos, que requieren de su pronta y efectiva resocialización, además en ambos casos en virtud de los fines de prevención general que conlleva este tipo de pena, como*

instrumento ejemplarizante que invita a toda persona abstenerse de cometer este tipo de conductas prohibidas por el derecho sustantivo vigente.”

Comentario:

En este caso, da la impresión de que es el hecho de ser madre soltera, lo que priva para que, a pesar de que la mujer condenada posea antecedentes por el mismo delito y el hombre no, no se le haya fijado a ésta una pena por encima del mínimo, sino el extremo menor igual que al varón.

2. Sentencia 078-2007: *“El reproche penal, debe ser individualizado por más que la actuación sea en una banda y así, a quienes ocupan las funciones de dirección, les corresponde un reproche mayor que a quienes no las tienen, aun siendo eslabones de la organización.”*

Comentario:

Esta sentencia condeno a 4 hombres a penas de 8, 10,12 años de prisión. Como se puede ver en el extracto citado, el género no incidió en la fijación de la pena, pues la diferencia en los montos es justificada por las diferentes posiciones que ocuparon los imputados dentro de la organización delictiva a la que pertenecían.

3. Sentencia 188-2007: *“para imponer la pena toma en consideración el Tribunal el interés del acusado en colaborar con la Administración de Justicia al aceptar los hechos y voluntariamente asumir las consecuencias de los mismos.”*

Comentario:

Al igual que en la sentencia anterior el género no influyó en la fijación de la pena.

4. Sentencia 207-2007: *“los encartados C. H. y B. G. deben ser declarados autores responsables del delito de posesión agravada de crack con fines de tráfico e imponérseles la pena de cinco años y cuatro meses de prisión que descontarán efectivamente al no ser susceptible de ningún beneficio por el monto de la pena impuesta. En lo tocante a L G. debe ser declarado como cómplice en la citada posesión agravada para la venta de drogas y imponérsele la pena negociada de tres años de prisión toda vez que el artículo.”*

Comentario:

En esta sentencia, denotamos nuevamente que el género no fue un factor tomado en cuenta al momento de fijar la pena, pues además de corresponder a un proceso abreviado, la diferencia de las penas impuestas es justificada por el grado de participación de los imputados.

5. Sentencia 209-2007: *“La pena que se pactó y que se impone resulta proporcional y adecuada a los fines de la misma, se constata no solamente que la endilgada accedió a ésta sino que incluso se le fijó por debajo del mínimo cumpliéndose con ello los principios que informan el proceso abreviado. Por otra parte se trata de una mujer joven, ama de casa que lícitamente sólo contaba con una pensión baja, que está consciente del ilícito acusado puesto que voluntariamente se sometió al procedimiento y a los fines resocializadores de la pena estos se ven cumplidos con el tanto dispuesto, sin que el tribunal olvide el perjuicio que este ilícito causa a la salud de las personas adictas.”*
(subrayado suplido)

Comentario:

A pesar de que la pena en este caso fue producto de una negociación, para la aplicación del procedimiento abreviado, la sentencia a la hora de justificar la imposición el extremo menor posible, toma en consideración que la imputada es una mujer joven y ama de casa.

6. Sentencia 255-2007: *“favoreciéndole con el mínimo de la pena, en razón de que como ya se ha explicado arriba, se trató del trasiego de pequeñas cantidades de drogas al detalle a consumidores terminales, se trata además de un delincuente primario.”*

Comentario:

En esta sentencia vemos como el género no fue considerado a la hora de individualizar la sanción.

7. Sentencia 260-2007: *“La petición es mínima pero se trata de un delito ya de por sí severamente sancionado y aunque efectivamente se lesionó el bien jurídico protegido y el imputado se ha hecho merecedor de una sanción, tomando en consideración la cantidad de droga decomisada, que en comparación con lo que muestra la experiencia, no es mucha, ni la cantidad de dinero, lo cual evidencia que la venta era en pequeña escala, y que el imputado no tiene antecedentes penales.”*

Comentario:

El género del imputado no fue tomado en cuenta en dicha consideración al momento de fijar la pena.

