

**Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho**

*“La Inconstitucionalidad de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres: Un análisis a nivel de los tipos penales y su aplicación”.*

**Tesis para optar por el Grado de Licenciadas en Derecho.**

**Elizeth Hernández Céspedes.**

**Adriana Ramírez Cover.**

**2009**



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO  
ÁREA INVESTIGACION



08 de agosto del 2009.

Lic.  
Pedro Bernal Chaves Corrales  
Decano a.i.  
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de las estudiantes:

**ELIZETH HERNANDEZ CESPEDES**  
**Y**  
**ADRIANA RAMIREZ COVER**

**Titulado: “LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE PENALIZACION DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES: UNA ANALISIS A NIVEL DE LOS TIPOS PENALES Y SU APLICACIÓN”.**

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:

<b>PRESIDENTE:</b>	<b>LICDA.RITA MAXERA HERRERA</b>
<b>SECRETARIO:</b>	<b>LICDA. KATTIA BALLESTERO PERNUDI</b>
<b>INFORMANTE:</b>	<b>LIC .MIGUEL ZAMORA ACEVEDO</b>
<b>MIEMBRO</b>	<b>LIC. FRANK ÁLVAREZ HERNÁNDEZ</b>
<b>MIEMBRO:</b>	<b>DR. MANUEL ROJAS SALAS</b>

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se fija para el día **22 de octubre del 2009, a las 18:00 p.m SALA DE JUICIO**

  
Dr. Daniel Gadea Nieto  
Director



San José, 18 de setiembre de 2009

Dr. Daniel Gadea Nieto  
Director del Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado Doctor,

Por medio de la presente hago constar que he leído y analizado bajo mi condición de director, el trabajo final de graduación de las señoritas Elizeth Hernández Céspedes, portadora de la cédula de identidad número 2-603-638; y Adriana Ramírez Cover, portadora de la cédula de identidad número 1-1247-0917, titulado *“La inconstitucionalidad de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres: Un análisis a nivel de los tipos penales y su aplicación”*.

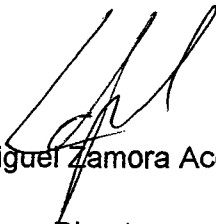
He de resaltar que el mismo cumple con todos los requisitos forma y fondo exigidos para este tipo de investigaciones, por lo que le doy mi aprobación para que se proceda a señalar fecha y hora para la defensa oral y pública.

Resalta la importancia en la investigación que la misma parte de un examen doctrinario del tema muy actual como lo es la violencia doméstica, el cual es analizado desde la perspectiva del derecho penal garantista y con base a elementos empíricos que le dan plena validez en sus apreciaciones.

Por lo anterior, considera el suscrito que la tesis cumple una doble función, primero pone en la palestra la disyuntiva de un tema de violencia social, en el cual se da una valoración positiva a la luz de las doctrinas

modernas y la realidad jurídica y segundo, las apreciaciones se dan con gran aporte con elementos empíricos propios de una verdadera investigación social.

Con toda consideración, se despide:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Zamora Acevedo', written over the printed name.

Lic. Miguel Zamora Acevedo

Director

San José, 1° de octubre de 2009.


Dr. Daniel Gadea Nieto.  
Director del Área de Investigación.  
Facultad de Derecho.  
Universidad de Costa Rica.

Estimado Doctor:

Por la presente hago constar que he leído y analizado el trabajo final de graduación que se titula: *"La inconstitucionalidad de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres: Un análisis a nivel de los tipos penales y su aplicación"*; elaborado por las estudiantes: Elizeth María Hernández Céspedes, portadora de la cédula de identidad No. 2-0603-0638, Carné No. A32458, y Adriana Ramírez Cover, cédula de identidad No. 1-1247-0917, Carné A34209.

Conforme a lo anterior, le manifiesto que el mismo cumple con todos los requisitos de forma y fondo que son exigidos para este tipo de investigaciones, por lo que le doy mi aprobación y solicito que se señale fecha y hora para que se realice su defensa oral y pública.

Con toda consideración, se despide:

  
Licenciada Kathia Ballesteros Pemudi.  
Lectora.

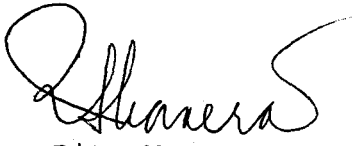
San José 24 de setiembre del 2009

Dr. Daniel Gadea Nieto  
Director  
Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado profesor Gadea:

En condición de lectora del Trabajo Final de Graduación titulado "La inconstitucionalidad de la Ley de penalización de la Violencia contra las mujeres: Un análisis a nivel de los tipos penales y su aplicación" de las estudiantes Elizeth Hernández Céspedes y Adriana Ramírez Cover doy mi aprobación a dicho trabajo de investigación por reunir los requisitos exigidos para su réplica.

Atentamente



Rita Maxera



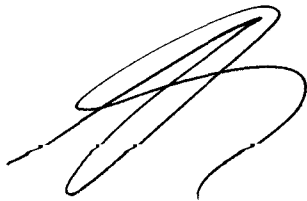
San José, 2 de setiembre del 2009

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

Las estudiantes, Elizeth Hernández Céspedes , cédula # 2-0603-638 y Adriana Ramírez Cover, cédula # 1- 1247-091, han presentado para revisión de estilo su tesis denominada. “ **La inconstitucionalidad de la Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres: un análisis a nivel de los tipos penales y su aplicación**”. Se han revisado y corregido aspectos referentes a la estructura gramatical, la acentuación, la ortografía, la puntuación, los vicios de estilo y de dicción que se trasladan al escrito, estas correcciones se han incorporado al presente documento.

Por tanto, hago constar que se encuentra lista para ser presentada a la Universidad como trabajo de graduación y optar así por el grado de Licenciadas en Derecho.

Atentamente,



Lidia Zamora Jiménez  
Filóloga Universidad de Costa Rica  
Colegio de Licenciados y Profesores  
Carné N° 7399

A Dios, a quien agrado confiando  
inmensamente.

A mi madre Elizabeth, a mi padre  
Milton, mis ángeles.

A Marvin, el ángel que encontré, mi  
saquito de mirra.

A Adriana, por su paciencia y  
dedicación.

Elizeth.



A mis padres, Mariam y Walter, los modelos a los que aspiro convertirme, mis tutores y pilares.

A Elizeth, mi buena amiga y compañera durante todo este camino universitario.

A una persona que se ha encontrado a mi lado de manera incondicional y constante, a pesar de mis grandes errores.

Adriana.

Un agradecimiento especial a una persona quien por su entrega, dedicación y esmero, fue más allá del apoyo académico, para convertirse en una persona muy estimada y respetada por nosotras.

Elizeth y Adriana.

*Formar parte de la sociedad, ser reconocidas por los otros y obtener algún beneficio social depende, para las mujeres, de acuerdo con el sentido patriarcal de la vida, del sacrificio personal, la pobreza, la ignorancia y la carencia de poderes de las mujeres.*

*El desarrollo patriarcal depende del no desarrollo personal y genérico de las mujeres.*

*La base patriarcal consiste en que las mujeres contribuyan en al desarrollo de otros, en el cual es evidente el desarrollo de los otros a partir de los aportes de las mujeres, a costa del autodesarrollo de cada una y del desarrollo del género femenino.*

*(Lagarde, 1997: 120)*

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
<b>1.- Capítulo I: Fundamentos Extrajurídicos de la Ley No. 8589, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, publicada en La Gaceta No. 103, del treinta de mayo de dos mil siete.</b> .....	<b>5</b>
1.1.-TÍTULO I: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y EL DERECHO.....	6
1.1.1.- <i>Sección I: Género, Sistemas Patriarcales y Derecho.</i> .....	7
• Género: Una construcción social.....	7
• Sistemas patriarcales.....	12
• Relaciones de poder, sexismo y violencia de género: origen del conflicto.....	16
• El Androcentrismo: el hombre como centro en la construcción y el mantenimiento de las instituciones sociales. ....	20
1.1.2.- <i>Sección II: La Perspectiva de género.</i> .....	22
1.1.3. <i>Sección III: El Derecho desde la perspectiva de género: propuestas para el logro de la equidad de género.</i> .....	26
• Teoría Tridimensional del Derecho (Análisis y creación de diagnósticos de casos para eliminar la discriminación de género en el derecho).....	31
• Gender Mainstreaming o Transversalidad (Creación de políticas públicas para alcanzar la equidad de género dentro de la sociedad).....	32
<b>2.- Capítulo II: Fundamentos Jurídicos: La adopción de responsabilidades estatales en relación con los derechos humanos de la mujer como origen de creación normativa.</b> .....	<b>36</b>
2.1.- TÍTULO I: ALGUNOS ANTECEDENTES NORMATIVOS INTERNACIONALES.....	39
2.1.1. <i>Sección I: La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada por el Estado costarricense mediante Ley No. 6968, del dos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.</i> .....	40
2.1.2.- <i>Sección II: La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará), aprobada por el Estado costarricense mediante Ley No 7499, del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco.</i> .....	44
2.2.- TÍTULO II: ALGUNOS ANTECEDENTES NORMATIVOS NACIONALES. ....	46
2.2.1.- <i>Sección I: Ley de Promoción de la igualdad social de la mujer, No 7142.</i> .....	47
2.2.2.- <i>Sección II: Ley Contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, No.7476.</i> .....	48
2.2.3.- <i>Sección III: Ley contra la violencia doméstica (LVD), No 7586.</i> .....	49

2.3.- TÍTULO III: NORMATIVA ESPAÑOLA: LA PUESTA EN ESCENA DE LA REGULACIÓN ESPECIAL EN CONTRA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	50
2.3.1.-Sección I: Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, Ley 1/2004 de España .....	51
2.4.- TÍTULO IV: DISCUSIÓN LEGISLATIVA SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE PENALIZACIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, EXPEDIENTE LEGISLATIVO NO 13.874.....	63
2.5.- TÍTULO V: VOTOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COMO RESPUESTAS A LAS CONSULTAS FACULTATIVAS REALIZADAS POR LAS/OS DIPUTADAS/OS DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.....	72
3.- Capítulo III: La Ley de penalización de la violencia contra las mujeres y sus tipos penales, algunos razonamientos y análisis de constitucionalidad.....	86
3.1.- TÍTULO I: FUNDAMENTO DEL ANÁLISIS DEL DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO: EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN. ....	89
3.2.- TÍTULO II: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	93
3.2.1.- Sección I: El Principio de Igualdad.....	95
• Sobre el Principio de Igualdad.....	95
• Igualdad formal e igualdad material.....	98
• En busca de un equilibrio: La discriminación positiva o inversa y las acciones positivas o afirmativas.....	100
• ¿Son las leyes de corte penal especial contra la violencia de género acciones positivas o afirmativas en el ordenamiento jurídico? críticas y aportes a la ciencia jurídico-penal. ....	104
• Valoración del acople de la Ley No. 8589 con el Principio de Igualdad, por parte de las/os funcionarias/os públicas/os del Poder Judicial de Costa Rica. ....	112
3.2.2.- Sección II: El Principio de Legalidad Penal, definición y alcances. ....	113
3.2.3.- Sección III: El Principio de reserva de ley.....	116
3.2.4.- Sección IV: La determinación del Bien Jurídico como condición sine qua non del Principio de Lesividad.....	118
3.2.5.- Sección V: El Principio de Tipicidad.....	121
3.3.- TÍTULO III: LOS TIPOS PENALES.....	123
3.3.1.- Sección I: La estructura de los tipos penales.....	125
• El sujeto activo. ....	125
• El verbo. ....	126
• Elementos accesorios del verbo.....	126
• Sujeto pasivo.....	127
• Bien jurídico.....	127
• Elementos normativos.....	129
• Elementos descriptivos.....	132
3.3.2.- Sección II: Tipos penales abiertos. ....	133
3.4.- TÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN NÚMERO 15447-2008, DE LAS CATORCE HORAS CON CINCUENTA Y TRES MINUTOS DEL QUINCE DE OCTUBRE DE DOS MIL OCHO.....	134
• Sobre el artículo 22 de la Ley No. 8589, el <i>Maltrato</i> .....	135

• Sobre el artículo 25 de la Ley No. 8589, la <i>Violencia Emocional</i> .....	141
<b>3.5.- TÍTULO V: ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DE LA LEY NO. 8589, A LA LUZ DEL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN.....</b>	<b>145</b>
<b>3.5.1.- Sección I: Análisis de los tipos penales de la Ley No. 8589. ....</b>	<b>145</b>
• Sujeto activo y sujeto pasivo de la Ley No. 8589. ....	146
• Los Bienes Jurídicos contemplados por la Ley No. 8589. ....	150
• Artículo 8 de la Ley No. 8589: "Circunstancias agravantes generales del delito". ....	150
• Delitos de violencia física (Artículos 21 y 23 de la Ley No. 8589). ....	151
✓ Artículo 21: "Femicidio". ....	151
✓ Artículo 23: "Restricción a la Libertad de Tránsito". ....	151
• Delitos de violencia psicológica (Artículos 26 y 27 de la Ley No. 8689). ....	153
✓ Artículo 26: "Restricción a la Autodeterminación". ....	153
✓ Artículo 27: "Amenazas contra una Mujer". ....	154
• Delitos de violencia sexual (Artículos 29 a 31 de la Ley No. 8589). ....	155
✓ Artículo 29: "Violación contra una Mujer". ....	155
✓ Artículo 30: "Conductas Sexuales Abusivas". ....	157
✓ Artículo 31: "Explotación Sexual de una Mujer". ....	158
• Delitos de violencia patrimonial (Artículos 34 a 39 de la Ley No. 8589). ....	159
✓ Artículo 34: "Sustracción Patrimonial". ....	159
✓ Artículo 35: "Daño Patrimonial". ....	161
✓ Artículo 36: "Limitación al Ejercicio del Derecho de Propiedad". ....	162
✓ Artículo 37: "Fraude de Simulación sobre Bienes Susceptibles de Ser Gananciales". ....	163
✓ Artículo 38: "Distracción de las Utilidades de las Actividades Económicas Familiares". ....	165
✓ Artículo 39: "Explotación Económica de la Mujer". ....	166
• Incumplimiento de una medida de protección (Artículo 43 de la Ley No. 8589). ....	167
✓ Artículo 43: "Incumplimiento de una Medida de Protección". ....	167
<b>3.5.2.- Sección II: Valoración de los tipos penales de la Ley No. 8589, por parte de los funcionarios/os públicas/os del Poder Judicial de Costa Rica. ....</b>	<b>168</b>
<b>4.-Capítulo IV: El Resultado de la Ley No. 8589: la pena y la víctima. ....</b>	<b>170</b>
<b>4.1.- TÍTULO I: LA SANCIÓN PENAL: EL DERECHO PENAL COMO CONTROL SOCIAL. ....</b>	<b>170</b>
<b>4.2.- TÍTULO II: TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA. ....</b>	<b>174</b>
<b>4.2.1.- Sección I: Teorías absolutas. ....</b>	<b>174</b>
<b>4.2.2.- Sección II: Teorías Relativas. ....</b>	<b>176</b>
• Teorías de la prevención general negativa. ....	176
• Teorías de la prevención general positiva. ....	178
• Teorías de la prevención especial positiva. ....	179
• Teorías de la prevención especial negativa. ....	182
<b>4.3.- TÍTULO III: LA FINALIDAD DE LA PENA EN LAS LEYES PENALES ESPECIALES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ....</b>	<b>183</b>

4.3.1.- Sección I: La finalidad de la pena en la Ley No. 8589. ....	191
4.4.- TÍTULO IV: LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN EL ANÁLISIS DE LA PENA.....	193
4.4.1.- Sección I: Principio de Proporcionalidad.....	193
• Subprincipio de idoneidad.....	195
• Subprincipio de necesidad.....	196
• Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	197
4.4.2.- Sección II: Principio de Razonabilidad.....	198
4.4.3.- Sección III: Análisis de la pena en la Ley No. 8589, a la luz de los principios de Proporcionalidad y Razonabilidad.....	199
4.4.4.- Sección IV: Valoración del acople de la Ley No. 8589 con los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad de la Pena, por parte de las/os funcionarias/os públicas/os del Poder Judicial de Costa Rica.....	202
4.5.- TÍTULO V: LA VÍCTIMA EN LAS LEYES PENALES ESPECIALES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	203
4.5.1.- Sección I: Concepto de victimología y su aplicación en las leyes penales especiales contra la violencia de género.....	204
4.5.2.- Sección II: Atención a las víctimas dentro de los procesos de infracción a la Ley No. 8589.....	211
4.5.3.- Sección III: Valoración del tratamiento de la víctima por la Ley No. 8589, por parte de los/as funcionarios/as del Poder Judicial de Costa Rica.....	218
4.6.- TÍTULO VI: LA LEY NO. 8589 COMO MECANISMO PARA TRATAR LA VIOLENCIA DE GÉNERO... ..	219
CONCLUSIONES.....	223
RECOMENDACIONES.....	229
ANEXOS.....	233
BIBLIOGRAFÍA.....	241

**Director de la Investigación:**

Licenciado Miguel Zamora Acevedo.

**Cita Bibliográfica:**

Hernández Céspedes, Elizeth y Ramírez Cover, Adriana. “La Inconstitucionalidad de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres: Un análisis a nivel de los tipos penales y su aplicación”, Tesis para optar por el Grado de Licenciadas en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2009.

**Palabras Claves:**

Androcentrismo; Acción positiva; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Discriminación de género, Derecho de la Constitución; Derecho Humanos de las mujeres; Género; Misoginia; Principio de Igualdad; Principio de Legalidad; Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad de la pena; Relaciones de poder y control; Resocialización; Retribución; Revictimización; Sistemas patriarcales; Teorías de Perspectiva de Género; Tipo penal; Tipos penales abiertos; Violencia de género.

**Resumen:**

El ser humano es un ente social, por tanto su conducta se ve delimitada por los lineamientos que establece la propia sociedad en la que vive. De esta forma, el género se ve construido por la dinámica de los grupos sociales, estableciendo roles, conductas y formas de pensamiento, que deben ser



seguidos por los individuos, de tal forma que el género determinará la forma de ser de cada persona.

Asimismo, el género se establece como un parámetro para determinar la estratificación social, conformada por el sistema patriarcal y misógino que impera en el sistema social. Todo esto se perpetúa a través de las diversas instituciones sociales, entre ellas el Derecho, creando un sistema legal androcéntrico.

Contra todo esto, han surgido grupos de lucha que buscan promover la formación de instrumentos internacionales que reconozcan los Derechos Humanos de las mujeres, entre ellos la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

De conformidad con el Derecho de la Constitución, se debe permear todo el ordenamiento jurídico con las Teorías de Perspectiva de Género, recogidas por esos instrumentos internacionales, por lo que el Estado costarricense debería luchar en contra de todo rasgo androcéntrico y misógino, tanto en la letra de las normas jurídicas, como en la forma de operar del sistema legal.

Consecuentemente, esos instrumentos internacionales han promovido cambios y reformas en las legislaciones nacionales, tal es el caso de Costa Rica, concretamente con la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, Ley No. 8589.

A pesar de que la Ley No. 8589 se pretendió constituir como una acción positiva, aquella sufre de graves problemas de constitucionalidad, tanto por la amplitud en sus conceptos, así porque no cumple en general, con los criterios de constitucionalidad a los que debe abocarse una acción positiva. Esto es, cumplir con su objetivo, que es el dar un mejor y más eficiente tratamiento, según la rama del Derecho del que se trate, de la violencia de género; y

concretamente en el Derecho Penal, que es dar un buen tratamiento y abordaje a la víctima, así como a los problemas de violencia presentes en el agresor.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

**CEDAW:** Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

**CIDH:** Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.

**Convención de Belem do Pará:** Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

**CP:** Código Penal

**CPP:** Código Procesal Penal

**INAMU:** Instituto Nacional de las Mujeres.

**Instituto WEM:** Instituto Costarricense para la Acción, Educación e Investigación de la Masculinidad, Pareja y Sexualidad.