8. Sentencia 297-2007: *“La representación del Ministerio Público en acuerdo con la defensa y los imputados, solicitó la imposición de esta pena de cinco años y cuatro meses de prisión respecto a los imputados G. P. y L. P., en lo que estuvo de acuerdo el defensor y el imputado, todo de conformidad con lo estipulado en el artículo 375 del Código Procesal Penal, pena que parte de la mínima de ocho años de prisión contemplada para el ilícito acusado con la disminución inferior en un tercio, considerándose que resulta proporcional ante hechos tan graves como los aquí acusados y acreditados. Estimándose que G. y L. son de limpios antecedentes, el primero soltero y el segundo en unión libre sin oficio conocido y esta penalidad será suficiente para readecúen su conducta dentro de la sociedad.”*

Comentario:

Respecto a esta sentencia lo que cabe destacar es que a pesar que había imputados de ambos géneros la pena que se impuso fue la misma.

9. Sentencia 299-2007: *“con el afán de conceder a los imputados, una pronta oportunidad para su reinserción social, especialmente por ser personas de limpios*

antecedentes penales, no objeta la pena solicitada y admite el procedimiento propuesto en las condiciones dichas, por lo que impone la pena señalada”.

Comentario:

Como se puede ver el género en este caso no incidió en el monto de la pena impuesta.

10. Sentencia 309-2007: [*...“el Tribunal en la imposición de la pena al encartado P. R. que es persona sumamente joven, que no cuenta con antecedentes penales, que ocho años de prisión constituyen un monto de por sí elevado para una persona que apenas empieza su vida adulta, aún no ha formado una familia y no ha tenido la posibilidad de culminar sus estudios, de manera tal que aquella pena resulta suficiente para que el encartado reflexione sobre la gravedad de su conducta y pueda encausar su vida por el camino del bien” ...*] [*... “demostró tener una participación importante en la comisión de los hechos que nos ocupan, su conducta no se limitó -como en el caso de su hijo- a realizar el transporte y cuidado de la droga, sino que por el contrario se preocupó por realizar los contactos necesarios para concretar el arribo de aquel cargamento a territorio nacional” ...*]

[*... “su conducta fue determinante en el trasiego de la droga. Era quien contactaba con las personas encargadas de remitir la droga a nuestro país, quien trajo a territorio nacional a los coimputados” ...*]

Comentario:

En esta sentencia fueron factores distintos al género los que se tomaron en cuenta de determinar la pena, solo se tomó en cuenta factores relacionados con las funciones dentro de la organización delictiva.

11. Sentencia 340-2007: *“que no cuentan con antecedentes, que se encuentran arraigado en el país”*

Comentario:

En esta sentencia, a pesar que se fijo un monto superior al mínimo previsto en el tipo penal, fueron factores distintos al género los que influyeron al momento de determinar la pena.

12. Sentencia 428-2007: *“Se trata de drogas con alto grado de afectación a la salud pública y dirigido a una clientela que por lo general es gente joven e inexperta que incurre muchas veces en adicción sólo por participar de fiestas y diversión con consecuencias también a veces fatales. Estas razones así como que el encartado es una persona joven con capacidad para realizar actividades lícitas, y que por el contrario se dedicó a hacer de la venta de drogas su modus vivendi, es que estos juzgadores consideran que no es merecedor de la pena mínima sino una más grave imponiéndose los 10 años de prisión ya indicados”.*

Comentario:

En esta sentencia el género no influye al dictar la pena, se toman en cuenta otros factores, con base en los cuales se justifica el aumento.

13. Sentencia 440-2007: *“tomándose en cuenta además que en la especie tratamos con un delito que vulnera directamente La Salud Pública como bien jurídico tutelado, lo cual constituye al delito perpetuado en uno de los de mayor gravedad que tutela nuestro ordenamiento jurídico, se le debe imponer al imputado P. J. A. L., en carácter de autor responsable la pena de 5 años y 4 meses de prisión como autor del delito de VENTA DE DROGA en perjuicio de la SALUD PÚBLICA, quien actuó con conocimiento pleno de su accionar delictivo y sin importarle el daño social y personal que la droga que se vendía produciría a quienes la adquirirían en el lugar de marras(conteniendo esta pena ya el rebajo del tercio correspondiente de ley aplicable)”*

Comentario:

En esta sentencia el género no es un factor que se haya tomado en cuenta para dictar la pena.

14. Sentencia 468-2007: , *“favoreciéndole con el mínimo de la pena, en razón de que como ya se ha explicado arriba, se trató del trasiego de pequeñas cantidades de drogas al detalle a consumidores terminales, se trata además de una delincuente primaria, que admitió parcialmente su participación y responsabilidad en el comercio de la droga, mostrando su arrepentimiento al respecto.”*

Comentario:

A pesar de que la imputada es una mujer vemos como no se tomo en cuenta el género al momento de fijar la sanción.

15. Sentencia 498-2007: *“y que además no hay condiciones objetivas ni subjetivas como para establecer una pena menor para él, de tal suerte que se fija la pena en el tanto de **Cinco Años Cuatro Meses de Prisión**, que deberá cumplir en el establecimiento carcelario correspondiente conforme los respectivos reglamentos.”*

Comentario:

En dicha sentencia el género no viene a ser relevante al momento de individualizar la pena.

16. Sentencia 529-2007: *“lo hace merecedor de una pena intermedia en una relación equitativa entre los extremos interpuestos al líder de la banda en relación con el extremo mínimo de la pena.- Veamos que inclusive es detenido en flagrancia con droga en su poder manteniendo un dominio funcional y de mando claramente determinado en sentencia.”*

Comentario:

En dicha sentencia el género, no fue un factor crucial al momento de dictar la pena, se consideran factores tales como la participación en la organización delictiva.

17. Sentencia 545-2007: *“Como sanción, atendiendo a la gravedad del hecho, que el delito se perfeccionó, que el acusado no registra condenatorias penales inscritas, que es persona joven; el Tribunal encuentra proporcional la pena pactada de cinco años cuatro meses”*

Comentario:

En esta sentencia son factores externos al género los que son considerados al momento de individualizar la pena.

18. Sentencia 552-2007: *“favoreciéndole con el mínimo de la pena, en razón de que como ya se ha explicado arriba, se trató del trasiego de pequeñas cantidades de drogas al detalle a consumidores terminales, se trata además de un delincuente primario.”*

Comentario:

Podemos ver como en esta sentencia, el género no fue un elemento considerado al imponer la pena.

19. Sentencia 584-2007: [... *“fundamentalmente en sus condiciones personales previas al delito, mismas que igualmente se han considerado más unidas a lo que ahora se argumenta. Veamos que inclusive son detenidos en flagrancia con la droga en su poder manteniendo un dominio funcional y de mando claramente determinado en sentencia, sin que resulte necesario acreditar el uso final de la droga, pues en tratándose de un delito de peligro abstracto basta su posesión y transporte, máxime que por la cantidad de droga incautado no puede estimarse siquiera que fuera para su consumo personal.”* ...] [... *“B. B. la que merece menor reproche según lo solicitó la representación fiscal, puesto que actuaba tan solo como chofer, distinto a los demás imputados que*

ejecutaban funciones de coordinación y control de los actos de transporte de la droga" ...]

Comentario:

En dicha sentencia vemos como que aunque tenemos a una mujer de imputada, no es el género el que determina la reducción de la pena sino su función dentro de la organización.

20. Sentencia 674-2007: No tiene fundamentación de la Pena.

21. Sentencia 685-2007: *"lo estimaba conveniente como paso en una ocasión con E. A., por lo que se estima que el reproche contra el mismo debe ser mayor, al ser el jefe y coordinador de la distribución de la droga; así como también se toma en cuenta que las imputados son personas sin antecedentes penales, cuentan con familia y con hijos, además de que las mismos son bastante jóvenes y que la pena a imponer puede ser suficiente para que mediten sobre su comportamiento y en el futuro puedan ser personas útiles para la sociedad. Asimismo el Tribunal toma en cuenta, que a pesar de que los hechos son sumamente graves, lo cierto es que la venta de droga iba destinada a consumidores habituales según se desprende de las investigaciones; teniendo como un hecho cierto, que aún así, la pena mínima a imponer es sumamente alta y que por lo tanto se considera suficiente por los hechos demostrados."*