**Ley No. 8589:** Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

**Ley 1/2004:** Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de España.

**LVD:** Ley contra la Violencia Doméstica.

**OEA:** Organización de los Estados Americanos.

**SAPAO:** Sistema de Acreditación de los Programas de Atención para Ofensores, del Instituto Nacional de las Mujeres.

## INTRODUCCIÓN

El reforzamiento que los Derechos Humanos han tenido en los últimos tiempos, que para algunas personas ha representado su evolución (derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación), no podría achacársele únicamente a los aportes jurídicos, sino que ese enriquecimiento ha venido también, de otras corrientes extrajurídicas, que con su utilización como instrumentos de apoyo y otras veces como puntos de crítica hacia la labor jurídica, han aportado sustancialmente para la consecución de esos avances.

A pesar del progreso de esos derechos, esto no ha sido proporcional, ni tampoco la constante para muchos grupos sociales, que se han visto postergados (y en muchos casos olvidados), por el ordenamiento jurídico, tanto internacional como nacional, dado a los fundamentos de las estructuras que imperan en las distintas sociedades. Esto es lo que ha sucedido con las mujeres, que han sufrido durante siglos, constantes abusos y discriminaciones provenientes de los mismos miembros de la sociedad, y consecuentemente del sistema de Derecho.

Analizar la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, Ley No. 8589, se ha constituido en una forma de llamar la atención de la sociedad, sobre el rezago del género femenino y de la problemática que ese rezago origina, no sólo en el mundo del Derecho, sino en los impactos en su propia vida, intereses, en fin, su desarrollo como personas.

Así, el estudio de esta ley por medio del *Derecho de la Constitución*, empleado éste de manera integral, es decir, dándole el valor que dentro del ordenamiento jurídico poseen las normas, como serían la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* y la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia*

*contra la Mujer*, ha permitido realizar un examen que simultáneamente tome criterios de las Teorías de Perspectiva de Género, así como de los principios fundamentales del *Derecho de la Constitución*, con la finalidad de definir la constitucionalidad de la ley, según su capacidad de cumplir con los requerimientos de *resistencia* ante la Constitución Política.

Mediante este trabajo, se pretendió demostrar que la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres es una norma inconstitucional, toda vez que la misma no cumple con las exigencias técnicas que establecen los principios básicos del Derecho Penal, y tampoco logra cumplir con las finalidades por las cuales se creó, esto es, un efectivo tratamiento de la víctima, así como del agresor, con miras a disminuir al máximo la problemática de la violencia contra las mujeres dentro de la sociedad costarricense.

Como objetivo general de este trabajo, se procedió al análisis de constitucionalidad de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, tanto a nivel de sus tipos penales, así como en sus efectos sobre las partes procesales al momento de su aplicación.

Por otra parte, como objetivos específicos se incluyeron:

- 1) Investigar las bases de las Teorías de Perspectiva de Género para entender la idea de la realidad social según esas tesis.
- 2) Estudiar los antecedentes jurídicos de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, con la finalidad de entender las razones de su existencia.
- 3) Realizar un análisis de constitucionalidad de los tipos penales de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, a la luz del *Derecho de la Constitución* integralmente aplicado, así como de las pautas generales de las Teorías de Perspectiva de Género.

- 4) Verificar si la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, se constituye en un medio eficaz para disminuir los conflictos de violencia contra las mujeres en Costa Rica.

Es importante destacar la metodología que se utilizó en este trabajo de investigación, la cual consistió en el análisis crítico de la doctrina, resoluciones judiciales y leyes como parte cuantitativa; además, la realización de encuestas a funcionarios/as públicos/as y entrevistas a otras profesionales de distintas ciencias sociales, con el fin de conocer los efectos producidos por la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, así como los resultados obtenidos por ésta, todo ello como parte cualitativa de este trabajo.

En aras de desarrollar lo anteriormente expuesto, en el Capítulo I, se procedió a recapitular las pautas generales que fundamentan y crean las Teorías de Perspectiva de Género.

En el Capítulo II, igualmente se recapituló la existencia de normativa nacional e internacional, para medir el ambiente en el cual se le iba a dar nacimiento a la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

El Capítulo III, trata el análisis de los tipos penales de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, para constatar su constitucionalidad o no, así como su cumplimiento de las pautas generales de las Teorías de Perspectiva de Género.

Finalmente en el Capítulo IV, se valoraron los efectos que la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, según su texto, ha tenido o podría tener en la sociedad costarricense, concretamente, en la víctima y el perpetrador.

Por último, se considera que el acercamiento a esta temática es de gran novedad, por cuanto se realiza de manera integral, conjugando aspectos jurídicos y extrajurídicos, lo cual se constituye en una investigación que mira la

problemática de la violencia contra las mujeres a partir de anteojos multicolores.

En suma, la investigación se convierte en partida para futuros trabajos en esta área.

## **1.- Capítulo I: Fundamentos Extrajurídicos de la Ley No. 8589, Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, publicada en La Gaceta No. 103, del treinta de mayo de dos mil siete.**

El nacimiento de la *Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres* (de ahora en adelante Ley No. 8589), es una estrategia entre otras, por medio de la cual el Estado costarricense, emprendió su batalla contra la problemática de la violencia de género dentro de la sociedad. Sumariamente, esa normativa fue creada, según se observa en el Expediente Legislativo No. 13.874, por dos razones: **1)** la obligación de cumplir con una serie de responsabilidades asumidas por el Estado en el ámbito internacional<sup>1</sup>, frente al rechazo por parte de éste, de las condiciones de violencia experimentadas por las mujeres, al considerarlas como una clara lesión a sus derechos humanos; y **2)** como una respuesta a las exigencias de la sociedad (o parte de ella), dado al sobresalto experimentado, ante el aumento de los casos de violencia doméstica denunciados en los tribunales de justicia, a finales de la década de los años noventa (coincidiendo con la aplicación de la Ley Contra la Violencia Doméstica (LVD))<sup>2</sup>.

En relación con el primer punto, las convenciones internacionales en materia de violencia de género aprobadas por el Estado costarricense, apelan a la equidad de los géneros y por ende, al Principio de No Discriminación y de Igualdad, basando sus contenidos en las Teorías de Perspectiva de Género<sup>3</sup>; lo cual le suma a dichos textos, un trasfondo cargado de teorías y pensamientos

---

<sup>1</sup> La Ley No. 8589 encuentra su fundamento y justificación, básicamente, en dos instrumentos internacionales: **La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer** (aprobada por la Ley No. 6968, del dos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro) y **La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o Convención Belem do Pará** (aprobada por la Ley No. 7499, del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco).

<sup>2</sup> En líneas posteriores, se criticará lo limitado de estas dos razones en el sentido de que ambas se fundamentan en una visión muy reducida del problema. La primera enfocándose únicamente en aspectos del Derecho Internacional Público; y la segunda en meros datos estadísticos. Cabe rescatar que éstas no se constituyen en los únicos motivos expuestos dentro del expediente legislativo, pues como se estudiará a lo largo de este trabajo, se formularon otras razones más profundas que justificaban la creación de la Ley No. 8589, algunas de las cuales son apoyadas.

<sup>3</sup> También conocida como: *Enfoque de Género, Visión de Género, o Mirada de Género.*



filosóficos, sociológicos, antropológicos y legales; así como de una polémica lucha por la equidad de géneros promovida principalmente por los diversos movimientos feministas, que data de décadas atrás.

En vista de lo anterior, el estudio de constitucionalidad aquí realizado sobre la Ley No. 8589, requiere del conocimiento tanto de los textos de las convenciones internacionales aprobadas por el Estado, de las principales normas legales que promueven la equidad de género (las cuales nacieron también ante las responsabilidades contraídas por éste); así como de los argumentos expuestos por las Teorías de Perspectiva de Género; todo ello con la finalidad de determinar si la ley en cuestión, se constituye en una herramienta efectiva y acorde con las exigencias legales para tratar la problemática de la violencia de género.

### **1.1.-Título I: La Perspectiva de género y el derecho.**

La Perspectiva de Género, definida brevemente (pues será abordada en forma más amplia en la Sección II de este Capítulo); es una teoría social que estudia las características, comportamientos, roles y relaciones sociales entre los hombres y mujeres y a partir de ello, reconceptualiza las instituciones sociales y nociones democráticas, con la finalidad de eliminar la desigualdad entre los géneros; creando políticas, programas y acciones, entre otros, que procedan a erradicar aquellos estereotipos y mitos que perpetúan la discriminación del género femenino.

En este sentido, La Perspectiva de Género toma una serie de conceptos sociológicos y antropológicos, para evidenciar las diferentes formas en que las mujeres son discriminadas y excluidas por la misma sociedad; y cómo las diferentes instituciones sociales son empleadas para beneficio del grupo

dominante –los hombres (para efectos de esta investigación) –, entre estas, el Derecho.

### 1.1.1.- Sección I: Género, Sistemas Patriarcales y Derecho.

- **Género: Una construcción social.**

El ser humano se caracteriza por ser un ente social, por esta razón tiene la necesidad de agruparse; en virtud de ello y al existir ciertos intereses en común, así como límites conductuales de acuerdo con esos intereses, le permite crear una división de tareas o funciones para cada miembro, en aras de generar beneficios para el grupo. Por ello, la misma sociedad busca que las personas organicen y adapten sus conductas al sistema valorativo y al orden social creado por ésta, lo cual logra por medio del control social<sup>4</sup> y sus instituciones sociales<sup>5</sup>, que se encargan de legitimar y perpetuar el sistema social vigente.

De conformidad con lo anterior, vivir en sociedad significa estar sometido a una serie de fuerzas, que obligan a los seres humanos a desarrollar un determinado comportamiento y cumplir con ciertas expectativas sociales, según el papel social<sup>6</sup> impuesto por el grupo, el cual se interioriza desde la infancia

---

<sup>4</sup> El control social, según Berger, se podría definir como: “[...] diversos métodos empleados por una sociedad para poner de nuevo en línea a sus miembros recalcitantes. [...] funcionan para eliminar al personal indeseable y [...] para “estimular a los demás”.” (Berger, 1973: 100-101).

Dicho autor considera como ejemplos de control social: la violencia física, la violencia oficial (que podría considerarse como la violencia institucionalizada o aquella que es ejercida por el Estado), la presión económica, la persuasión, el escarnio, la murmuración y el oprobio, entre otros.

<sup>5</sup> Las instituciones sociales, forman parte de la sociedad y tienen por objetivo el establecer determinados esquemas de comportamientos y acciones frente a situaciones específicas: “Las instituciones por el hecho mismo de existir, también controlan el comportamiento humano estableciendo pautas definidas de antemano que lo canalizan en una dirección determinada, en oposición a las muchas otras que podrían darse teóricamente.” (Berger y Luckmann, 1976: 76). Como ejemplos, podrían citarse: el matrimonio, la familia, el Derecho, entre muchos otros.

<sup>6</sup> Los papeles sociales implican para el individuo “[...] que toda situación en la que interviene le pone frente a expectativas específicas y exige de él respuestas específicas a estas expectativas.” (Berger, 1973: 135). En este sentido, los papeles sociales establecerán los

por medio de la socialización<sup>7</sup>; lo que determina al final de cuentas, la identidad de cada persona:

*“La sociedad, como un hecho objetivo y externo, se enfrenta a nosotros especialmente en forma de restricción. Sus instituciones modelan nuestros actos e incluso plasman nuestras esperanzas. Estas nos recompensan en la medida en que permanecemos dentro de los límites de las funciones que se nos han asignado. Si nos salimos de estos límites, la sociedad dispone de una variedad casi infinita de instrumentos de control y de coerción.”* (Berger, 1973: 131)

En vista de que es la misma sociedad quién determina la identidad de las personas y consecuentemente, las conductas y acciones desarrolladas por éstas, es posible considerar que los comportamientos tanto de los hombres como de las mujeres, se encuentran prescritos y responden también a las diferentes expectativas sociales.

Ello se explica por medio del género, el cual alude a los papeles sociales que deben ser acatados por las personas de conformidad al sexo que se posee; es decir, el género es una construcción social que determina qué es lo masculino y qué es lo femenino; asignando comportamientos, pensamientos, características, roles y funciones determinados para cada uno, los cuales son difundidos e instruidos por las diferentes instituciones sociales, tales como los medios de comunicación, la familia, los sistemas educativos, la religión, el Derecho, entre otros.

Lo anterior denota que las particularidades que definen lo que es ser mujer u hombre, no vienen incorporadas al sexo, sino que son aprendidas por medio de la socialización. Ya que dicho proceso implica la interacción de los individuos con el resto de la sociedad a través de las diferentes relaciones sociales, ello significa que “el mundo de los hombres” y “el mundo de las

---

esquemas de comportamiento que debe desarrollar la persona frente a las diferentes situaciones sociales, los cuales, a su vez, presentan determinadas actitudes y emociones.

<sup>7</sup> La socialización se constituye como el proceso social basado en la interacción con otros miembros de la sociedad (muchas veces en la observación), mediante el cual las personas, desde su infancia, aprenden: “[...] las creencias, normas y valores socialmente esperados de nosotros como miembros de una sociedad [...]” (Light y Keller, 2000: 119), esto es, aprender a “[...] desempeñar correctamente los papeles que le corresponden.” (Berger, 1973: 141)

mujeres” se interrelacionan, por lo que deben verse siempre de manera conjunta:

*“Cuando afirmamos, líneas atrás, que la masculinidad está incorporada también por las mujeres, procuramos no dejar de lado el hecho de que ello es así en virtud de la necesaria complementariedad que debe existir entre lo masculino y lo femenino, el uno se sostiene sobre la existencia del otro, en íntima y permanente relación.” (Salas, 2002: 17)*

Inclusive, según Lamas, en la construcción de la identidad tienen más peso las determinaciones y parámetros impuestos por la misma sociedad, que las condiciones biológicas. Por ello afirma que el género, desde una perspectiva psicológica, se compone de tres instancias: 1) la **“asignación (rotulación, atribución) de género”**, que básicamente se realiza de acuerdo con la apariencia externa de los genitales del recién nacido. 2) la **“identidad de género”**, etapa que se da durante el período comprendido desde que se aprende a hablar y se adquiere la conciencia entre la diferencia anatómica entre los sexos. A los infantes se les construye su identidad según el sexo al que pertenezcan, lo cual se efectúa por medio de sus experiencias de vida (por lo general, a través de sus juegos y juguetes). Y, 3) el **“papel de género” (rol)**, el cual forma parte importante en la identidad de cada persona y se edifica, siguiendo las pautas y los estereotipos establecidos por cada sociedad de lo que se considera como lo masculino o lo femenino, es decir, difieren de sociedad en sociedad (Lamas, 2004).

De esta manera, se denota que existe una gran diferencia entre el concepto de sexo y el de género. El primero se refiere a las diferencias anatómicas y biológicas asociadas con la reproducción humana y el segundo, a las diferentes acepciones sociales y culturales que cada sociedad le ha otorgado a dichas diferencias<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> Esta distinción fue inicialmente propuesta por la feminista Simone de Beauvoir, en el año 1949, al concebir: “[...] la distinción entre el sexo –lo “naturalmente dado –y el género –lo socialmente construido –con lo que desenmascara la pretendida naturaleza del género.” (Enamorado, 2000: 41)

*“De esta forma, la naturaleza se verá canalizada, en su manifestación, según ciertas disposiciones e instituciones creadas por el mismo ser humano. Uno de los aspectos con mayor implicación de los componentes biofísicos, como lo es nuestro sexo, deviene en formas de manifestación que cada grupo dispone para sus integrantes. [...] Así como muchos otros elementos de la realidad, nuestro cuerpo se cargará de múltiples significados, para el sujeto como tal y para las relaciones que se establezca con otras personas y grupos.” (Salas, 2002: 18)*

En este sentido, podría definirse el género como:

*“[...] la construcción social de las identidades diferenciadas de mujeres y de hombres; para el contexto socio-cultural más amplio, que también toma en consideración factores tales como clases, razas, situación económica, grupo étnico y edad. Consiste en la adscripción de identidades, creencias, sentimientos, conductas, funciones, tareas, actitudes, responsabilidades, roles y valores diferenciales que la sociedad establece para cada uno de los sexos, los que se expresan como desigualdades sociales.” (Staff, 2004: 58).*

Fernández, por su parte considera que el género se compone de tres elementos: **1)** una construcción social o cultural (la cual crea un concepto de lo masculino y lo femenino a partir de una serie de estereotipos, que son interiorizados por las personas a lo largo de sus vidas); **2)** una construcción psicológica (aludiendo a la formación del ser a partir de procesos morales, afectivos y valorativos); y **3)** una construcción ideológica (refiriéndose a los procesos políticos y sociales, basados en las relaciones de poder, que se sustentan en las estructuras sociales de dominación, las cuales permiten perpetuar la idea de lo que es ser hombre o mujer) (Fernández, 2008).

A partir de la definición de Fernández, se puede concluir que el concepto de género no es estático, sino que al ser elaborado por la sociedad, ésta le impregna sus características: cambiante e histórica; por lo que aquél irá transformándose conforme las relaciones sociales vayan cambiando su forma de operar.

De esta forma, la concepción de lo que es el género mutará con el paso del tiempo y según las evoluciones (o involuciones) de la sociedad que se

estudie; es decir, dicha noción se adecuará a la realidad histórico-política y a la estructura social de cada agrupación; lo cual, a su vez, determinará la estratificación social<sup>9</sup> de cada individuo, tomando en cuenta sus características, entre ellas el género: *“En este sentido, el género está asociado a un sistema jerarquizado de estatus o de prestigio social que resulta significativo para mujeres y hombres y se plasma en relaciones asimétricas traducidas en un desigual ejercicio del poder.”* (Ramírez, 2002: 30)

En razón de lo anterior, se extrae que a partir de las diferencias orgánicas que existen entre hombres y mujeres, la sociedad crea diferencias sociales y culturales que justifican e incluso promueven la discriminación y dominación de uno de los géneros; siendo las mujeres por diversas razones, que se indicarán más adelante, quienes se encuentran en una posición subordinada frente a los hombres, perpetuando de esa manera la existencia de los sistemas patriarcales<sup>10</sup>.

Enamorado explica, haciendo alusión a las propuestas de Gayle Rubin, las razones del porqué, a través de la relación entre sexo y género se logra mantener al género femenino en una posición subordinada. La autora alude al *sistema de sexo/género*, por medio del cual Rubin explicó que la sexualidad se produce junto con la creación de lo que es el género a partir del sexo biológico, así como del funcionamiento de las estructuras de parentesco y la división del trabajo. De esta forma Rubin definió el *sistema de sexo/género* como:

*“[...] el conjunto de convenciones mediante las cuales una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, en las que se satisfacen estas necesidades sexuales transformadas. Sostiene que el sexo tal y como lo conocemos –identidad de género, deseos sexuales, conceptos sobre la infancia –es un producto social.”* (Enamorado, 2000: 43).

---

<sup>9</sup> Berger considera que la estratificación social: *“[...] se refiere al hecho de que cualquier sociedad se compondrá de niveles que se relacionan entre sí en términos de superordenación y de subordinación, ya sea en poder, privilegios o rango.”* (Berger, 1973: 113)

<sup>10</sup> *“La masculinidad alude a una manera, sobre todo en los hombres, de vivir la sexualidad, de la afectividad, el trabajo, la vida diaria, entre otros, de cumplir con roles sociales y sexuales y, además, a un símbolo de jerarquías sociales en el cual los varones ejercen poder sobre los otros hombres, los niños y las mujeres. Por eso, podemos afirmar que se asocia la masculinidad con el poder y con la autoridad...”* (Salas, 2002: 17)

Dado que la sexualidad es un producto social, tanto el sexo biológico, como las formas de parentesco, la familia y la crianza de los hijos se someten a una organización social. En consecuencia, se podría suponer que la subordinación de las mujeres es un producto de esa misma organización y a la dinámica que existe entre sexo y género. Por ende, se afirma que un pensamiento imperante en la sociedad es que las mujeres son seres inferiores por causa de su género, y la forma en que éste funciona dentro de la organización social existente.

- **Sistemas patriarcales.**

Partiendo de lo anteriormente indicado, las mismas sociedades dentro de sus estructuras, fijan una serie de características como puntos para determinar la posición social en la que se encasillará a cada persona (y a partir de ello, asignará el papel social que deberá desempeñar durante su vida). Dicho proceso se conoce como diferenciación social<sup>11</sup>.

Kerbo, afirma que la existencia de la diferenciación social abre las puertas a la formación de la desigualdad social; lo que implica que la sociedad tomando en cuenta las características diferenciadoras, establecerá un acceso disconforme para los individuos a los recursos y posiciones sociales dentro de la estructura social<sup>12</sup>.

En el momento en que la desigualdad social es institucionalizada, esto es, cuando dentro de la sociedad se crean sistemas de jerarquización basados en los estratos que se conforman a partir de las desigualdades sociales, se origina la estratificación social. Dicho sistema de escalas sociales dictaminará

---

<sup>11</sup> Según Kerbo, la diferenciación social se da cuando existen, dentro de una sociedad, *“individuos con distintas cualidades individuales y con diferentes papeles sociales.”* (Kerbo, 1998: 10-11)

<sup>12</sup> La desigualdad social surge de la diferenciación social, básicamente, por dos razones: 1) *“[...] debido a la capacidad humana de dar significado a los acontecimientos y a las cosas de desarrollar juicios sobre lo que es «bueno», «malo» o preferible [...] Así, las características del individuo y los diferentes lugares o papeles pueden ser valorados de forma desigual u ordenados de superior a inferior.”* Y 2) *“[...] porque algunos papeles o posiciones sociales colocan a ciertas personas en condiciones de adquirir una mayor porción de los bienes y servicios valorados.”* (Kerbo, 1998: 11)

los beneficios y privilegios que recibirán quienes se encuentren en la cúspide de la pirámide, y los beneficios y privilegios que no recibirán quienes constituyan los escalafones más bajos.

Ahora bien, relacionando lo hasta aquí expuesto con el tema de estudio, cabe indicar que el género constituye un elemento decisivo dentro del posicionamiento en la jerarquía social, por cuanto la dominación de los hombres sobre las mujeres es una realidad que data de muchos siglos atrás, al punto que ha llegado a considerarse como natural que lo masculino es lo superior, y lo femenino lo inferior:

*“Desde el punto de vista histórico, las diferencias entre los sexos y la desigualdad legal están estrechamente ligadas. ¿Por qué? Porque la diferencia mutua entre hombres y mujeres se concibió como la diferencia de las mujeres con respecto a los hombres cuando los primeros tomaron el poder y se erigieron en el modelo de lo humano.” (Facio, 1999: 21)*

El inicio de la dominación masculina fue estudiado por Engels<sup>13</sup>, quien concluyó que a pesar de que en los diferentes tipos de agrupaciones sociales anteriores a la familia sindiásmica (familia consanguínea y punalúa), imperaba la filiación femenina y el derecho hereditario por línea materna, en la época de ésta dicho sistema fue sustituido por el masculino. Dado lo anterior, el hombre asumió el dominio de la casa, convirtiendo a la mujer en su servidora y en una herramienta para su reproducción; y con ello, se implantó la familia patriarcal, organismo social en el que el hombre (patriarca), se imponía sobre su mujer y sus hijos (Engels, 1975); instaurando consecuentemente los conceptos de lo masculino y lo femenino.

Posteriormente, con el origen de la familia monogámica<sup>14</sup> y la propiedad privada, los hombres en aras de perpetuar el dominio económico dentro de su familia, sometieron aún más a la mujer bajo su dominio (para asegurar su

---

<sup>13</sup> En su libro *“El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado”*.

<sup>14</sup> Según Engels, la familia monogámica: *“Se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; y esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre.”* (Engels, 1975: 61)



monogamia), con la finalidad de asegurarse la paternidad de sus hijos, fortaleciendo así los sistemas patriarcales:

*“Su desigualdad legal que hemos heredado de condiciones sociales anteriores, no es causa, sino efecto, de la opresión económica de la mujer. [...] Las cosas cambiaron con la familia patriarcal y aún más con la familia individual monogámica. [...] La familia individual moderna se funda en la esclavitud doméstica franca o más o menos disimulada de la mujer, y la sociedad moderna es una masa cuyas moléculas son las familias individuales.”* (Engels, 1975:73-74)

Así, este tipo de familia se constituyó en una institución social (por cuanto los individuos empezaron a creer que dicha forma de funcionar y de actuar era la naturalmente adecuada), y no sólo eso, sino que se consideró como la institución base de toda la sociedad (Castells y Subirats, 2007)<sup>15</sup>, lo que facilitó que ésta transmitiera su forma de operar al resto de la estructura social, implantando los sistemas patriarcales que conocemos hasta hoy.

El sistema patriarcal se ha caracterizado por ser una estructura social basada en el poder masculino, creando un dominio por parte de los hombres sobre las mujeres, lo cual establece una serie de prerrogativas a favor de los primeros, en detrimento de las segundas; así como un sistema de valores y conductas que rige el devenir de la sociedad:

*“En síntesis, con la aplicación de la perspectiva de género se ha descubierto que el desarrollo no es neutro, depende de los procesos históricos que confluyen en él, del tipo de formación social y económica, del tipo de Estado y sus políticas, de su relación con la sociedad, así como de las características y el dinamismos de ambos y de la cultura que se despliega en este mundo. Si la sociedades son patriarcales es posible saber que la vida de mujeres y hombres es desigual e inequitativa, que entre ambos géneros hay disparidades en cuanto a condiciones de vida, acceso a oportunidades, espacios y bienes materiales y simbólicos.”* (Lagarde, 1997: 119)

---

<sup>15</sup> Es interesante también como esas concepciones tienen una vigencia significativa para el Derecho, para acercarlo a la realidad costarricense se puede ver el Artículo 51 de la Constitución Política.

Arroyo, indica que un sistema patriarcal posee cinco rasgos principales: **1)** es histórico, por cuanto es construido por la misma sociedad y perpetuado por ésta. **2)** Se basa en la violencia sexual, lo cual denota un control sobre el cuerpo de la mujer, que es legitimada por el mismo Estado. **3)** Las mujeres asumen un estado de sumisión frente a los hombres. **4)** El sistema encuentra su justificación en las diferencias anatómicas entre los hombres y las mujeres. Y, **5)** la estructura social gira en torno al hombre, lo cual influencia directamente al grupo social y a su cultura (Arroyo, 2002).

Asimismo, los sistemas patriarcales buscan su legitimación y subsistencia por medio de las instituciones sociales, las cuales son manipuladas por el grupo dominante, los hombres, para su beneficio e intereses propios, con el fin de que los individuos mantengan la creencia de que la situación referida es correcta, e incluso deseada, todo ello con el objetivo de mantener su condición de privilegio:

*“La relación de dominación/subordinación (por lo general ejercida por el varón adulto en contra de la mujer) está inmersa en una cultura que es producto de un proceso de hegemonización al que se entiende [...] como todo un sistema de valores, actitudes y creencias que contribuyen a sostener el orden establecido y los intereses económicos, políticos y sociales de las clases dominantes (léase sexo dominante).” (Ramírez, 2002: 25).*

Frente a lo anterior, las mujeres han llegado a ser consideradas como “ciudadanos de segunda clase” (Arroyo, 2004: 76), permitiendo la entrada de todo grado de discriminaciones y lesiones a sus derechos humanos. Dichos acontecimientos son día con día, invisibilizados o minimizados, ya que se consideran acordes con el funcionamiento de la sociedad, lo cual fomenta la existencia del androcentrismo y los niveles de violencia de género:

*“[...] la discriminación y la violencia de género no se dan en el vacío, sino en el contexto de la cultura patriarcal, pero a su vez se sustenta, en una ideología sexista [...] Es así como en la punta de la pirámide se coloca el paradigma de lo humano representado androcéntricamente. Esta forma de orden social implica, de por sí, una violencia estructural porque niega, relativiza, naturaliza, lo que significa la violencia y la discriminación en la vida de las*

*mujeres y las consecuencias que esto tiene en sus entornos geográficos, políticos, sociales y económico resultando en violaciones a sus derechos humanos [...]” (Arroyo, 2004: 75)*

- **Relaciones de poder, sexismo y violencia de género: origen del conflicto.**

Como se indicó en líneas atrás, el género se constituye en una categoría que le permite al resto de la agrupación designarle a los individuos un estrato determinado, dentro de la jerarquía social; siendo que los hombres serán posicionados en estratos superiores con respecto a las mujeres. Ello refleja la existencia de relaciones asimétricas entre unas y otros, que generan una desigualdad en el ejercicio del poder.

De acuerdo con lo expuesto por Martín-Baró, el ejercicio del poder dentro de una sociedad implica necesariamente, la dominación de un grupo social sobre otro; la que se logra mediante la influencia en el sistema social. Los distintos grupos sociales tienden a actuar en beneficio de sus propios intereses, lo cual genera una confrontación en aquellos casos en que se contrapongan con los intereses de otras colectividades; aquéllos que posean más poder podrán imponer sus intereses sobre los demás (y generar mayores beneficios para sí), logrando moldear los sistemas sociales en su provecho<sup>16</sup>.

Consecutivamente, dada la institucionalización del dominio por parte de algunos sectores humanos, el resto de la sociedad irá aceptando las conductas y formas de pensamiento impuestos; integrándolas como parte de su socialización. Las instituciones sociales establecerán a partir de los sistemas de valores las conductas adecuadas y los pensamientos pertinentes; quienes incumplan con dichas pautas serán sancionadas/os por la misma sociedad. Este funcionamiento es lo que permite que la dominación social se encuentre

---

<sup>16</sup> Martín-Baró, estima que mediante el ejercicio del poder puede influenciarse el comportamiento de las personas de dos maneras distintas, las cuales son inclusivas: “(a) una inmediata, imponiendo una dirección concreta a la acción; (b) otra mediata, configurando el mundo de las personas y determinando los elementos constitutivos de esa misma acción.” (Martín-Baró, 1989: 93)

legitimada, porque las mismas instituciones hacen creer que ésa es la única manera correcta en que el sistema podría operar.

En el caso del Derecho como institución social, éste se ha encargado de perpetuar las relaciones de dominio de los hombres sobre las mujeres, por cuanto ha sido influenciado por los grupos dominantes y manipulado a favor de sus intereses, con la finalidad de mantener sus privilegios frente a las mujeres:

*"[...] la participación del Derecho en los conflictos sociales, no es imparcial: su intervención se da en función de sus propios intereses, entre los cuales se encuentran los del sistema de dominación masculina, de su sobrevivencia institucional en la cual es eje fundante la asimetría de GÉNERO y en ese tanto, la forma en que decida los mismos, deviene en mucho cómo estos constituyen un ataque o no a éste, como constructor de un modo de organización social." (Ballester y Monge, 1993 : 37)*

Kelman (Martín-Baró, 1989: 109), considera que mediante el ejercicio del poder, es posible incidir en el comportamiento de las personas con la finalidad de encontrar un beneficio personal; es por ello que afirma que existen tres tipos de influjo social: **1)** la sumisión, **2)** la identificación, y **3)** la interiorización<sup>17</sup>. De esta forma:

*"La sumisión de Kelman estaría relacionada con la internalización moral más superficial, aquella que lleva a las personas a conformarse con las normas morales porque se saben vigiladas y sujetas a castigos; la identificación se relacionará con la internalización empática, que lleva a actuar moralmente por la conciencia sobre el impacto de las propias acciones en los demás; finalmente, la internalización de Kelman estaría en relación con la adopción de conceptos y perspectivas morales cognoscitivamente elaboradas, que lleva a las personas a actuar por propia convicción." (Martín-Baró, 1989: 111)*

---

<sup>17</sup> *"\*La sumisión se da cuando un individuo acepta el influjo de otra persona o grupo porque espera conseguir así una respuesta favorable de ellos (conseguir un premio o evitar un castigo).*

*\*La identificación se da cuando un individuo realiza la conducta característica de otra persona o grupo la asocia con una buena relación con esa persona o grupo.*

*\*La interiorización se da cuando un individuo acepta una forma de comportarse inducida por otros porque es congruente con su sistema de valores." (Martín-Baró, 1989: 111)*

Mediante el uso del poder y los efectos que éste tiene sobre las conductas de los individuos, los grupos dominantes han logrado perpetuar la sumisión de las mujeres, con lo que se desarrollaron una serie de mitos, dogmas y estereotipos que promovieron la creencia de que es natural exaltar al sexo masculino, admitiendo la posibilidad de generar mayores libertades y ventajas a favor de los hombres y someter a las mujeres bajo su merced. Esta ideología es lo que se conoce como el sexismo (Arroyo, 2004).

Los sistemas patriarcales y el desarrollo de las relaciones de poder entre hombres y mujeres se han fundamentado en la ideología del sexismo, lo cual ha permitido el crecimiento de la discriminación en contra de las mujeres, tanto en el ámbito público como por ejemplo, la existencia de una asimetría en la regulación de los derechos fundamentales, la desigualdad en el acceso al trabajo, etc; como el ámbito privado (siendo muy común en las familias, la presencia del *machismo*); y peor aún, se ha racionalizado, admitido y promovido la subyugación de la mujer: *“El planteamiento sociocultural, apoyado en gran parte en la categoría de género, enfatiza que las causas de la violencia son estructurales y están ancladas en la desigualdad de género, en las jerarquías sociales y en la dominación masculina [...]”* (Ramírez, 2002: 45).

Ante esta realidad, el despertar de las mujeres en contra del sistema social ha originado arduas luchas en boga de la igualdad y la justicia, las cuales han generado polémicas discusiones a lo largo de todo el mundo<sup>18</sup>. Los movimientos a favor de las mujeres han llegado a reconocer que el sistema social perpetúa la violencia sistemática y estructural; por cuanto ésta se encuentra arraigada en las propias instituciones sociales y se han transmitido por medio de la socialización, generando una desigualdad real entre hombres y

---

<sup>18</sup> Dichas luchas han devenido en grandes avances a favor de las mujeres, y han creado propuestas muy importantes para generar un cambio sustancial en el tipo de sociedad que en los seres humanos han convivido durante siglos. Como más adelante se verá, en relación con el tema de estudio, las luchas (especialmente lideradas por los movimientos feministas) permitieron la creación de teorías y programas que incluyeran a la mujer en la vida pública, y le otorgaran una especial protección en la vida privada; entre ellas, las Teorías de Perspectiva de Género.

mujeres; esto es, una verdadera violencia de género<sup>19</sup> que inevitablemente tiene sus efectos en los Derechos Humanos de las mujeres.

Según Riella, la aparición de la violencia se da como un acto de defensa por parte del grupo dominante, con la finalidad de asegurar y mantener su influencia en el sistema social, así como su dominación sobre el resto de grupos sociales y en contra de las acciones ejecutadas por otros colectivos, las cuales se originan a partir del agotamiento del sistema social y de su incapacidad de autolegitimación. Este agotamiento surge, cuando los miembros de la sociedad se percatan de las pocas probabilidades de que el sistema social materialice las pautas de igualdad formal en las que teóricamente se basa el mismo, restándole su legitimidad (Riella, 2008).

Finalmente, es significativo tomar en cuenta que este tipo de violencia de género, se ejecuta en todos los ámbitos de la vida de las mujeres, por lo que no debe reducirse únicamente a la violencia doméstica –ámbito privado– (aquella que produce un daño físico, psicológico, sexual o emocional), como muchos lo han querido ver. Esta forma de pensamiento ha pretendido minimizar, y en muchos casos invisibilizar, la magnitud de esta problemática.

La violencia de género existe en todas aquellas situaciones en las que se vean lesionados los Derechos Humanos de las mujeres, y en consecuencia, se vean discriminadas y doblegadas únicamente por su condición de mujeres:

*“La violencia contra las mujeres es una violación de derechos humanos que tiene su origen en la desigualdad y discriminación que sufren las mujeres por el mero hecho de ser mujer. Reducir el concepto de “violencia de género” a una situación de malos tratos es invisibilizar esta sistemática violación.”* (Martín y otras, 2007 : 238)

---

<sup>19</sup> Frente a lo expuesto, se tornan muy acertadas las palabras de Ramírez cuando afirma que: *“Uno de los objetivos del ejercicio del poder es mantener los privilegios, acumular ganancias o hacer funcionar la autoridad. La forma más radical es a través de la violencia, de la fuerza física, pero también puede usarse los efectos de la palabra, el dominio económico o la limitación de las libertades, y las formas tradicionales de institucionalización, que pueden encontrarse en las disposiciones tradicionales, como las estructuras jurídicas y la costumbre, tal como sucede en las relaciones familiares donde las jerarquías –según edad y sexo –están claramente separadas y mantienen una posición piramidal.”* (Ramírez, 2002: 32)

- **El Androcentrismo: el hombre como centro en la construcción y el mantenimiento de las instituciones sociales.**

Según la Real Academia Española el androcentrismo significa tener una *“visión del mundo y de las relaciones sociales centrada en el punto de vista masculino”*, es decir, el hombre como centro del universo. Dicha concepción del mundo es propia de los sistemas patriarcales y parte de la idea de que las mujeres son inferiores a los hombres, invisibilizando su existencia y por tanto, negando cualquier tipo de aporte que éstas hubiesen brindado, brinden o puedan brindar al desarrollo de la historia del ser humano:

*“Las teorías y las políticas del desarrollo han sido criticadas por no percatarse de que la problemática de las mujeres es parte de la problemática social y del desarrollo, por no incluir a las mujeres y no incorporar la perspectiva de género en la investigación y en la misma construcción teórica del desarrollo.”*  
(Lagarde, 1997: 119)

Asimismo, la estructura social se construye sobre un concepto totalmente falaz de ser humano, ya que éste se presenta como un individuo neutral, *“único, universal y asexuado”* (Arroyo, 2002:50); sin embargo, realmente este individuo cumple sólo con los parámetros de lo que se estima como masculino, asignando roles y creando sistemas de valores de acuerdo con esos lineamientos. Ello conlleva a que lo femenino sea concebido como lo excepcional, ignorando que dicho pensamiento discrimina a más de la mitad de la población mundial; y perpetúa la violencia de género, pues la construcción de las instituciones sociales y la sociedad en general, se realizan excluyendo a las mujeres.