Comentario:

Se impone una pena de 10 años de prisión a los 3 imputados hombres, mientras que a las 2 imputadas mujeres se les impuso la pena de 8 años, justificando solamente la individualización del líder de la organización. En cuanto a los 2 imputados varones la sentencia no indica el por qué impone una pena superior al mínimo. En vista de que la participación de estos dos es similar a la de las 2 mujeres, pareciera que, que bien no se

indica expresamente, el género fue determinante a la hora de individualizar la sanción.

Una vez hecho, las anteriores anotaciones, respecto a cada una de las sentencias estudiadas tenemos como resultado 21 sentencias condenatorias en 3 de ellas el género fue tomado en cuenta a la hora de individualizar/fundamentar la sanción. Tal y como lo vemos en el siguiente grafico.



El porcentaje de resoluciones en las que se toma en consideración el género a la hora de fijar la sanción, es más significativo cuando valoramos únicamente las sentencias en las que figura como imputado una mujer. Toda vez que de un total de 6 en el 50% el género afecto la individualización de la sanción. Tal y como se denota en el gráfico siguiente.



Si bien el número de sentencias encontradas, en las que el género es considerado por los jueces a la hora de fijar la sanción es reducido, consideramos que nuestra hipótesis ha sido confirmada, toda vez que el simple hecho de que en estas sentencias se haya constatado dicha circunstancia, refleja que si bien no en la mayoría de los casos pero en si en alguno de ellos, el Tribunal de Juicio de Guadalupe a la hora de fijar las penas a los imputados condenados por delitos de Narcotráfico, sí toma en consideración el género.

El resultado de esta investigación es importante pues refleja que el problema que inspiró la realización de la misma, existe. Por lo que sería importante la realización de investigaciones similares en otros circuitos judiciales y respecto a otros tipos de delito, pues indiscutiblemente si queremos vivir en una sociedad democrática e igualitaria el género no puede influir en la determinación de una pena.

CONCLUSIONES

- Debemos entender por Género: En nuestro criterio, es el conjunto de valores, actitudes, costumbres y comportamientos, que una cultura atribuye a hombres y mujeres, es decir, el género femenino; es lo que socialmente se espera que se haga por una mujer, mientras que el género masculino es lo que se espera se haga por un hombre, entonces, lo femenino y masculino estarían definidos por un punto de vista sociocultural y uno biológico.
- Nosotros no estamos de acuerdo con que el género se utilice como un elemento a considerar a la hora de individualizar una pena. A raíz de nuestra definición de género, analizada anteriormente no es factible, que al haber solo una diferencia biológica entre ambos géneros, el juez base o lo utilice al momento de fundamentar para lograr atenuar la pena, ya que si tanto el imputado hombre como la imputada mujer cuentan con las mismas características, al momento de ir a juicio deben ser tratados como iguales sin que medie esa diferencia biológica, se debe mantener dentro de las reglas de objetividad y proporcionalidad y otorgar igual trato a todos quienes logren demostrar estar en las mismas circunstancias. Violentándose el principio de igualdad, el cual se ve violado cuando se trata desigualmente a los iguales, y para que se pueda permitir un trato diferenciado debe observarse la finalidad, ya que ésta debe estar constitucionalmente diferenciada, debe ser una finalidad concreta, no puede ser abstracta, y debe reunir en sí misma, el sistema de valores constitucionales.