En este sentido, el androcentrismo es una ideología que invade todas las instituciones sociales, y el Derecho no se salva de ello. Los principios generales del Derecho, los derechos subjetivos y las normas son creados basándose en ese *“individuo aparentemente neutral”*. Como consecuencia de ello, el mismo sistema normativo genera discriminación en contra de las mujeres, por cuanto al regular las diferentes situaciones lo hace olvidando las diferencias específicas de éstas, pues únicamente considera importantes las

características propias de los hombres; todo ello, en detrimento del Principio de Igualdad. Frente a esto, el Derecho se convierte en una herramienta a favor de lo masculino:

*"[...] debido a que la mirada de los hombres ha pasado por tantísimos siglos como una mirada "neutral", es difícil reconocerla para desarticularla. Más aún, en el campo del derecho que se concibe a sí mismo como una disciplina objetiva a pesar de que su instrumento es el lenguaje, posiblemente la más sexista de las instituciones patriarcales." (Facio y Fries, 1999: 40).*

Además, se observa que el androcentrismo no solamente se presenta en la creación de las normas, sino también, en el área judicial al momento de su aplicación. Los operadores jurídicos, sean mujeres u hombres, siendo miembros de la sociedad en la que viven, interiorizan el sistema patriarcal en el que son educados y tienden a reproducir dicho sistema al momento de desempeñarse en sus labores. De esta forma, se observa cómo las mujeres dentro de los procesos judiciales, incluso en aquellos en que figuren como víctimas, tienden a ser juzgadas de conformidad con las pautas masculinas y discriminadas en caso de no cumplir con éstas<sup>20</sup>.

Por otro lado, como intento por parte del Estado para eliminar esa violencia de género en la sociedad, ha acudido a políticas ineficaces e insuficientes para alcanzar tal cometido, ya que simplemente pretenden mitigar el problema mediato (disminuir o erradicar la violencia doméstica, propiciar una mayor participación de la mujer en la política, entre otros), esas políticas se han colocado como un movimiento en boga y no entran a atender de lleno el problema estructural o sistemático, que es la desigualdad en el desarrollo de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, la inequidad en el ejercicio de poder y la deconstrucción del sistema patriarcal en la sociedad.

---

<sup>20</sup> Pandjarian analiza este tema y afirma que: *"[...] en el discurso judicial se revela, en general, una violencia simbólica, a través de la expresión de una doble moral en lo que respecta a las conductas exigidas a las mujeres, por cuanto su comportamiento se evalúa en función de su adecuación a determinados papeles en la sociedad, donde se atribuyen pesos distintos a las actitudes de hombres y mujeres."* (Pandjarian, 2006: 129).



Ante esta problemática, Facio y Fries critican la principal razón que ha dificultado en demasía el desarrollo de la lucha en contra de la violencia de género: considerar que lo humano se reduce a lo masculino; ello por cuanto:

*"[...] ya no se trata solamente de eliminar estereotipos y cambiar roles sino que es necesario reconceptualizar al ser humano, tarea que implica reconstruir todo el "saber" que hasta ahora ha partido de una premisa falsa: el hombre como modelo o paradigma de lo humano y la mujer como "lo otro"."* (Facio y Fries, 1999: 35)

Llevando todas estas consideraciones a un ámbito más específico, y tomando en cuenta que la sociedad en general y el Derecho en particular tienen la tendencia a crear, construir y reproducir ámbitos de existencia, teniendo como base la figura masculina; surge el cuestionamiento sobre si la Ley No. 8589 posee los requisitos necesarios para ser considerada como una norma capaz de abordar de manera eficiente el problema de la violencia de género; o bien, simplemente constituye una ley ineficaz, creada justamente para mitigar presiones sociales ejercidas contra las políticas públicas en un momento determinado. La respuesta a esa interrogante, será analizada en los siguientes Capítulos, tomando como base los lineamientos de las Teorías de Perspectiva de Género y las pautas o lineamientos del Derecho de la Constitución.

### **1.1.2.- Sección II: La Perspectiva de género.**

La Perspectiva de Género se conforma por varias teorías sociales que surgen como una propuesta para erradicar la violencia de género, y nacen ante la concientización por parte de las mujeres del trato desigual del cual son víctimas. Según Lagarde, estas teorías tienen como base de estudio las relaciones sociales (relaciones de poder) existentes entre hombres y mujeres, dentro de una sociedad determinada, ubicada en un lugar específico y desarrollada en un período preciso; todo ello con la finalidad de comprobar si la

interacción (basada en un sistema patriarcal) entre unos y otras, permite un verdadero progreso en la sociedad y en las vidas de cada individuo<sup>21</sup>.

En otras palabras, la Perspectiva de Género estudia las relaciones sociales entre los individuos, sus resultados, prácticas y comportamientos; concibe a hombres y mujeres como producto de la sociedad en la que viven, lo cual denota la construcción de género en la que están inmersos. Como resultado, su investigación se efectúa únicamente a partir de los hechos sociales que se observen durante el estudio, evitando que las apreciaciones androcéntricas influyan las conclusiones de la misma y con ello, determinan certeramente cómo la interacción entre los hombres y las mujeres afecta o puede afectar el desarrollo de la sociedad.

Asimismo, Staff citando a Camargo, define la Perspectiva de Género como:

*"[...] una teoría social que trata de explicar las características, relaciones y comportamientos sociales de hombres y mujeres en sociedad, su origen y su evolución, destacando la existencia real de género femenino y masculino, sin dominio de uno sobre el otro, sin jerarquías y sin desigualdades."* (Staff, 2004: 60).

Una vez fijado el objeto de estudio, esta teoría pretende a partir de los resultados, evidenciar la existencia de la desigualdad entre las mujeres y los hombres y además, apuntar los casos en que dicha situación se encuentra presente, así como de qué manera las instituciones sociales (y consecuentemente, la sociedad en general), promueven la perpetuación de la misma; todo ello para demostrar los efectos de los sistemas patriarcales, evitar

---

<sup>21</sup> La autora expone los siguientes cuestionamientos: "¿En qué medida la organización patriarcal del mundo y sus correlativas condiciones femenina y masculina facilitan e impiden a las mujeres y a los hombres la satisfacción de las necesidades vitales y la realización de sus aspiraciones y del sentido de la vida?", y también, "¿Es posible que las relaciones entre los géneros marcadas por el dominio y la opresión y las formas de ser mujer y ser hombre en las condiciones patriarcales favorezcan el desarrollo social, la realización de los derechos humanos y el mejoramiento de la calidad de vida?" (Lagarde, 1996, en: <http://www.proteccioncivil.gob.mx/upload/Publicaciones/especiales/LA03.pdf>, consultada el 15 de mayo de 2009, a las catorce)

la invisibilización de la problemática (la cual incentiva la reproducción de estas conductas) y finalmente, concientizar a las personas sobre las consecuencias de la idea de subordinación de las mujeres, lo cual justifica los privilegios sexistas a favor de los hombres, eliminando la posibilidad de las primeras de ser consideradas necesarias para el desarrollo social. Se afirma entonces que:

*“La incorporación de la perspectiva de género es el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia cuyo objetivo es hacer que las preocupaciones y las experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante en la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las leyes, las políticas y los programas en todas las esferas económicas, políticas, culturales y sociales, para que tanto las mujeres como los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es alcanzar la igualdad entre los sexos.” (Staff, 2004: 61).*

De esta forma, la Perspectiva de Género realiza una dura crítica a los mitos sexistas establecidos por los sistemas patriarcales; sobre todo, aquél que plantea la supuesta existencia de una verdadera igualdad de todas las personas ante la ley. Mediante la Perspectiva de Género, se alega que a pesar de que en la legislación se ha establecido el principio de igualdad, este concepto es meramente formal, por cuanto existe en la sociedad una desigualdad real, que no ha podido ser eliminada y que más bien, es perpetuada por las mismas instituciones sociales y la sociedad, quienes suscitan la violencia de género tanto de manera explícita, como implícita.

Quienes impulsan la Perspectiva de Género, argumentan que la igualdad no puede construirse como se ha hecho dentro de las sociedades patriarcales, sobre un paradigma de lo masculino, por cuanto se estaría construyendo un principio básico de toda democracia sobre una falacia, cuyos efectos generan únicamente desigualdad, por cuanto: *“Unos no pueden representar los intereses de las otras, ni separadamente pueden representar a la totalidad.” (Fernández, 2008: 27).*

Por otro lado, según Lagarde, esa teoría también ataca a uno de los fundamentos principales de los sistemas patriarcales: la construcción de la desigualdad entre hombres y mujeres basada en las desigualdades biológicas. Se considera que dicho pensamiento es una concepción lógica formal que reduce los fenómenos de género a una concepción binaria (los encasilla de conformidad con las diferencias genitales de las personas); es decir, los entiende como opuestos y excluyentes, viendo a lo femenino sólo como lo contrario de lo masculino.

Esta forma de pensamiento centra la atención en lo masculino, pues lo percibe como lo principal, ya que lo femenino es meramente la característica antónima de lo masculino y por ende lo secundario. La consecuencia inmediata de este argumento es la minimización de la verdadera problemática de inequidad de géneros, pues acepta que lo femenino nace de lo masculino; y no ve que realmente las concepciones: hombre y mujer, son construcciones socioculturales, que se modifican dialécticamente por medio de su interacción dentro de la sociedad: “[...] no se comprende que los caminos de las mujeres se desprenden de su propia condición y de sus situaciones particulares y ellas no proponen convertirse en hombres.” (Lagarde, 1996)

En aras de alcanzar la equidad en los términos señalados, la Perspectiva de Género, plantea como solución una serie de programas y políticas cuyo objetivo es la deconstrucción de las instituciones sociales y los paradigmas androcéntricos; así como la resignificación y reconstrucción de los conceptos sociales básicos y sus contenidos; todo ello con el objetivo de dismantelar las pautas de socialización patriarcales, eliminar las relaciones de poder de hombres sobre mujeres y cambiar la idea sexista de que las mujeres son “seres-para-los-otros”, por la de “seres-para-sí” (Lagarde, 1996).

En resumen, Lagarde explica que la Perspectiva de Género pretende:

*“[...] una redistribución de los poderes sociales, la transformación de los mecanismos de creación y reproducción de esos poderes, para deconstruir la opresión y la enajenación de género y crear poderes democráticos, la construcción de procesos para mejorar la calidad de vida de mujeres y hombres y para desarrollar opciones sociales dignas y una cultura que se corresponda con el nuevo paradigma que pone en el centro lo humano compuesto por las mujeres y los hombres, la igualdad y la equidad como los principios de las relaciones de género y la construcción de calidad de vida y libertad.” (Lagarde, 1996)*

### **1.1.3. Sección III: El Derecho desde la perspectiva de género: propuestas para el logro de la equidad de género.**

La Perspectiva de Género como se vio, permite reconocer una realidad propia de las sociedades humanas: la mujer, simplemente por su condición sexual se encuentra supeditada al hombre, quien a su vez, solamente por su fisiología, pertenece a un grupo privilegiado; dicha situación debe ser tomada en cuenta siempre, pues su negación conlleva a la reproducción de ese tipo de comportamiento, ya sea directamente a través de las conductas particulares de los individuos, es decir, en su ámbito privado; o bien, por medio de sus actos dentro de la esfera pública, en los espacios políticos, legales, económicos, entre otros.

Estas teorías en aras de erradicar la discriminación del género femenino, pretenden entre otras cosas, crear diferentes mecanismos legales y de política social, para lograr la inclusión de las mujeres en los diferentes espacios de la sociedad como por ejemplo, el “*Gender Mainstreaming*” o “*Transversalidad*”, la “*Teoría Tridimensional del Derecho*”, y las “*Acciones Afirmativas*”; todo ello, con el objetivo de permitir a las mujeres disfrutar plenamente de todos sus derechos como humanas.

En este sentido, la Perspectiva de Género procura instaurar un sistema político-jurídico, basado en principios de solidaridad social e igualdad para

eliminar los detrimentos causados a las mujeres ante la discriminación de género existente. Por ello, dichas teorías no tienen como finalidad el posicionar a las mujeres en un estrato superior a los hombres, sino que éstas persiguen:

*“[...] la visión, el empoderamiento y la participación de ambos sexos en todas las esferas de la vida pública y privada. Se dirige a promover la plena participación de las mujeres y de los hombres en la sociedad.[...] comprender que las condiciones de vida de los hombres y de las mujeres son diferentes y que lo que hay que tener en cuenta no son las diferencias, sino el hecho de que esas diferencias no tengan efectos negativos sobre las condiciones de vida de las mujeres y los hombres, y no sean causa de discriminación contra ellas, sino que contribuyan a que se comporta por igual el poder en la economía, en la sociedad y en los procesos de elaboración de políticas públicas.” (Staff, 2004: 59).*

Puede concluirse que la Perspectiva de Género propone cambios fundamentales en tres ámbitos para alcanzar la equidad de género en el área del Derecho: **1)** en la mentalidad social, **2)** en la creación de las normas; y **3)** en la aplicación de las normas. Estos tres ámbitos se encuentran entrelazados, por lo que un cambio en alguno de ellos, necesariamente requiere que en los otros también se implementen mecanismos para modificar su funcionamiento<sup>22</sup>.

En cuanto al primer ámbito, las teorías consideran imperante corregir la estructura social actual, dado que es por medio de ésta que el sistema patriarcal y el androcentrismo se desarrollan, justifican y perpetúan, pues la discriminación de género es concebida como un mal estructural. Como solución a dicha problemática, plantean la creación de políticas sociales que permitan concientizar a las personas sobre la situación de discriminación de género; pues, únicamente eliminando el velo que ciega a la sociedades ante los

---

<sup>22</sup> A lo largo de los siguientes capítulos, se desarrollará un estudio más detenido de los puntos 2) y 3), relacionándolos con el análisis de constitucionalidad de la Ley No. 8589, básicamente, tomando como punto de partida los parámetros establecidos en los Principios Constitucionales del Derecho Penal y la *Victimología*. Por otro lado, no se analiza el punto 1), por cuanto éste requeriría un estudio con mayor enfoque en la sociología, la antropología y la psicología (dejando de lado el área del Derecho), lo cual saldría de los parámetros del campo de estudio de esta investigación.

constantes y diversos maltratos sufridos por todas las mujeres alrededor del mundo, se podría trabajar en un verdadero cambio del sistema social y con ello, permitirles a las mujeres el pleno disfrute de sus derechos.

Se estima que esas medidas deben ser creadas con base en los conocimientos propios de otras ciencias sociales, pues se considera que de éstas, es posible extraer diferentes principios básicos aptos para la interpretación de situaciones fácticas y además, soluciones con mayor efectividad que la mera creación de normas abstractas.

Por otro lado, la Perspectiva de Género propone como cambio dentro del ámbito de la creación de las normas, la erradicación de la legislación androcéntrica. Ante ello, se alude a la necesidad de crear reglas que eliminen los estereotipos, los roles inequitativos entre hombres y mujeres y rechacen cualquier tipo de consentimiento hacia la discriminación de género.

Ello es posible lograrlo principalmente, a través del rechazo de la supuesta neutralidad en las normas, en el tanto que ignoren la existencia de las diferencias entre hombres y mujeres, y pretendan regular los diferentes espacios de sus vidas como si unos y otras tuviesen exactamente las mismas necesidades y experimentasen los mismos acontecimientos. Además, por medio de la producción de leyes que efectivamente permitan cumplir con el Principio de Igualdad tanto de manera formal, como material<sup>23</sup>:

*“Se han usado los principios de neutralidad y el de igualdad en forma conjunta en los casos de género, asumiendo que ser neutrales es dar por partes iguales a hombres y mujeres, sin tomar en cuenta las diferencias no los obstáculos sociales de orden sexista que tiene las mujeres para tener acceso a sus derechos, en otras palabras, se ha usado esta perspectiva neutralista en materia de discriminación a las mujeres cuando se asume que no hay diferencias y se les reconocen derechos tan solo en el tanto que se le dan a los hombres.*

---

<sup>23</sup> Es importante señalar que en el Capítulo III de este trabajo de investigación, se tratará de manera más concreta el tema del Principio de Igualdad desde sus diferentes aristas, como fundamento de las acciones político-legales, enfocadas para eliminar la discriminación de género dentro de las sociedades.

*Mirar desde la neutralidad es uno de los métodos de interpretación que, en los casos de género, pueden llevar con más facilidad a una sola solución discriminatoria. Se recurre al argumento de neutralidad para evitar el otorgar acciones positivas a favor de la mujer o para resolver en abstracto sin atender las necesidades específicas de las mujeres.” (Soto, 2004: 53).*

Finalmente, en cuanto a los cambios relacionados con el ámbito de aplicación de las normas, éstos se enfocan desde la perspectiva del estudio de su constitucionalidad, labor desarrollada por los tribunales constitucionales; y desde la aplicación de las normas en los casos concretos conocidos por los tribunales de justicia.

En la aplicación de las normas a los casos concretos, se observa con mayor detenimiento la prestación del servicio de la Administración de Justicia, por cuanto se apela a que éste posea una organización y funcionamiento apto para garantizarles a las personas un completo acceso a la justicia, en total respeto de sus derechos humanos. Ello alude a la necesidad de crear programas de formación que permitan concientizar a los/as funcionarios/as judiciales, sobre la discriminación de género y evitar que ésta se reproduzca en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, se apela a la necesidad de evitar la revictimización de las mujeres durante el desarrollo de los procesos judiciales, procurando que la reproducción de las declaraciones referentes a los hechos acusados por su parte, sea la mínima posible; así como el contacto con la persona que se investiga durante las audiencias realizadas. De igual forma, se destaca la importancia de garantizar que las víctimas puedan acceder a una reparación justa y a una rehabilitación real. Éste último punto, con la finalidad de evitar que las mujeres-víctimas recaigan en situaciones negativas para su desarrollo, como por ejemplo, el ciclo de violencia doméstica, ya sea por su dependencia económica y/o emocional con la persona agresora.

También en la labor jurisdiccional de interpretación de las normas para su aplicación en los casos concretos, es necesario que los jueces inhiban los



esquemas patriarcales que podrían regir dentro de su mente, y desarrollen un método interpretativo alejado del pensamiento social discriminatorio; por lo que algunas veces será necesario que vean más allá de los hechos denunciados, que estudien la situación fáctica en la que se posicionan las mujeres ante la sociedad, para evitar caer en estereotipos sexistas. En este caso, Soto considera que los jueces no deberían recurrir al método interpretativo que apela al espíritu del legislador, ya que argumenta que podría incurrirse en resoluciones discriminatorias, dado que la mentalidad del legislador de distintas épocas, podría no estar acorde con las actualizaciones aportadas dentro del tema de los Derechos Humanos de las mujeres (Soto, 2006:49).

En cuanto al estudio de constitucionalidad de las normas, Soto opina que el Tribunal Constitucional debe tomar en cuenta dos aspectos relevantes: las vivencias y experiencias a nivel social tanto de las mujeres como de los hombres; y a partir de ello, determinar si dichas situaciones fácticas se apegan a las pautas de los Derechos Humanos.

Para ello, la autora alude a la importancia del respeto a la razonabilidad dentro del proceso de análisis de constitucionalidad de las normas, haciendo alusión al “*test de razonabilidad*” elaborado por Alonso García, quien establece tres pasos necesarios para la interpretación y aplicación de las normas en los casos concretos, sin que se deriven resultados discriminatorios (Soto, 2006: 54-55). Asimismo, afirma que:

*“Los métodos de razonabilidad, al fin de cuentas como otros, convergen en el análisis de los valores constitucionales, mediante la lógica jurídica, la razón y las reglas de la idoneidad, proporcionalidad y la llamada alternativa menos gravosa [...] Pero, como puede verse, aún utilizando la mejor técnica de interpretación constitucional se puede caer en la falta de comprensión de los derechos de las humanas [...] la técnica de la interpretación constitucional es útil cuando ya se han superado los prejuicios basados en patrones tradicionales de conducta sexista. De lo contrario se aplicarán los esquemas ideológicos aprendidos y los valores patriarcales subjetivos del juez puesto que encarna un sistema social de opresión.”* (Soto, 2006: 56).