- Los jueces deben valorar las verdaderas necesidades de la sociedad y no dejarse ir por sentimientos correspondientes a cada uno, ciertamente es difícil, ciertamente teniendo en cuenta la dignidad de la persona pero no haciendo una diferencia por el sexo.
- Debemos buscar una igualdad, pero en todo el sentido de la palabra no solamente luchar por reconocer derechos de la mujer sino que también, luchar por ser considerados ambos como sujetos iguales ante la ley con las mismas garantías y mismos deberes, pues de lo contrario podría inclusive caerse dentro del derecho penal de autor.
- Según lo anterior Derecho penal de autor conllevaría el alienar a cierta categoría de personas, castigándolas por sus cualidades y no por las acciones y omisiones que éstas lleven a cabo, lo cual tiene vinculación estrecha con la problemática de la peligrosidad, especialmente en lo que corresponde a la denominada peligrosidad pre-delictual, es decir, la que se determina antes de haber cometido un delito la persona a quien se etiqueta de peligrosa. Lo cual sería violatorio al principio de igualdad consagrado en el artículo 33 de nuestra Constitución Política e igualmente el principio de inocencia, que predica que nadie es culpable hasta que se demuestre lo contrario.
- Si bien el número de sentencias encontradas, en las que el género es considerado por los jueces a la hora de fijar la sanción es reducido, consideramos que nuestra hipótesis ha sido confirmada, toda vez que el simple hecho de que en estas sentencias se haya constatado dicha circunstancia, refleja que si bien no en la mayoría de los casos pero en si en alguno de ellos, el Tribunal de Juicio de Guadalupe a la hora de

fijar las penas a los imputados condenados por delitos de Narcotráfico, sí toma en consideración el género.

- El resultado de esta investigación es importante pues refleja que el problema que inspiró la realización de la misma, existe. Por lo que sería importante la realización de investigaciones similares en otros circuitos judiciales y respecto a otros tipos de delito, pues indiscutiblemente si queremos vivir en una sociedad democrática e igualitaria el género no puede influir en la determinación de una pena.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Alvarado Velloso Adolfo (1982). El Juez sus deberes y facultades. Primera Edición. Argentina. Editorial Depalma.

Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2002). Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Arteaga Sánchez Alberto. (1997). Derecho Penal Venezolano. Primera Edición. Editorial McGraw-Hill. Caracas, Venezuela.

Bacigalupo Zapater Enrique (1984). Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis-Ilanud. Argentina.

Carbonell Sáenz Jorge. (1997). Historia del Derecho Costarricense. Primera Edición. Editorial Juricentro. San José Costa Rica.

Carnelutti Francesco. (1999). Las Miserias del Proceso Penal. Primera Edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia.

Cesare Beccaria (1969). De los delitos y de las penas, traducción por Francisco Tomás y Valiente. Cuarta Edición. Ediciones Folio. Madrid-España.

Chirino Sanchez, Erick (2007). Humanismo y Derecho Penal. Primera Edición. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica,

Devesa José María (1979), Derecho Penal Español, Parte General, Gráficas Loasa. Madrid, España.

Duhet Paule-Marie (1974) Condorcet "Essai sur l'admission des femmes au droit de cité". 1790(Mujeres y la Revolución). Editorial Península. Barcelona, España.

Hassel Guillermo. (2007). Introducción al Estudio del Derecho Parte 11. Primera Edición. Editorial Universidad Católica de Santa Fe. Santa Fe, Argentina.

Hans Kelsen. (1984). Teoría General del Estado. Editora Nacional. México DF.

Hernández Valle Rubén (1994). El Derecho de la Constitución. Vol. II Primera Edición. Editorial Juricentro. San José Costa Rica.

Jescheck Hans Heinrich (1981). Tratado de Derecho Penal. Editorial Bosch. Barcelona España.

Jiménez de Asúa Luis (1962). Tratado de Derecho Penal. Tomo IV Segunda Parte: Las Causas de Justificación. Tercera Edición Actualizada. Editorial Losada S.A. Buenos Aires, Argentina.

Lamas Marta (2004). Mujeres en Transición. La perspectiva de género. Primera Edición, Editorial Trillas. México.

Pérez Royo Javier. (1996) Curso de Derecho Constitucional. Tercera Edición. Ediciones Jurídicas y Sociales. España, Madrid.

Hernández Valle Rubén (2002). El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica. Primera Edición. Editorial Juricentro. Costa Rica.

Feijoo María del Carmen. (1991) Mujer y Sociedad en América Latina. 1 ed. Editorial Clacso. Argentina.

Iturraspe Bernardo (1967). Función Social de la Abogacía. Segunda Edición. Editorial Cavastelli, Argentina.

Jaquette Jane (1989) "The Women's Movement in Latin America. Feminism and the Transition to Democracy" 1ed. Editorial Unwin Hyman. Boston MA-USA.

Jiménez de Asua Luís. (1959) La ley y el delito. Principios de Derecho Penal, 3ª edición. Editora Nacional. Mexico.

Kirkwood Julieta(1992) "Escritos Femeninos".1 ed. Editorial Tu Veracruz. Mexico.

Marí, E.E (1983), La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault. 1ed. Editorial Hachette. Buenos Aires - Argentina

Morillas Cuevas (1991). Teoría de las consecuencias jurídicas del delito. 1 ed. Editorial Tecnos. Madrid.

Muñoz Conde Francisco. (1999). Teoría general del delito. Segunda Edición, Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia.

Nash M. y Tavera S (1995) Experiencias desiguales: Conflictos sociales y respuestas colectivas (Siglo XIX), Segunda Edición. Ed. Síntesis. Madrid.

Rousseau Juan Jacobo (1989). El Contrato Social, primera Edición. Honduras. Editorial Guaymuras S.A.

Soler Sebastián. (1978). Derecho Penal Argentino, Tomo III. Tipografía Editora. Buenos aires, Argentina.

Servera Muntaner José Luis. (1999) Ética Policial. Primera Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España.

Strammler Rudolf (1941). El Juez. Primera Edición. Editorial_Cultura S.A, Cuba.

Wollstonecraft Mary (1977), Vindicación de los Derechos de la Mujer, 2 ed. Editorial Debate. Madrid

Tesis

Arroyo Sánchez Mylene. (1985) Evolución de la Pena en el Derecho Costarricense Tesis de graduación para optar el Título de Licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San José-Costa Rica.

Salazar López Fernando. (1962). El Juez y la Función Jurisdiccional del Estado. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica

Soto Cabrera Tatiana (1988) Los mecanismos legales desprotectores de la víctima de agresión sexual. Tesis de graduación para optar el Título de Licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San José de Costa Rica.

Instrumentos Legales

Voto 2771-2003 de la Sala Constitucional.

Voto 6470-1999 de la Sala Constitucional.

Voto 3550-1992 de la Sala Constitucional:

Voto 1139-97 de la Sala Constitucional.

Voto 3173-93 de la Sala Constitucional.

Voto 209-01, Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea. 9 de Marzo del Dos mil Uno

Ley No. 7142 de 8 de marzo de 1990, Publicada en La Gaceta No. 59 del 26 de marzo de 1990

Código Penal.

Código Electoral.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Declaración De Derechos Humanos

Convención Americana de Derechos Humanos

El Proyecto de Código Penal

Sentencia 048-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José

Sentencia 078-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José

Sentencia 188-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José

Sentencia 207-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José

Sentencia 209-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José

Sentencia 255-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José

Sentencia 260-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José

Sentencia 297-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José

Sentencia 299-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 309-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 340-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 428-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 440-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 468-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 545-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 498-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 552-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 529-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 584-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 685-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José
Sentencia 674-2007 TRB. Penal 2do Circuito Judicial de San José

Revistas

Revista Ciencia, Innovación y Desarrollo. Ciudad de la Habana. Volumen 9.
No.2. pág. 25-31. 2004

Lynch Horacio (1976) "La Reorganización de la Justicia". Revista JA (2) 9 –
20, Septiembre

Referencias Electrónicas

Universidad de la Frontera Temuco - Chile. (2003). < <http://www.ufro.cl> >.
[Consulta: 7 agosto. 2007]

Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Costa Rica. (2006)

<<http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb>>. [Consulta: 24 noviembre. 2007].

Cetrade (2004) - México

< <http://www.cetrade.org/>>. [Consulta: 25 julio. 2007]

Gender and Water (2003) – Estados Unidos

< www.genderwater.org>. [Consulta: 3 abril. 2007]

IFAD (2006) – Estados Unidos.

< <http://www.ifad.org/governance/index.htm>>. [Consulta: 17 mayo. 2007]