En primer lugar, García habla sobre la *constatación de la desigualdad misma*, mediante la cual se debe determinar si existe una relación de poder, propia de un sistema patriarcal dentro de la dinámica del hecho social. En este caso, señala que es muy importante tener en cuenta la definición proporcionada por el artículo 1º de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW); la cual alude a la necesidad de centrar la atención tanto en el hecho descrito, así como en sus consecuencias.

En segundo lugar Alonso García, habla sobre la *relevancia de la desigualdad*, paso en el que se determina si mediante la aplicación de la norma se derivan consecuencias perjudiciales, ya sea para hombres, como para mujeres. Por lo que deberán plantearse una serie de cuestionamientos que posibiliten comprobar cuáles derechos o privilegios se protegen por medio de la norma, las razones del porqué se genera una diferenciación a través de la norma, si dicha diferenciación podría considerarse discriminación, los sujetos que la sufren, si la norma cumple o no con su objetivo y si dicho objetivo es o no discriminatorio.

Por último, concluye que en el tercer paso se debe determinar si existe un grado de *razonabilidad de la desigualdad relevante*; análisis que se desarrolla contemplando si luego de examinadas las consecuencias fácticas de la norma, éstas impiden, sin fundamento alguno, el ejercicio de los derechos fundamentales de algún grupo de personas; o bien, si éstas cumplen eficientemente con la finalidad de la norma y presentan un aporte positivo en el ejercicio de los derechos.

- **Teoría Tridimensional del Derecho (Análisis y creación de diagnósticos de casos para eliminar la discriminación de género en el derecho).**

Según Soto, la *Teoría Tridimensional del Derecho*, percibe a esta ciencia social como una agrupación de tres dimensiones que se interrelacionan: la dimensión normativa, la dimensión fáctica o sociológica (referida a los hechos

desarrollados en la realidad); y la dimensión axiológica o valorativa (referida a los valores contemplados por las normas). En este sentido, afirma que el Derecho se constituye en las normas institucionalizadas que regulan determinadas situaciones fácticas; no obstante, dichas normas nacen a partir de las mismas circunstancias en las que se vive dentro de la sociedad en cuestión, y a su vez, éstas aspiran al cumplimiento de valores importantes para dicha agrupación.

El aporte de esta Teoría en la labor de erradicar la discriminación de género, consiste en estudiar en cada caso concreto, la influencia del androcentrismo y los sistemas patriarcales sobre cada dimensión del Derecho, que conforma la medida legal, pues:

*“[...] la norma pudo haber sido hecha para perpetuar una situación de desproporción de poder entre los géneros, o por el contrario para establecer una medida especial que promueva la eliminación de la discriminación. El hecho necesariamente contendrá dinámicas de poder y podrán ser desiguales y hasta de dominio, según el género de las personas involucradas, la edad, la clase social y el grupo étnico. El valor jurídico podría ser de derechos humanos: la dignidad, la libertad, la seguridad, o para asegurar la obligatoriedad de un valor cultural de poder patriarcal.”*  
(Soto, 2006: 52).

De conformidad con los resultados del estudio, se puede obtener un diagnóstico de la situación particular y a partir de éste, proponer diversas reformas a la creación, concepción o comportamiento de los diferentes elementos que se han visto influenciados, con la finalidad de evitar su reproducción y acercar esas figuras a los requisitos que el Principio de Igualdad propone.

- **Gender Mainstreaming o Transversalidad (Creación de políticas públicas para alcanzar la equidad de género dentro de la sociedad).**

El “*Gender Mainstreaming*” o “*Transversalidad*” nace como una estrategia propiamente de las instituciones internacionales encargadas de promover el desarrollo de los países, la cual es proyectada al ámbito de la

macropolítica luego de la celebración de la IV Conferencia Mundial de la Mujer de las Naciones Unidas, en Beijing, en el año 1995; toda vez que en la misma se reconoció que dentro de las sociedades existen sistemas de género cuya forma de operar difiere en unas u otras, lo cual origina distintas problemáticas y desigualdades de género.

Frente a tales situaciones, se considera que el Estado debe crear políticas públicas que eliminen la concepción de neutralidad de género que impregna los diversos campos de la sociedad; y además, otorgar una mayor jerarquía a las oficinas de la mujer, las cuales deben coordinar con las distintas instancias públicas, para la creación de políticas estatales adecuadas al “*Gender Mainstreaming*”, todo ello con miras a agilizar el desarrollo de los países.

En este sentido, el “*Gender Mainstreaming*”, tal y como sus palabras lo denotan, tiene como finalidad que las/os funcionarias/os estatales trabajando conjuntamente con otras instancias de género, al momento de plasmar sus objetivos en las diversas políticas y programas públicos, conscientes de la problemática de discriminación de género existente en la sociedad, tomen el Principio de Igualdad del segundo plano en el que se encuentra y lo posicionen en la “corriente principal” de discusión<sup>24</sup>:

*“La importancia de otorgar al **mainstreaming** de género un carácter de principio vinculante radica en que la promoción de la igualdad como principio y como valor social no deberá limitarse ni a un simple logro de equilibrio estadístico entre los sexos, ni al logro exclusivamente de una legislación igualitaria (la igualdad de jure no lleva directamente a la igualdad de facto) sino que deberá ser presentada y planteada como una estrategia que genere “cambios duraderos en los papeles paternos, en las estructuras*

---

<sup>24</sup> Es importante rescatar lo afirmado por la Licda. Doris María Arias Madrigal (Jueza del Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José), quien haciendo referencia a la necesidad de incluir la Perspectiva de Género dentro del funcionamiento del Poder Judicial, indica que: “Este enfoque llevado al seno de una institución permite integrar las particularidades del género en todo el quehacer de una entidad, de manera que le da un sello a sus políticas, se refleje en sus comportamientos, desmontando así todas las prácticas discriminatorias.” (Arias, n, f., <http://74.125.93.132/search?cache:Bj4FNYDjP6KJ:www.poder-judicial.go.cr/secretariadegenero/ponencias/Trasversalidad%2520en%2520la%2520Administracion%2520de%2520Justicia.doc+transversalidad+genero&cd=&hl=es&ct=Clink&gl=cr> revisado el 15 de mayo de 2009, a las quince y treinta y dos horas.

*familiares, en las prácticas institucionales, en la organización del trabajo y del tiempo libre, en el desarrollo personal e independencia de las mujeres, pero involucrando a los hombres y a toda la sociedad para que anime, impulse este progreso y poder ser un ejemplo de democracia y de pluralismo.” (Casco, n.f.)*

Arias al intentar una definición del “*Gender Mainstreaming*” afirma:

*“[...] se trata de una forma integral de respuesta o abordaje [...]: es la reorganización, mejora, desarrollo y evaluación de procesos de la política, para que la perspectiva de igualdad de género esté en absoluto incorporada en todos los niveles de todas las políticas y en todas las fases, por los actores normalmente involucrados del quehacer político.” (Arias, 2004: 90).*

De esta forma, el “*Gender Mainstreaming*” es un enfoque basado en un sistema teórico de igualdad de género, que analiza la dinámica social entre hombres y mujeres y extrae las especificidades de cada uno, así como las diferencias y a partir de ello, implementa medidas para evitar la discriminación de género.

Casco, por su parte indica que la *Transversalidad* como cuerpo teórico, tiene dos objetivos específicos necesarios para la creación de políticas públicas género-inclusivas: **1)** Se refiere al reconocimiento de la inexistencia de la neutralidad de género en las políticas públicas. Dicho objetivo, requiere un análisis sobre ausencia de igualdad de género debido a la existencia de estructuras sociales androcéntricas. Y, **2)** alude al reconocimiento de la existencia de desigualdades entre hombres y mujeres, así como la concretización de las distintas situaciones sociales en que dichas desigualdades se manifiestan.

Estos estudios deben realizarse tanto en el plano político (lo cual implica la re-planificación de las políticas públicas, a las cuales se les debe introducir la Perspectiva de Género); así como la creación de distintos modelos culturales de participación social, procediendo al: *“[...] reconocimiento formal del papel de las mujeres como agentes en los proceso de cambio y de desarrollo de las sociedades que conlleve una redistribución de poder.”* (Casco, n.f.); como en el

plano económico, lo cual implica la redistribución del uso y del acceso a los recursos y finanzas, con el fin de generar cambios en las relaciones de poder de género existentes (Casco, n.f).

En suma y en palabras de Casco, la finalidad principal del *“Gender Mainstreaming”* es: *“[...] llevar igualdad del género a la “corriente principal” para transformar “la corriente principal”* (Casco, n.f.).

## **2.- Capítulo II: Fundamentos Jurídicos: La adopción de responsabilidades estatales en relación con los derechos humanos de la mujer como origen de creación normativa.**

Las muestras de preocupación por la temática de género, la acusada vinculación de la violencia como manifestación de las discriminaciones basadas en construcciones sociales, y otras cuestiones alegadas por las diferentes fuerzas feministas<sup>25</sup> u otros grupos afines; han llegado a ser un campo ya tan añejo y con dimensiones tan considerables, que muchas de sus exposiciones han tocado la puerta de los ámbitos internacionales; percibiendo el tema a través de una herramienta en cierta forma muy útil para su abordaje general y en particular por el Derecho, de tal forma que se optó por exponer el fenómeno como un asunto de Derechos Humanos y específicamente como un asunto de Derechos Humanos de las mujeres.

Los conflictos sociales, se nutren de un carácter más digerible para el mundo jurídico si se les enfoca desde la mirilla de los Derechos Humanos, ya que estos corresponden a un punto de vista más cercano a una perspectiva humanista de la realidad y no simplemente, como la aplicación tajante de la normativa; circunstancia que resulta casi incuestionable para las nuevas tendencias de ejercicio y creación del Derecho, que surgen a partir de finalizada la Segunda Guerra Mundial y el cambio de paradigma que ésta ocasionó; cuya expresión más clara se encuentra en la primera creación normativa luego de terminado aquel escenario bélico en 1948: *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por las Naciones Unidas.

Los Derechos Humanos, al carecer o ser necia la búsqueda de su fundamento (Haba, 2004: 111-118), se convierten en una herramienta ágil para

---

<sup>25</sup> A manera de aclaración, es importante tener presente que cuando se habla de los movimientos feministas éste no está conformado según sus propias y propios signatarias o signatarios, por un bloque compacto de personas con similares métodos de trabajo, sino más bien por una pluralidad de grupos y tendencias, pero con una finalidad común, así es aceptado por sus mismos integrantes: "Si bien el movimiento feminista es heterogéneo, existe una preocupación común: lograr mediante la categoría de género, un análisis integral de las opresiones y subordinaciones que las mujeres comparten" (Navas, 1993:3).

los grupos de lucha, a través de la cual y de forma simbiótica se aferran para ser escuchados dentro del mundo jurídico, así es por ellos reconocido que:

*“El discurso de los derechos, a veces más fuerte que el de las necesidades o intereses, da a las mujeres y otros grupos oprimidos un lenguaje poderoso, una voz, una visión diferente para alcanzar sus objetivos [...] Los reclamos por derechos no son la respuesta total al cambio social; sin embargo no pueden ser abandonados, pues pueden servir como instrumentos útiles para las mujeres.”* (Facio, 1999: 224-225).

Sin embargo, incluso esta estrategia ha sido discutida también dentro de las mismas teorías y perspectivas relacionadas con el género, de tal forma que no existe un consenso sobre la viabilidad de su empleo, en el tanto que algunas voces advierten:

*“[...] no caer en la tentación de depender demasiado del discurso de los derechos, solo porque en el pasado han sido histórica y políticamente útiles [...] el discurso de los derechos es problemático no sólo porque puede producir contra reclamos a otros derechos, sino además porque los derechos están a merced de la voluntad del Estado, quien facilita el ejercicio de los mismos y en última instancia decide su existencia. Si estamos ante la presencia de un Estado patriarcal, esta dependencia puede ser contraproducente.”* (Facio, 1999: 222).

Más allá de estas discusiones, la existencia misma de cuerpos normativos internacionales y nacionales que brindan algún tipo de tutela desde la base de los Derechos Humanos a las mujeres, demuestra la aceptación por parte de los grupos de género de seguir la fórmula de: *“Derechos Humanos + Perspectiva de Género + violencia<sup>26</sup> = un problema de violación de los Derechos Humanos de las mujeres que debe corregirse a través del Derecho”*; durante la construcción de ésta nomenclatura, se ha evidenciado al menos una inconsistencia (precisamente una de las advertencias de quienes no se fían tanto del empleo de los Derechos Humanos), en la forma en la que se construye y aplica la doctrina de los Derechos Humanos, con repercusiones en los requerimientos de los grupos de género, el asunto ha sido abordado de la

---

<sup>26</sup> Aquí se entiende violencia como un campo amplio de contenido, sin reducirse únicamente a la ejercida por medios físicos.



siguiente forma: *“Cuando el hombre/varón es el modelo de ser humano, todas las instituciones creadas socialmente responden solamente a las necesidades sentidas por el varón o, cuando mucho, a las necesidades que el varón cree tienen las mujeres”* (Facio, 1993: 10). De esta manera detectaron según sus construcciones, que al igual que muchas otras creaciones sociales, el campo de los derechos de las personas, estaba creado tomando al hombre como significativo de Ser Humano, en sentido integral, colocando a la mujer dentro de ese todo como una pieza de aplicación particular y:

*“Cuando esta “especificidad” o “particularidad” de lo femenino es llevada al campo de los Derechos Humanos, nos encontramos con el hecho de que las violaciones que sufrimos las mujeres por ser mujeres, como no la sufren los hombres, son violaciones demasiado “específicas” para ser sentidas como violaciones a los Derechos Humanos. ...Esto es grave.”* (Facio, 1993: 11).

Con todo esto, es posible ver cómo gracias al vínculo de los Derechos Humanos con las situaciones y fundamentos extrajurídicos presentados por las mujeres a nivel mundial, en una visión nueva y más amplia de preceptos que hasta entonces se daban por sentados como protegidos por el Derecho, pudo verificarse que la doctrina “clásica” de los Derechos Humanos caía en una especie de *“falacia del todo”*<sup>27</sup>, por lo que se reiteró que los Derechos Humanos:

*“Al ser creados tomando como parámetro o modelo de la humanidad al hombre varón, los derechos humanos excluyeron a las mujeres y no tomaron en cuenta sus circunstancias específicas, ni consideraron que las violaciones a sus derechos eran violaciones a los derechos humanos”.* (Camacho, 2003: 16)

---

<sup>27</sup> Una *“falacia del todo”* se refiere a la creencia de que en una construcción conformada por varias partes lo que es “bueno” o “malo” para el todo, es “bueno” o “malo” para cada una de las partes; así el error está en tener por sentado que los beneficios o las bondades de una medida, por ejemplo, una norma protectora como es el caso de las leyes que adoptan los Derechos Humanos, son buenas también para las partes, cuando la construcción de los Derechos Humanos ha tomado como modelo de lo humano solamente a una parte: el hombre; y lo ha totalizado y lo ha vuelto como parámetro general de persona. De esta forma, se relega lo femenino a establecer como una parte de ese todo y a aceptar también como beneficiosos los efectos de medidas que no han sido creados para las mujeres.

A pesar de las críticas expuestas anteriormente, se continuó con la labor propuesta, procurando que las condiciones de vida de las mujeres en el mundo ya no se siguieran obviando, y pasaran a ser objeto de captación a través de instrumentos legales de rango nacional e internacional; los cuales intentarían incorporar su visión proteccionista, integradora y arrasadora de las discriminaciones en la sociedad, por medio de la aceptación de los Estados de estas tendencias contenidas en instrumentos internacionales; entre las más destacadas: *La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*<sup>28</sup> y *La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o Convención de Belem do Pará*.

Estos cuerpos normativos internacionales, ofrecen esa visión de los problemas y violencia contra las mujeres que se ubica desde el ángulo de los Derechos Humanos, ofreciendo campos fértiles para la discusión y estudio de esta problemática, en el tanto que: *“El lenguaje de los derechos sustituye al de la opresión y de la discriminación [...]”* (Pitch, 2003:243).

## **2.1.- Título I: Algunos antecedentes normativos internacionales.**

Como se indicó, las manifestaciones de lucha por el reconocimiento de las situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres, así como la toma de conciencia y búsqueda de soluciones producto de ellas, originó la incursión del tema en el mundo jurídico (a través del recurso de los Derechos Humanos); y en el campo del Derecho Internacional derivó en múltiples formulaciones que buscan (más allá de las críticas ya anotadas), reconocer las desventajas de las mujeres en el mundo y dar propuestas para solventarlas; cabe destacar que esas formulaciones han sido vastas, motivo por el cual y para efectos de la consumación de los objetivos propuestos se hará una limitación a algunas de ellas.

---

<sup>28</sup> CEDAW, por sus siglas en inglés: *“Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women”*.

### **2.1.1. Sección I: La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada por el Estado costarricense mediante Ley No. 6968, del dos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.**

Previo a entrar en las temáticas y aportes generados por esta Convención, y pretendiendo seguir un orden de tipo cronológico, se deben mencionar otros cuerpos normativos internacionales, anteriores y posteriores a la CEDAW, por vincularse de manera relevante (para este trabajo) de una u otra forma con ésta.

Como antecedente de la CEDAW, se podría hablar de la *Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, obra de la Asamblea General de las Naciones Unidas, publicada en resolución número: 2263 (XXII) del 7 de noviembre de 1967, cuyo texto gira en torno a la proclama de la no discriminación, ni distinción por razones de sexo, en el tanto que: *“La discriminación contra la mujer por cuanto niega y limita su igualdad de derechos con el hombre es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana”* (Artículo 1).

A partir de este momento ya se vislumbra la tendencia de vincular la problemática de género con los Derechos Humanos, por lo que se conforma en uno de los primeros instrumentos que abordan el tema mediante esta estrategia para el reconocimiento de las pretensiones de los grupos de género.

Por otro lado, entrando propiamente en el contenido de la CEDAW, se debe indicar que ésta fue también creada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en diciembre de 1979 y posteriormente para efectos de facilitar y especificar su aplicación, se construyó a manera de adjunto a la Convención, su Protocolo Facultativo en el año de 1999.

En general sobre la CEDAW se ha dicho que:

*“[...] es uno de los documentos de mayor autoridad en relación con los derechos humanos de las mujeres [...] Su punto de partida es constatar la situación de subordinación de la mujer y*

*reconocer que la desigualdad real entre hombres y mujeres es un hecho lamentable en todas las sociedades del mundo. Mantiene además, que sólo se podrá hablar de un logro verdadero de la igualdad formal y real cuando se corrijan las discriminaciones por razón de sexo.” (Bautista, 2004:325-326)*

La Convención se encuentra estructurada por seis partes las cuales se integran en total por treinta artículos, cuyo núcleo consiste en establecer en cada ámbito del cuerpo normativo la idea de condenar y excluir la “discriminación contra la mujer”, la cual define en su artículo 1 como:

*“[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer [...] de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”*

Sus contenidos son tan diversos que van desde cambios socioculturales, la no discriminación en la vida pública o política, en la educación, el empleo, en la atención médica, en la esfera económica, en la tutela y aplicación igualitaria ante la ley (capacidad jurídica), el matrimonio, las relaciones familiares; todo lo cual se coloca como obligación para los Estados; siendo de primer orden los cambios legales o medidas especiales de carácter temporal necesarios para eliminar las diversas fisonomías de esta forma de discriminación.

La Convención es clara en indicar los fundamentos socio-culturales de las desigualdades (retomando lo que en este trabajo se han llamado los fundamentos extrajurídicos), lo cual implica para cada Estado que la ratifique, el compromiso de dar una mirada a su situación específica para determinar sus deficiencias o fortalezas en ese tema, y así de acuerdo con los resultados tomar las medidas pertinentes, en este punto es donde entra la decisión estatal de crear o no las normas que hagan cesar las manifestaciones de desigualdad.

La idea de escanear los diversos ámbitos de la realidad nacional que permite tener a la vista posibles manifestaciones de discriminación, fue el objetivo por el cual la misma Convención establece como deber para los Estados, el rendir informes sobre las medidas tomadas para dichos efectos.

Por ello es que el actuar estatal a lo interno, en cierta forma adquiere un carácter internacional, pues por medio de los informes se le obliga a exhibirse ante la comunidad mundial; siendo esta medida un mecanismo para revisar constantemente a los sujetos de Derecho Internacional, para lo cual la misma Convención establece un Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, según su artículo 17 y siguientes.

Es precisamente por la amplitud de los temas que contiene este instrumento internacional, así como lo concreto de sus propuestas que ha sido de una invaluable utilidad para los perseguidores de las discriminaciones basadas en el género, y en el caso costarricense una herramienta indispensable para la aplicación de la Ley No. 8589. Puesto que en materia penal:

*“[...] la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer es un instrumento jurídico encaminado a acabar con todas las formas de discriminación contra la mujer. Identifica [...] que la normatividad penal que tenga contenidos discriminatorios deber ser derogada y, concomitantemente, en adelante se debe legislar de manera no discriminatoria y, de ser el caso, de manera protectora hacia la mujer.” (UNIFEM-UNICEF, 1996:61).*

Por otra parte, y precisamente como un aporte mediato de esta Convención, en el año 1992 y como producto de la puesta en acción del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, se emitió la Recomendación número 19, en la cual expresamente se anuncia la relación estrecha entre violencia y discriminación, siendo que la primera es una manifestación de la segunda. En la Recomendación se pretende aclarar los alcances del articulado de la Convención de 1979, así como ampliar las responsabilidades de los Estados, al sancionarlos cuando de previo no condenen aquellas conductas realizadas por particulares cuyo resultado genere un caso de violencia de género, incluso penalmente, lo cual da un acercamiento a propuestas de *ius puniendi* por conductas de discriminación contra las mujeres.

En el año 1993, se crea la *Declaración y Programa de Acción de Viena* de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, donde se reafirma el carácter prioritario de éstos, las posibles formas en las que se ven afectados o negados, así como las recomendaciones que se piensan oportunas, para el cese de las violencias y el fortalecimiento de esos derechos en la medida en que se anuncian originarios en la dignidad y el valor mismo de la persona humana.

En particular y afín con el tema desarrollado la Declaración de 1993, concretamente en su punto 18, expresa una peculiaridad que puede ser de interés rescatar incluso someramente; en el tanto según fue señalado antes, una mácula en la doctrina de los Derechos Humanos detectada por los grupos de género, radica en que su construcción se hizo a partir de un modelo único masculino, universalizando posteriormente sus bondades a las mujeres como una parte de ese todo; como manifestación de ello el punto referido parece expresar en cierta forma esa tendencia, al recalcar los Derechos Humanos de la mujer como sólo una parte de un cuerpo más general, así: "*18. Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales [...]*".

En el año 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución número 48/104, aprueba la *Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer*, en la cual se amplía el concepto de violencia, reconociendo sus diversas manifestaciones: física, psicológica, sexual. Otros aspectos relevantes de este documento, consisten en la reafirmación de las obligaciones de los Estados, entre las que se destaca la toma de medidas para castigar la violencia ejercida contra las mujeres.

**2.1.2.- Sección II: La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará), aprobada por el Estado costarricense mediante Ley No 7499, del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco.**

Este cuerpo normativo surgió de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en 1994. Dentro de su preámbulo se indica expresamente la tendencia tónica de los anteriores instrumentos internacionales, la cual consiste en afirmar que la violencia contra la mujer constituye una violación de los Derechos Humanos y libertades fundamentales; es rescatable la intención de dejar por sentados muchos aspectos del desarrollo de las manifestaciones de lucha a favor de las mujeres, lo anterior al aceptar que ese tipo de violencia es:

*“[...] una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres [...] que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión [...]”*

Con lo que rescata los fundamentos extrajurídicos de la temática de género; dentro de esta Convención también se amplían los espacios y los modos en los que se desarrolla la noción de violencia de género desde sus artículos 1 y 2, es decir, en el elemento espacial se habla del ámbito público y privado, y en el de modo se refiere a violencia física, sexual y psicológica.

Asimismo en los artículos 7 y 8 de la Convención, se enlistan parte de las responsabilidades que deberán asumir los Estados que las acepten, entre las que se destacan: legislar penal, civil y administrativamente con la finalidad de: **1- Prevenir, 2- Sancionar y 3- Erradicar la violencia contra la mujer.**<sup>29</sup>

<sup>29</sup> La importancia de estas manifestaciones de las responsabilidades que asumen los Estados al adoptar esta Convención, se refleja en la siguiente cita: “La CIDH -Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos OEA- examinó los principios consagrados en la Convención de Belém do Pará en su informe de fondo sobre el caso de María da Penha Maia Fernandes, presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil al convertirse trágicamente en parapléjica como consecuencia del abuso físico y los atentados de homicidio perpetrados por su esposo, a pesar de haber presentado varias denuncias ante el Estado. En la resolución de este caso, la Comisión aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante 15 años.” (CIDH, 2007: 17).

Incluso refiere tal grado de especificación en el listado de medidas para adoptar por los Estados, que compromete a:

*“[...] adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad [...]” (Artículo 7, inciso d))*

Para mantener una constante vigilancia sobre la labor de los Estados, se emplea el sistema de rendir informes periódicos ante la Comisión Interamericana de Mujeres (como organismo especializado de la OEA) (Camacho, 2003: 72); cuyo contenido debe referirse a las medidas para prevenir y erradicar la violencia, las tendencias a dar asistencia a las víctimas, y los obstáculos que aparezcan en estas labores, así como los elementos que contribuyan a perpetuar la violencia en cada territorio (Artículo 10).

Otro contenido de interés en esta Convención, corresponde a la legitimación activa tan amplia, que ofrece en el tema de las denuncias por violación de los Derechos Humanos de las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones, cuya regulación concreta se encuentra en el artículo 12 de dicho instrumento.

Otro hecho significativo, tuvo lugar en el año 1995, durante la IV Conferencia Mundial Sobre la Mujer, el cual consistió en una reunión de representantes de varios países realizada en Beijing, China; cuyo enfoque se mantuvo dirigido a lo que se llamó el “*adelanto de la mujer*”, visualizado desde doce puntos de interés entre los que se encuentran: “*la violencia contra la mujer y la falta de conciencia de los derechos humanos de la mujer internacional y nacionalmente reconocidos y de dedicación a dichos derechos*”<sup>30</sup>. Ese “adelanto”, se refiere a visibilizar los problemas que aquejan a las mujeres en el mundo, así como buscar el mejoramiento de esas condiciones, nuevamente acudiendo a la estrategia que ya vimos: adhiriéndose a los Derechos Humanos.

---

<sup>30</sup>Para conocer los textos completos producidos en esta conferencia en Beijing, se recomienda visitar la página en Internet de las Naciones Unidas con los “*links*” adicionales: <http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/confmujer.htm>



Los resultados de esta conferencia se han destacado por los: “[...] *avances importantes en cuanto a la garantía y el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres. El área de la violencia fue una de las más importantes y en donde se logró mayor solidaridad y consenso.*” (Bautista, 2004: 326).

Una vez realizado un breve recorrido por algunos de los acontecimientos más destacados en lo que se llamaron “fundamentos jurídicos”, es momento de entrar a repasar qué se ha producido a nivel costarricense.

Para lo anterior, es importante mencionar que al menos las convenciones internacionales como se indicó en cada Título de la Sección II y III, fueron debidamente incorporadas en la pirámide normativa costarricense; con lo cual no está de más tener presente que conforman el bloque de normas nacionales, según los artículos 7 y 48 de la Constitución Política, esto es de suma importancia para los desarrollos posteriores que se harán, en el tanto el Estado costarricense una vez adoptadas las convenciones, no se ha mantenido inmóvil ante sus temáticas, sino que más bien ha pretendido cubrir las deficiencias que encontró mediante diversas leyes, por lo que las convenciones aparte de tener por sí mismas mayor potencia y resistencia que una ley en sentido estricto; han provocado como su mismo contenido lo exige, que el Estado construya sus leyes concretas, como es el caso de la *Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer del año 1990*, la cual fue consecuencia de la previa aceptación nacional de la CEDAW.

## **2.2.- Título II: Algunos antecedentes normativos nacionales.**

Se consideró de utilidad efectuar una revisión expedita de algunas de las múltiples normativas existentes en Costa Rica, sobre el tema general que se estudia, las cuales se constituyeron de alguna manera en los antecedentes mediatos de la Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres; esta afirmación necesita ser afinada, agregando que estas leyes anteriores, abrieron el camino para la discusión en el país, es decir, creando espacios para la

discusión académica y política; así como su infiltración en la conciencia nacional que fue reconociendo la importancia del tema.

### **2.2.1.- Sección I: Ley de Promoción de la igualdad social de la mujer, No 7142.**

La ley es vasta en contenido, y asienta en primer término al Estado como el responsable de promover y garantizar la igualdad de derechos en los campos que regula la norma, cuya extensión comprende:

- ◆ **El campo de la política:** pretendiendo básicamente destacar la participación femenina en el sufragio pasivo, es decir, en los puestos de elección.
- ◆ **En los ámbitos sociales:** se refiere a restricciones con miras igualitarias en la inscripción registral, en casos de propiedades obtenidas mediante programas de desarrollo social; la regulación igualitaria de los beneficios del Seguro Social; además la creación y el fomento de centros de cuidado infantil.
- ◆ **La protección sexual y contra la violencia hacia las mujeres:** a través de medidas para el tratamiento de las mujeres víctimas de violencia sexual, desde la toma de la denuncia, hasta la orientación de la víctima por agresión dentro del grupo familiar; así como también, la debida capacitación de los/as funcionarios/as judiciales para tramitar procesos relacionados con agresión hacia la mujer.
- ◆ **La Educación:** en la cual se prohíben los contenidos de enseñanza que reproduzcan de alguna forma roles de género de índole patriarcal. Por su parte, asigna al Instituto Nacional de Aprendizaje el deber de desarrollar *“un sistema de formación profesional para la mujer”* (Artículo 19).
- ◆ **En otros temas,** la ley establece varias reformas legales, entre éstas que se refirieren a la protección de las mujeres en el ámbito del Derecho Laboral, creando nuevas obligaciones para los patronos y para el Estado, prohibiendo la contratación de mujeres en ambientes insalubres,

pesados o peligrosos<sup>31</sup>; así como la regulación del despido de mujeres embarazadas.

## **2.2.2.- Sección II: Ley Contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, No.7476.**

La inspiración de esta norma no es de difícil atino, en la medida en que su artículo primero reconoce expresamente sus raíces provenientes de bases internacionales, al indicar que:

*“Esta Ley se basa en los principios constitucionales del respeto por la libertad y la vida humana, el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, los cuales obligan al Estado a condenar la discriminación por razón del sexo y a establecer políticas para eliminar la discriminación contra la mujer, según la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.”*

Las finalidades de esta ley son básicamente prohibir y sancionar todo tipo de acoso sexual, al considerarse como una manifestación discriminatoria por razón del sexo que atenta contra la dignidad de las personas, tanto en los ambientes laborales como de docencia (Artículo 2). Para ello establece una serie de obligaciones para los particulares (patronos de empresas privadas), así como para el Estado (instituciones estatales u otro tipo de entidades públicas, concretamente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y los Tribunales de Trabajo), dirigidas a vigilar y sancionar cuando se infringe un ambiente libre de acosos u hostigamientos que perturben la dignidad de las personas.

---

<sup>31</sup> En este punto, cabe rescatar que si bien es cierto esta ley tiene por objetivo generar una igualdad material entre hombres y mujeres en diversos ámbitos de la vida, es posible cuestionar los verdaderos efectos que ésta aporta en relación con la contratación de las mujeres en determinados puestos de trabajo. Por cuanto les limita su posibilidad de acceder a ciertos empleos por ser considerados como “insalubres”, “pesados” o “peligrosos”, lo cual retoma a la concepción sexista de que las mujeres poseen una limitación innata o biológica (es decir, son más débiles que los hombres), o bien, su “delicadeza” les impide desempeñar cierto tipo de actividades.

Dentro de las obligaciones estipuladas, se disponen lineamientos para cumplir con dichos deberes, así como procedimientos internos sancionatorios para encausar las denuncias, procurando que las o los denunciados no se vean intimidados por sus patronos.

### 2.2.3.- Sección III: Ley contra la violencia doméstica (LVD), No 7586.

La primera particularidad de esta Ley, consiste en que no hace una específica y concreta regulación únicamente de la situación de la mujer en el ámbito que ésta regula (como erróneamente algunos creen), sino que más bien incluye a otras personas, puesto que la finalidad perseguida como lo expresa su Artículo 1 es regular la aplicación de medidas de protección a favor de las personas que sufren violencia doméstica.<sup>32</sup>

La ley retoma un concepto amplio de violencia y lo enlista en diversas manifestaciones como: violencia psicológica, física, sexual, patrimonial; para cuyo resguardo establece las llamadas *Medidas de Protección*, las cuales pueden ser la salida del hogar del presunto agresor, la prohibición de armas, la reparación de los daños a la propiedad o gastos médicos producto de las agresiones, la orden de protección y auxilio policial, entre otras; todo según el Artículo 3 del cuerpo normativo en comentario.

Lo anterior determina que la ley se clasifica como de tipo:

*“[...] cautelar y que sólo es aplicable a situaciones de violencia intrafamiliar, excluyendo así que la ley se convierta en una vía rápida para solucionar conflictos propios de la jurisdicción de familia; evadir la tramitación de procesos de la jurisdicción civil o penal por ejemplo [...]” (Solís, 2004: 181)<sup>33</sup>.*

<sup>32</sup> Al respecto en su Artículo 2, aprovechando la definición que hace de la violencia doméstica, la LVD expone las personas que pueden solicitar protección, según su grado de parentesco, a saber: “[...] por consanguinidad, afinidad o adopción hasta tercer grado inclusive, por vía jurídica o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela [...] Relación de adopción, afinidad o consanguinidad hasta tercer grado inclusive, por vía ascendente, descendente o colateral, originada en un vínculo jurídico, biológico o de unión de hecho. El vínculo por afinidad subsistirá aún cuando haya finalizado la relación que lo originó [...]”.

<sup>33</sup> Esta cita puede encontrarse en la Bibliografía como Asamblea Legislativa (2004) Ley Contra la Violencia Doméstica.

Otro aspecto interesante de la LVD, consiste en la aplicación de un principio de interpretación de la prueba muy particular, que es el denominado "*in dubio pro persona agredida*", el cual se refiere a que en caso de duda el juez debe inclinarse a lo que favorezca a la persona solicitante. Este tipo de usos procesales son de posible aplicación al ser completamente alejados de la materia penal, esta separación es tan evidente que incluso la misma ley establece la posibilidad de que si la autoridad jurisdiccional que conoce del proceso, considera que se configura un delito, debe realizar el respectivo testimonio de piezas para su conocimiento en la vía penal (Artículo 13 y 18).

Como se señaló al inicio, la LVD no se encuentra disponible para el uso exclusivo de las mujeres, pues su ámbito de usuarios puede llegar a ser extenso. Sin embargo, su vinculación a la normativa internacional de Derechos Humanos de las mujeres no se pudo ocultar, puesto que ella misma se delata en el Artículo 21, al revelar su fundamento en la Convención de Belem do Pará.

Finalmente, sobre esta ley se discutió bastante y las críticas nunca faltaron: [...] *el proyecto de ley contra la Violencia Doméstica sufrió muchas discusiones y modificaciones, al final, se obtuvo una Ley cuyo título no refleja fielmente su contenido, ya que la ley aprobada trata solamente de cómo se deben aplicar las medidas de protección en casos de violencia doméstica.*" (Bertozzi, 2002: 7).

### **2.3.- Título III: Normativa Española: La puesta en escena de la regulación especial en contra de la violencia de género.**

Diversos países ante la adopción de los cuerpos normativos internacionales han procedido a emitir (en acatamiento de las obligaciones asumidas por medio de éstos), normas cuyo objetivo es atacar la violencia de género que consideran experimentan sus respectivas sociedades.

España es un ejemplo de los casos anteriores, siendo que al emitir una ley en contra del sistema patriarcal, toma el problema de la violencia de género del ámbito privado y lo enfoca también, en el ámbito público (pretendiendo tratar dicha problemática de manera integral); tornando esta situación de violencia en un asunto de todos.

Si bien es cierto, esta ley no se tomó como fundamento inmediato para la redacción de la Ley No. 8589; de cierta forma, su puesta en escena permitió a los conocedores del tema en Costa Rica, observar los resultados mediatos e inmediatos sobre la sociedad española en relación con esta temática, lo que hasta cierto punto permitió que estos pudiesen reclamar con mayor ahínco el respeto de los Derechos Humanos de las mujeres, y con ello, la publicación de una ley nacional que tratara de llenar dicha realidad:

*“Sin entrar a considerar las posiciones en que prevalecieron los argumentos tendientes a minimizar la magnitud de la violencia y la desaprobación de una ley específica para combatirla, así como las manifiestas demostraciones de su existencia y sus graves repercusiones en la vida social, **el hecho es que se habló, se discutió, se escribió sobre lo que las mujeres exigían que se ventilara desde hacía mucho tiempo.** Y no sólo se logró colocar el tema en la discusión sino que se pudo convencer al Congreso de los Diputados de que la Ley era una necesidad. No cabe duda de que este proceso tiene y tendrá fuertes repercusiones al interior y más allá de las propias fronteras españolas.”<sup>34</sup> (Martín y otras, 2007: 215-216)*

### **2.3.1.-Sección I: Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, Ley 1/2004 de España<sup>35</sup>.**

Su exposición de motivos es amplia, pues reconoce sin más su impulso en diversas: “[...] recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre

<sup>34</sup> Lo resaltado no es del original.

<sup>35</sup> Las referencias de esta ley en concreto, así como las demás a las que se hace referencia en las líneas siguientes, fueron extraídas de la página especializada en Derecho español: <http://noticias.juridicas.com> consulta del 21 de junio de 2009, a las diez horas.

las mujeres.”<sup>36</sup> Asimismo, la Ley reconoce su fundamento en otros cuerpos declarativos internacionales y para el ámbito europeo en particular, en declaraciones, programas<sup>37</sup> e informes.

A manera de propuestas antecesoras a esta Ley 1/2004, cabe mencionar la “Ley Orgánica 11/2003 de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros”, la “Ley 27/2003 Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica”, entre otras, las cuales también provocaron reformas en el sistema penal de España.

Sin embargo, la particularidad que hizo necesaria la creación de la Ley 1/2004, según consta en su Exposición de Motivos, fue el abordar el tema de la violencia de género de **forma integral**, al indicar que:

*“[...] la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula.*

*La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.”*

---

<sup>36</sup> De esos organismos internacionales, la legislación nacional tiene en común las manifestaciones de la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Sobre la Mujer” de 1979, “Declaración de las Naciones Unidas Sobre la Eliminación de la Violencia Sobre la Mujer” de 1993.

<sup>37</sup> Dentro de la misma exposición de motivos y en el ámbito europeo propiamente, se menciona como un pilar de la Ley mencionada: la Declaración Número: 803/2004/CE del Parlamento Europeo, sobre un programa de acción comunitario para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres, además de proteger a las víctimas y grupos de riesgo; conocida como “Programa Daphne II”. Por otra parte, es de interés mencionar que previo a este programa y con similares objetivos, se había creado un “Programa Daphne” en el año 2000, y más recientemente se ha elaborado un “Programa Daphne III”, con una vía análoga de acciones y objetivos. (Tomado de <http://www.guiafc.com/ficha.asp?id=9&ld f=41> y <http://www1.dicoruna.es/ipe/ayudas/carpetasDG/JusticiaInterior/daphne ii/progr daphne ii.htm>).

No obstante lo anterior, un aspecto que no puede perderse de vista, es el significado de violencia que ofrece la ley; ya que a pesar de lo establecido en su Exposición de Motivos y a lo largo de su articulado sobre la *violencia de género*, precisamente limita su contenido sólo a los: “[...] *cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.*” (Artículo 1.1.), con lo cual y retomando los argumentos que se han desarrollado sobre el tema, es posible observar que el ámbito de cobertura de la norma, se restringe meramente al espacio privado de las personas.

Por otro lado, la norma pretende cubrir los más variados aspectos: sociales, económicos, de salud, laborales, jurídicos (desde la normativa civil, de familia, medidas de protección, hasta el derecho penal y procesal penal), etc; esa variedad de contenido es su más destacable característica, algunos de esos temas que regula la ley y que se consideran de interés son:

- ◆ Los *Planes de sensibilización*, que pretenden divulgar ideas de respeto, igualdad entre hombres y mujeres, así como brindar información para prevenir la violencia de género (Artículo 3).
- ◆ La implantación de programas educativos (desde la enseñanza primaria hasta la universitaria, incluyendo la formación de los profesores), orientados a una formación de respeto, de igualdad, de tolerancia, solución pacífica de conflictos, etc. (Artículos 4 a 9)
- ◆ La regulación de la publicidad y de los medios de comunicación, en cuanto se emplee la imagen de la mujer en formas discriminatorias u ofensivas (Artículos 10 a 14).
- ◆ La formación y sensibilización del personal de salud o ámbito sanitario, para la detección y tratamiento de la violencia de género (Artículos 15 a 16).
- ◆ La asistencia legal gratuita para las mujeres víctimas de violencia, así como al suministro de la información según sus requerimientos personales en cada caso concreto (Artículos 17 a 18 y 20).
- ◆ La *Asistencia Social Integral*, que incluye ayuda psicológica, social, y apoyo en la inserción laboral, etc (Artículo 19).



- ◆ Se dispone una serie de beneficios laborales para las mujeres víctimas de violencia, sea en el sector privado, público, como trabajadora o como patrona, que incluyen la modificación de los horarios o del lugar de trabajo, la justificación de las ausencias, y ayuda para la búsqueda de nuevos empleos (Artículos 21 a 26).
- ◆ Según las condiciones económicas de las mujeres víctimas de violencia, su dificultad para ingresar o reingresar al mercado laboral, recibirán una ayuda económica, así como acceso a viviendas para su seguridad (Artículos 27 y 28).
- ◆ Se crea o refuerza una serie de entidades con carácter de especialización, entre las que se destacan los *Juzgados de Violencia Sobre la Mujer*, y los *Fiscales Contra la Violencia Sobre la Mujer* (Artículos 29 a 32, 43 y 70).

Para amalgamar en un conocimiento único esas diversas materias que se incluyen en la esfera jurídica (civil, familia, penal y procesal penal), se crea como novedad por especialización los *Juzgados de Violencia Sobre la Mujer*<sup>38</sup>, con *competencia exclusiva y excluyente*; según el Artículo 44 de la Ley 1/2004.

Ahora bien, qué criterios de compatibilidad se podrían emplear por ejemplo, para el conocimiento conjunto de un proceso de adopción y otro por un delito de lesiones; en ese sentido el legislador español optó por un punto de conexión subjetivo, básicamente:

*“b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género [...] c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.”*  
(Artículo 44).

---

<sup>38</sup> Es importante mencionar para efectos de reconocer la labor asignada a estos nuevos *Juzgados de Violencia Sobre la Mujer*, la diferencia entre el sistema procesal penal español y los lineamientos procesales con que actualmente se cuenta en Costa Rica, de tal forma que en el primero, según su *Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim)*, son los jueces, o propiamente los jueces de instrucción, los encargados de *instruir* el sumario (proceso de investigación), mientras que la participación del ente fiscal o Ministerio Fiscal como es llamado por esa ley, es notablemente más ligera que la ejercida según mandamiento de nuestro Código Procesal Penal (CPP) vigente.

En cuanto a los cambios en materia penal sustantiva que introdujo la Ley 1/2004 en el ordenamiento español, éstos se encuentran en su *Título IV: Tutela Penal*, que comprende los Artículos 33 hasta el Artículo 42; dentro de los cuales solamente los numerales 36 a 39 formulan tipos penales propiamente dichos, mientras tanto los artículos 33 a 35, 40 y 42, brindan regulación en materia de Ejecución de la Pena (*La Suspensión de Penas* (Artículo 33), *Comisión de Delitos Durante el Período de Suspensión de la Pena* (Artículo 34), *Sustitución de Penas* (Artículo 35), *Quebrantamiento de Condena* (Artículo 40), *Administración Penitenciaria* (Artículo 42) –que hace referencia a programas de tratamiento para los condenados por cometer delitos de esta índole, que se imparten a lo interno de los centros penales –, y por su parte el Artículo 41 modifica el numeral 620 del Código Penal de España, el cual hace referencia a las faltas –contravenciones en Costa Rica–).

En lo relativo a los tipos penales debe hacerse la aclaración que esta Ley, no fue construida como una norma especial similar a la Ley No. 8589; es decir, no es una norma únicamente de carácter penal (en la medida en que en aquélla el *ius puniendi* es sólo una parte de un amplio abanico de temas, que como se vio son tan variados como: programas de educación, ayuda psicológica, apoyo laboral, etc.) que crea nuevos tipos penales especiales; sino que la norma española incorpora modificaciones a los tipos penales ya establecidos en el Código Penal de ese país.

Así, los artículos con dirección punitiva corresponden solamente a cuatro numerales; mediante los cuales: “[...] la Ley Orgánica 1/2004 eleva a delito aquellas conductas que, en circunstancias normales, sería constitutiva de falta.”<sup>39</sup> (Martínez, 2009)

Con la finalidad de dar una idea de los alcances de la Ley 1/2004, se pasará a revisar brevemente los artículos de contenido penal indicados:

“-Artículo 36. *Protección contra las lesiones.*

---

<sup>39</sup> Es importante mencionar que la normativa española denomina *faltas*, según el Libro III de su Código Penal, a lo que en el medio penal costarricense se conoce como contravenciones.

*Se modifica el artículo 148 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma:*

*«Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:*

*1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.*

*2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.*

*3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.*

*4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

*5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.»*

Este numeral, modifica las circunstancias contenidas en el Artículo 148 del Código Penal Español, las cuales por su parte, fungen como agravantes del Artículo base 147 de dicho cuerpo normativo y que se refieren a las lesiones que necesitan tratamiento médico para su curación. Adiciona específicamente los incisos 4º y 5º, como motivos propios de agravación de ese tipo penal: la violencia ejercida contra las mujeres con quienes se mantenga o hubiese mantenido una relación de afectividad, o la víctima estuviere en condición de vulnerabilidad.

El siguiente artículo hace mención a los tipos de lesiones que no requieren un tratamiento médico para curar la lesión física:

*“-Artículo 37. Protección contra los malos tratos.*

*El artículo 153 del Código Penal, queda redactado como sigue:*

*«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el*

*ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.*

*3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

*4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»*

Cabe llamar la atención sobre el contenido del primer párrafo de este numeral, el cual se refiere a las víctimas de violencia de género delimitadas en el artículo 1º de la Ley 1/2004 que ya se vio; mientras que el segundo párrafo alude a ofendidos en casos de violencia doméstica, en el tanto cubre los sujetos incluidos en el Artículo 173.2 del Código Penal de España.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> **Artículo 173.** [...] 2. *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.»*

Nuevamente se destaca la exigencia de habitualidad que se presenta en este artículo 173 del Código Penal de España, de tal forma que la doctrina reconoce su función señalando que: “[...] está destinado para las situaciones de violencia habitual sobre los sujetos que se enuncian en ese artículo y puede operar en concurso ideal con otras normas penales (lesiones del art. 147 y ss., ó 153, o amenazas o coacciones).” (Márques, 2005)

A partir de lo anterior, es posible derivar que este tipo penal no limita su campo de protección solamente a las mujeres, sino que lo extiende a otras personas del círculo familiar. De esta manera se rompen las primeras intenciones de la presente ley, ya que al incluir situaciones de violencia doméstica, parece limitar el contenido de dicho término sólo al ámbito privado-doméstico, lo cual, resulta en la minimización de esta problemática, ya que la reduce a meros problemas íntimos de familia, alejando la mirada de su existencia en la esfera pública.

En este sentido cabe rescatar las palabras de Martín y otras al referirse a la norma en cuestión:

*“En el marco internacional de Derechos Humanos se ha ido incorporando un nuevo lenguaje que da un contenido amplio a lo que se entiende por violencia de género contra las mujeres. Sin embargo, en la Ley 1/2004 hay una tendencia reduccionista de los alcances de esta perspectiva.”* (Martín y otras, 2007: 238-239).

En relación con el numeral 38 y de igual forma que el anterior artículo, se amplía el ámbito de protección de las posibles víctimas, siendo que en el párrafo 5° resguarda a personas con quienes se posean otros vínculos familiares:

*“-Artículo 38. Protección contra las amenazas.*

*Se añaden tres apartados, numerados como 4, 5 y 6, al artículo 171 del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:*

*«4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

*5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el*

*apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

*Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

*6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»*

El último artículo que modifica el listado de delitos dentro de la legislación penal española, lo conforma el que regula la "Protección Contra las Coacciones":

*"-Artículo 39. Protección contra las coacciones.*

*El contenido actual del artículo 172 del Código Penal queda numerado como apartado 1 y se añade un apartado 2 a dicho artículo con la siguiente redacción:*

*«2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

*Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

*Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

*No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las*

*circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»*

En este punto es relevante analizar el peso que estas modificaciones dieron sobre la legislación penal española de fondo, puesto que como se menciona atrás, se convirtieron en delitos algunas situaciones que anteriormente eran enlistadas dentro de lo que se conoce como contravenciones. La doctrina ibera incluso las ha nombrado: “[...] como una nueva forma de infracción penal: el delito leve o delito-falta” (concretamente a los tipos penales que enuncian las amenazas y las coacciones leves) (Márques, 2005); esto sólo en los casos en los que las víctimas se encuentren dentro de los ámbitos de tutela explicados en el Artículo primero de la Ley 1/2004, y por supuesto en cada uno de los tipos penales consignados (“a quien sea o haya sido la esposa, mujer que haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”).

Esta característica se resalta, en la medida en que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1/2004 muchas situaciones de contenido violento, eran tramitadas como faltas a través del artículo 620<sup>41</sup> del Código Penal: “Protección contras las vejaciones leves”, que las sancionaba con penas de multa; con la vigencia de la Ley 1/2004, se dispuso una conversión de lo que antes eran faltas a delitos; lo cual demuestra la consigna de los legisladores españoles de brindar una tutela particular, hacia ciertos sectores de población considerados “sensibles” en mayor grado, a manifestaciones de violencia cuya gravedad no era reconocida como merecedora del calificativo e implicaciones de un delito; resaltándose de esta manera, no la gravedad de las afectaciones a los Bienes

---

<sup>41</sup> El artículo 620 del Código Penal de España indica:

*“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:*

1. *Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*
2. *Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

*Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

*En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.”*

Jurídicos; sino el mayor grado de sensibilidad de los ofendidos hacia esa violencia; son todas estas circunstancias las que hicieron necesaria la aclaración hecha al Artículo 620 de la Ley 1/2004: [...] *salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*”, creando de esa forma una especie de régimen de excepción, donde dependiendo de quién sea la persona ofendida, los hechos aunque sean similares podrán ser calificados como delitos o faltas y con ello todas las consecuencias que se derivan.

Otro punto de relevancia, consiste en que en todos los tipos penales expuestos, también se considera como parte ofendida aquella: “[...] *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*” Con lo cual amplía el margen de aplicación de los delitos en los sujetos pasivos, sin poner relevancia en el sexo de la persona ofendida, lo que convierte en cierto grado a la Ley 1/2004, en bilateral<sup>42</sup>:

*“Este aspecto no es baladí, dado que es una de las alegaciones tenidas en consideración por el Tribunal Constitucional [...] para decretar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004 [...] Con esta figura cabría sancionar a la mujer por agresiones al marido, siempre que sea especialmente vulnerable, por ejemplo, que esté en silla de ruedas. Como, por ese motivo, el autor puede ser mujer y la víctima hombre, se entiende que no vulnera el artículo 14 de la Constitución.”*  
(Martínez, 2009)<sup>43</sup>

Manteniéndose en el mismo territorio español, no se puede dejar de mencionar la *Ley Orgánica 3/2007 del 22 de marzo, Para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Brevemente, esta ley se resume en tres puntos:

---

<sup>42</sup> Otro aspecto que debemos resaltar en relación con el carácter de *“bilateralidad de la norma”* consiste en que con ello se elimina el rasgo *“género-inclusivo”* de la ley, ya que ésta no fungiría como instrumento de empleo único para la protección de los Derechos Humanos de la mujer. Esta temática será ahondada en el Capítulo III, al estudiarse el apartado de acciones positivas y Principio de Igualdad.

<sup>43</sup> En la cita presentada, el autor hace referencia a la Constitución Española de 1978 vigente, cuyo numeral 14 es asimilable al texto constitucional 33 de Costa Rica, en el tanto aquél reza: *“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*



Primero, pretende la aplicación y funcionamiento de la igualdad real y efectiva en diversos ámbitos de la vida, controlando la discriminación por razón de sexo directa o indirecta, según sus propias definiciones: acceso al empleo, condiciones de trabajo, acoso sexual y acoso por razón de sexo, tutela judicial, sector público, sector privado, educación, arte y cultura, salud, tecnologías, acceso a vivienda, medios de comunicación y publicidad, etc.

Segundo, recoge explícitamente para su aplicación el concepto de *Transversalidad*:

*“Artículo 15. Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*

*El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.”*

Y tercero, impulsa la realización de las acciones positivas, de las cuales se puede obtener una idea de su concepto a partir del Artículo 11, que establece:

*“Acciones positivas.*

*1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.*

*2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.”*

Así en términos generales, esta norma ofrece una interesante propuesta para regular los temas indicados, alejándose de la simple perspectiva formal de igualdad entre las personas, ya que establece una serie de disposiciones con miras a una verdadera igualdad material en la vida diaria.

## 2.4.- Título IV: Discusión legislativa sobre el proyecto de Ley de penalización de violencia contra las mujeres, expediente legislativo No 13.874.<sup>44</sup>

Como se vio, la tendencia de procurar una normativa acorde o por lo menos afín con los compromisos asumidos mediante los textos internacionales, ya se había venido practicando desde años atrás, mediante formas específicas de legislación cuyos contenidos y resultados fueron gestando grupos de género (institucionalizados o no)<sup>45</sup>, que finalmente concibieron como parte del cumplimiento de esos cuerpos globales internacionales, la creación de una nueva ley, esta vez, empleando el Derecho Penal como propuesta para tratar el tema.

Así fue presentado a la Asamblea Legislativa en el año 1999, un proyecto de ley por iniciativa del Poder Ejecutivo, el cual:

*"[...] fue preparado por la Comisión de Estrategia para la penalización de la Violencia en contra de las mujeres integrada por representantes de la Dirección de Prevención de la Violencia y el Delito del Ministerio de Justicia, la Defensoría de la mujer de la Defensoría de los Habitantes, el Comité del Niño y del Anciano Agredido (Asesoría Legal), la Comisión de Violencia Doméstica del Poder Judicial, CEFEMINA, Instituto Nacional de las Mujeres, Comisión de Seguimiento de la Ley contra la Violencia Doméstica, así como expertas en la materia a título personal." (Expediente Legislativo No. 13.874, Tomo I, Folio 2)*

Seguidamente, se hará una breve exposición de algunos aspectos considerados de interés durante la larga odisea de casi ocho años, cuyos vaivenes, se plasman en los veintitrés tomos que constituyen el expediente legislativo que comprende el proyecto previamente nombrado como: *"Ley Para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres Mayores de Edad"*.

---

<sup>44</sup> De entrada es importante aclarar que esta parte fue desarrollada básicamente con el seguimiento que se hizo de los veintitrés tomos que conforman el expediente legislativo, sin embargo en lo referente a las actas de discusión del Congreso, éstas si bien fueron revisadas, no se valoró como útil su comentario para establecer los aspectos principales que se desean desarrollar aquí.

<sup>45</sup> Por grupos institucionalizados entendemos aquí a organizaciones creadas específicamente por leyes o simplemente como parte del Gobierno. (Delgado y Rosales, 1999).

El título inicial trasluce bastante su contenido, ya que se inspiró en crear, una propuesta de ley, o instrumento con alcances punitivos que reconociera: “[...] *la violencia hacia las mujeres en todas sus manifestaciones, como una conducta antijurídica y atentatoria contra las normas básicas de la convivencia social y, por ende, sujeta de sanción.*” (Expediente Legislativo No. 13.874, Tomo I, folio 8).

La especialidad que ostentaba el proyecto, se defendió en la primera propuesta teniendo como frente un aspecto que se consideró central: las llamadas “*relaciones de poder y confianza*” con una mujer mayor de edad. De tal forma que se tuvo como presupuesto, que las situaciones de violencia surgen al existir un aprovechamiento de la confianza existente en los vínculos de convivencia o afectivos.

Así el elemento de “*relaciones de poder y confianza*”, cuyos alcances se encontraban en el Artículo 3 de la primera propuesta, se extendían a una amplia gama de nexos, pues era abarcadora no sólo de relaciones afectivas de una pareja hombre y mujer, sino que hacía referencia también al ámbito laboral, a relaciones de parentesco mucho más amplias que las detalladas en la LVD, a vínculos de amistad, etc.; escenarios en los que según las motivaciones de la propuesta, las partes no se encontrarían en igual posición como se establece normalmente en el Código Penal (CP). Además, se puso de manifiesto que dentro de esta misma particularidad, se daban otras formas de violencia no reconocidas por la ley penal sustantiva, como por ejemplo la violencia psicológica.

A pesar de esta primera idea de tutela amplia, basada en las “*relaciones de poder y de confianza*”; por ese mismo carácter indefinido y amplio, se eliminó uno de los principales aportes de la Ley No. 8589; a partir de las respuestas de las consultas facultativas efectuadas por diversas diputadas y diputados a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Este Tribunal, consideró inconstitucionales algunos términos que por su amplitud fueron calificados de vagos e inapropiados para una ley penal (las

especificaciones sobre este punto, se verán más adelante cuando se repasen las resoluciones de la Sala Constitucional).

En este sentido, se considera que la pérdida de este gran aporte (la frase "*relaciones de poder y confianza*") refleja la ceguera (impuesta en algunos casos, y aceptada en otros), en la mirada de la gran mayoría de los operadores del Derecho en Costa Rica; así como la renuncia de un aporte valiosísimo de los promotores de la ley, con el fin de que ésta pudiese promulgarse.

En el primer caso, porque ha existido y existe, una falta de apertura por parte de quienes se vieron involucrados en el proceso de creación de la Ley No. 8589, por cuanto se rehusaron a hacer un análisis más profundo de esta temática (incluso fue evadido varias veces por parte de la Sala Constitucional), y las decisiones tomadas se hicieron siguiendo los caminos "menos escabrosos" (únicamente se aludió a la amplitud del concepto, manteniendo total silencio sobre el análisis de la importancia de su reconocimiento y el impacto del mismo sobre el ordenamiento jurídico); por cuanto el haber aceptado la constitucionalidad del concepto de "*relaciones de poder y confianza*", hubiese significado aceptar que se requiere realizar un análisis de la existencia del androcentrismo en todo el Derecho Penal, e incluso en todo el Derecho nacional, y eso hubiese sido una crítica muy profunda y controvertida en contra del ordenamiento jurídico, situación que los magistrados de la Sala Constitucional prefirieron tener lejos desde un principio, según se observó en sus resoluciones.

Frente a esta situación, la pregunta que habría que responderse sería: ¿hasta qué punto fue (y es) la falta de conocimiento en el tema de género, la causa de que este tipo de resultados sucedan a nivel jurídico, y hasta qué punto lo fue (y lo es) el rechazo de la inclusión del tema de género en el Derecho?

Por otro lado, en el segundo de los casos se estima que la renuncia al concepto de "*relaciones de poder y confianza*", se constituyó en un golpe muy fuerte en contra del proyecto de ley, ya que mediante este concepto se sacaba

a la luz la denuncia de los actos de abuso y misoginia efectuados en contra de las mujeres por parte de sus parejas, situación que había sido (y que es) avalada por el ordenamiento jurídico-penal; además, de que se constituía en un claro reconocimiento dentro del sistema penal, de la existencia del androcentrismo y la misoginia en la letra del CP.

Se habla de una renuncia por parte de los promotores del proyecto de ley, por cuanto no se procuró como posibilidad de concretar el concepto dentro del mismo texto (situación válida dentro del Derecho Penal), utilizando el apoyo de otras disciplinas para cumplir con esa labor; lo cual se hubiese constituido además, en la forma de introducir otras áreas de conocimiento en la aplicación de esta norma.<sup>46</sup>

En suma, ello se constituyó en una cesión muy valiosa, que cercenó aportes medulares que se pretendían introducir en la sociedad costarricense mediante esta ley: el reconocimiento específico de las situaciones de las mujeres bajo la violencia ejercida por sus parejas, el reconocimiento del androcentrismo y la misoginia en el Derecho Penal, y la introducción de otras ciencias sociales en el tratamiento de una realidad que debe afrontarse desde todas las ópticas; lo cual se afirma en las siguientes palabras:

*“[...] no todo se le puede apostar al campo de lo legal positivo, valdría la pena pensar en la identificación, diseño e implementación de políticas que traten los diferentes problemas de discriminación en contra de la mujer, de manera integral y*

---

<sup>46</sup> Se alude a la crítica del Profesor Boaventura De Sousa Santos, cuando evalúa la transformación del Derecho por las teorías de la modernidad, al convertirlo en un subsistema en autopoiesis: “En vez de estructurarse según un centro o un sistema funcionalmente dominante, las sociedades modernas están constituidas por una serie de subsistemas (derecho, política, economía, ciencia, arte, religión, etc. ), todos ellos cerrados autónomos, autocontenidos, autoreferenciales y automutantes, cada cual con un modo de funcionamiento y un código propios. La correspondencia estructural entre los subsistemas es esencialmente el resultado aleatorio de una co-evolución ciega, mientras que las interrelaciones funcionales resultantes de la coexistencia de esos subsistemas en la misma sociedad quedan reducidas a formas de “acoplamiento estructural”. El derecho es uno de esos subsistemas, un sistema de comunicaciones jurídicas que funciona con su propio código binario: legal/ilegal. El derecho sólo se regula así mismo. El derecho es el ambiente que rodea a los otros subsistemas sociales tal y como estos son el medio ambiente del derecho. Pero, sean cuales sean las “vibraciones” o “perturbaciones” que un sistema dado, como consecuencia de su interdependencia funcional o coexistencia, pueda “causar” en otro sistema, ellas son irrelevantes sino son convertidas en respuestas o reacciones autopoieticas.” (De Sousa Santos, 2000: 180).

*estructural. Vale advertir que “modernizar” los contenidos del derecho de acuerdo a los instrumentos internacionales no se puede reducir a un ejercicio de simple: armonización positiva, instrumental”, salida que ha sido privilegiada por los Estados a travez de sus abogados. Si bien hay herramientas jurídicas, su utilización no puede ser de la potestad exclusiva de los operadores jurídicos y el lenguaje jurídico.” (UNIFEM-UNICEF, 1996:63)*

A pesar de la amplitud de las relaciones tuteladas en el proyecto, éste restringía el ámbito de las personas potencialmente ofendidas, en el tanto que consideraba sólo a las mujeres como sujetos pasivos; específicamente a aquéllas que ostentaran la mayoría de edad (en un primer momento). Pues se reconoció inicialmente, que las mujeres menores de dieciocho años contaban con otro tipo de instrumentos de tutela, como sería el caso del *Código de la Niñez y la Adolescencia*; sin embargo, ese punto cambió básicamente bajo el argumento de discriminación y posibles desprotecciones para la población femenina menor de edad, que de alguna forma convive en pareja bajo situaciones de violencia, por lo que se extendió el espacio de protección, tal y como se establece actualmente en el Artículo 2, párrafo segundo de la Ley No. 8589, incluyendo a las mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho.

Desde que se inició con la tramitación del proyecto de ley en el Congreso, surgieron criterios encontrados dentro de los distintos grupos sociales. En cuanto a los principales argumentos en contra y que a pesar de todos los cambios realizados, aún se podría decir se mantienen vigentes, pues atacan la existencia misma de la ley y no tanto cuestiones de contenido o forma de ésta; se exponen los siguientes puntos:

1- La inconveniencia de que exista una ley especial punitiva, como fue contundente el Profesor Henry Issa El-Khoury:

*“De inicio, debo manifestar que, por regla general, no es conveniente la aprobación de leyes especiales, que se aparten de las pautas generales del Código Penal, en razón de que la política estatal que marca los principios y las reglas generales para la aplicación de los delitos está contenida en ese cuerpo legal y*

*puede resultar peligroso que una ley especial cambie aspectos de la aplicación del delito. En ese sentido la ley consultada, puede, perfectamente, ser parte del Código Penal [...]” (Expediente Legislativo No. 13.874, Tomo II, folio 425).*

En este punto y según las dimensiones teóricas que se desarrollaron en el Primer Capítulo sobre las consecuencias sociales del androcentrismo, y más concretamente su inmersión en el Derecho en general y el Derecho Penal particularmente; no es posible compartir lo expresado por el Profesor Issa El-Khoury, lo cual no refiere a la exclusión de este argumento como una alternativa posible, sino por el hecho de que posee básicamente dos debilidades: la primera consiste en que la introducción de la ley (en ese momento proyecto legislativo), en el cuerpo del CP requeriría la reconceptualización de su misma letra (tanto en su parte General como en su parte Especial), en virtud de que éste posee rasgos androcéntricos y misóginos, por lo que los aportes de esta clase de leyes o concretamente las nuevas construcciones de tipos penales se verían opacados en su interpretación y aplicación. En segundo lugar la aceptación de que sea el CP el que recepte esta normativa, así sin más y sin dar un vistazo crítico de sus condiciones androcéntricas, sería negar lo valioso de los aportes que puedan ofrecer las Teorías de Perspectiva de Género al Derecho Penal.

Adicionalmente, la reconceptualización del CP y la ejecución de los cambios necesarios, requería demasiado tiempo y de voluntad de cambio (por parte de los legisladores, operadores del Derecho en general y de la sociedad), por lo que la formulación de una ley penal especial era la otra forma procedente para efectuar estos cambios en los tipos penales, la cual establecía sus propias fuentes de interpretación para que se incluyeran las Teorías de la Perspectiva de Género, no con ello dejando de lado u olvidando del todo los Principios Constitucionales que nutren y deben nutrir el Sistema Penal costarricense.

2- Acudir al Derecho Penal es inútil y peligroso para tratar en general los problemas o conflictos sociales y en particular para regular el tema de la violencia contra las mujeres, como fue la tendencia seguida por el Instituto

Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente:

*“Como toda ley penal no va a servir para la prevención de conductas violentas ya que está comprobado que no necesariamente es la ley penal la que determina a las personas a no cometer delitos. Además, el problema de la violencia contra las mujeres como problema social necesita ser enfrentado desde otros ámbitos para el logro del objetivo perseguido: una vida sin violencia para todas las personas.”* (Expediente Legislativo No. 13.874, Tomo II, folio 457).

Asimismo, la Corte Plena mantiene una opinión similar, la cual expone en tres consultas legislativas, al indicar en Sesión 44-2000, del 20 de noviembre de 2000, que:

*“La necesidad de fortalecer la protección de la población femenina, del círculo de la violencia intrafamiliar y social cuya realidad no puede negarse, es imperiosa, sin embargo, el recurso al derecho penal para tratar de solventar toda la problemática resulta cuestionable, pues es reconocido por la moderna doctrina criminológica que el derecho penal no soluciona el conflicto, ni reduce los niveles de violencia, no resuelve los problemas sociales que motivan la penalización de conductas, porque estos obedecen generalmente a un complejo concurso de factores socioculturales y públicos que están muy encima de la realidad normativa y de su efectividad.”* (Expediente Legislativo No. 13.874, Tomo IV, folio 916).

Ante estas dos últimas críticas expresadas tanto por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, relativas a que el Derecho Penal no determina el comportamiento de las personas, ello no obsta para que se dejen impunes los actos de violencia contra las mujeres no reconocidos por el CP.

Por su parte, también una crítica dirigida a la imposibilidad del Derecho Penal de resolver los problemas sociales, es una crítica que afecta mínimamente a una propuesta de ley como la que fue la de la Ley No. 8589, sino que es una crítica a lo que ya se conoce en el Derecho Penal, pues con la



propuesta legal lo que se pretende es que la ley incida en contra de los contra-valores dentro de la cultura costarricense, y por supuesto no pretende eliminar la problemática en su totalidad, sino el otorgar una vía (negada por el mismo CP), a las mujeres para que se les garantice el acceso a la justicia, para que puedan acudir a recursos legales para la tutela de sus Derechos Humanos, y además, el generar un cambio en la cultura tanto jurídico-penal, así como de la sociedad misma:

*“Recordemos cuántas veces el movimiento feminista se ha tropezado con el argumento de que el “machismo” es una actitud “cultural” que sólo se puede cambiando lentamente a través de la educación y no por medio de leyes. Argumento que es doblemente erróneo. Primero no es cierto que el sexismo sea solamente una “actitud” cultural, porque como he venido diciendo, es también un sistema con estructuras de poder bien concretas y establecidas. Y segundo, es erróneo porque está históricamente comprobado que la ley sí puede y de hecho lo ha logrado, cambiar costumbres, mores, folkways o valores.” (Facio, 1996: 78)<sup>47</sup>*

No debe perderse de vista nunca que la idea de esta ley irrumpe con nuevos valores (los valores de género) en la cultura costarricense, utilizando nuevos conceptos y pretende que todos los derechos sean reconocidos desde las particularidades de los individuos, esto es, pretende un cambio de

---

<sup>47</sup> En este sentido, Facio reflexiona sobre la influencia que tiene el llamado por ella “componente formal normativo” en el “componente político cultural”, del tal forma que el primero puede:

*“1) conformar las actitudes y conductas que la gente ordinaria adopte porque la ley, al establecer reglas, institucionaliza no solamente las conductas que serán aceptables para el resto de la sociedad y cuál comportamiento es un comportamiento legítimo o ilegítimo, quién es criminal y quién es un/a buen/a ciudadano/a, etc., sino que mucho más sutilmente va creando formas de pensar que establecen lo que será considerado por el común de la gente, racional o irracional, objetivo, científico y universal versus subjetivo, acientífico y particular.*

*Talvez más peligroso aún, hasta puede determinar qué será considerado “natural” y qué no. [...]*

*2) definir las tradiciones y costumbres porque la ley puede reforzarlas, institucionalizando por medio de códigos, decretos, reglamentos, etc., conductas tradicionalmente aceptadas o puede modificarlas o hacerlas desaparecer totalmente, al institucionalizar conductas diferentes a las tradicionalmente aceptadas.*

*3) promover la creación de doctrina jurídica porque ésta es necesaria para fundamentar las leyes que se quieran promulgar. Recordemos que no siempre las leyes responden a una doctrina jurídica sino que muchas veces, ésta se desarrolla una vez que la propuesta de ley ha sido diseñada.*

*4) facilitar u obstaculizar la comprensión de las leyes por parte del común de la gente. Es obvio que la forma en que una ley está redactada influye en conocimiento y uso que la gente haga de ella [...].” (Facio, 1996: 77-79)*

paradigma social; sin embargo la idea de esta ley representa un aporte relevante para producir el cambio. En este sentido lo expuso la Diputada Gloria Valerín durante la Sesión Plenaria No. 38 del tres de julio de dos mil tres:

*“El proyecto de Penalización de la Violencia contra las Mujeres pretende mandar, sobre todo, un mensaje que tienda y **que contribuya a cambiar la cultura**, que por tantos siglos ha prevalecido en nuestra sociedad, según la cual hay acciones que cometidas contra una mujer en el ámbito de su familia no constituyen un delito.”<sup>48</sup>*

Sin embargo debe quedar claro que la propuesta de ley no es la única medida que debería adoptar el Estado, siendo importante y deseable que se sumen aportes de otras áreas de la vida en sociedad, reconociendo que la violencia contra las mujeres es una problemática social tal y como se establece en los artículos 7 y 8 de la Convención de Belem do Pará.

3- También la Corte Suprema de Justicia criticó la existencia de lo que se llamó un “*paralelismo*” o “*duplicidad*” entre los nuevos tipos penales y los ya existentes en el Código Penal vigente, incluso planteó que la estructura de los tipos penales adolecía de múltiples problemas de redacción que determinaban patologías tales como tipos penales abiertos, leyes penales en blanco y en general, en normativa que contravenía los Principios de Igualdad y Proporcionalidad constitucionales.

Esta crítica no es compartida, de tal forma que a pesar de que los tipos penales que se plantearon recogían en su parte objetiva conductas similares a las del CP, también en la propuesta de ley existía una particularidad no contemplada por el CP, a saber las circunstancias propias en las que se ven envueltas las mujeres en un ciclo de violencia que se ejerce en su contra por sus parejas, razón por la cual dichas conductas ya no son las mismas del CP, puesto que para su aplicación se deberán tomar en cuenta otras situaciones que el mismo CP no contempla.

---

<sup>48</sup> El subrayado no es del original.

Por eso esta propuesta de ley, nace con miras a eliminar la discriminación que se produce en el CP, al no contemplar esos ataques a los Bienes Jurídicos de las mujeres, paralelamente la propuesta de ley procura ofrecer una opción ante las violaciones a los Derechos Humanos de las mujeres. A pesar de ello y como se verá en el Capítulo III, las patologías sobre las construcciones técnicas en los tipos penales que finalmente conforman la Ley No. 8589, son en algunos casos manifiestas.

## **2.5.- Título V: Votos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como respuestas a las consultas facultativas realizadas por las/os Diputadas/os de la Asamblea Legislativa.**

En esta parte, se procederá a realizar una breve mención del contenido de las cinco sentencias mediante las cuales la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de analizar aspectos que si bien es cierto fueron diversos, también fueron reiterados en cada una de las consultas facultativas, planteadas por ciertos/as diputados/as de la Asamblea Legislativa, lo cual permitió instaurar constancia en sus criterios.

El estudio de los votos seguirá el orden práctico que brinda su propia secuencia cronológica, y se resaltarán los puntos más importantes de su contenido según los presupuestos en esta investigación, por lo que se excluirán aquéllos que no se consideran útiles para los fines de este trabajo.

La primera resolución corresponde a la Sentencia Número **11129-2001**, de las trece horas con ocho minutos del veintiséis de octubre de dos mil uno. Mediante aquélla, a la Sala Constitucional se le planteó entrar a conocer si el proyecto de ley en cuestión, violentaba el Principio de Igualdad (al pretender la protección únicamente de las mujeres mayores de edad, según el contenido de este texto del proyecto, dejando por fuera a los menores, ancianos, y personas

con discapacidad), el Principio de Legalidad Penal<sup>49</sup> (al alegarse que los artículos penales incluidos contenían ambigüedades y contradicciones), el Principio de Proporcionalidad (en el tanto se consideró que las penas establecidas en el proyecto eran groseramente desmedidas, si se les comparaba con la afectación a los Bienes Jurídicos tutelados o a normas parecidas en su ámbito de tutela en el CP); así como la autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social (esto último porque el proyecto incluía un artículo, en el cual se obligaba a esta institución a establecer fondos para el tratamiento de las personas agresoras según los términos de la normativa).

Paralelo a estas alegaciones, otro grupo de diputados y diputadas<sup>50</sup> presentaron un escrito en el cual procuraron plasmar criterios favorables y de apoyo a la utilidad del entonces proyecto de ley, cuyas ideas centrales se expresaron dentro de la resolución anteriormente señalada y afirmaron entre otras cosas:

*“[...] que el proyecto parte de que existe una discriminación en contra de las mujeres que le ha impedido el disfrute de sus derechos y que éste ha sido el espacio propicio de la violencia contra las mujeres. Estas relaciones de poder y confianza se recrean y se reproducen en el marco de la discriminación social existente, que anula, restringe, excluye por razón de sexo, a las mujeres del goce y ejercicio de sus derechos humanos”.*

Adicionalmente, procuraron dejar en claro que la pretensión de este proyecto estilaba en convertirse en una ley específica, que cubriría contextos específicos en los que se ven envueltas las mujeres; además de ser una manera de dar cumplimiento a las convenciones internacionales ya aprobadas sobre temas afines.

La Sala Constitucional, finalmente resolvió la consulta refiriéndose únicamente en lo que consideró un aspecto violatorio del procedimiento, cual

---

<sup>49</sup> Primordialmente se cuestionó la contextualización de los tipos penales, que efectuaba el proyecto de ley, según la redacción de ese momento en su Artículo 3, concretamente con referencia a las “relaciones de poder o de confianza”.

<sup>50</sup> A saber: Alicia Fournier Vargas, Irene Urpi Pacheco, Daniel Gallardo, Eliseo Vargas, Manuel Bolaños, José Merino, Celimo Guido, Sonia Villalobos, Joycelyn Sawyers, Rina Contretras, Virginia Aguiluz, Horacio Alvarado B y Jorge Sánchez Sibaja.

era no haberle consultado a la Caja Costarricense de Seguro Social, su criterio sobre la obligación que contenía para ésta el proyecto, de encargarse de colaborar con el tratamiento para los ofensores; lo que en criterio de los magistrados, implicaba un gasto patrimonial para la encargada de los seguros sociales; de esta forma al determinarse que dicha gestión no se efectuó, se resolvió que en:

*“[...] el trámite del proyecto consultado se quebrantó el artículo 190 de la Constitución, lo que implica un vicio invalidante del procedimiento legislativo. En consecuencia, dado que el proyecto debe ser devuelto a la Comisión respectiva para que se subsane el mencionado vicio, por ser la presente opinión vinculante para la Asamblea Legislativa, se omite pronunciamiento alguno sobre los demás extremos consultados.”*

De esta forma el Tribunal Constitucional omitió pronunciarse sobre temas tan cruciales como la afectación o no de principios constitucionales que fueron expuestos como los temas centrales, mientras que el tema de la Caja Costarricense de Seguro Social, aparentaba ser más bien un argumento secundario, tanto para quienes apoyaban como los que no, la propuesta normativa, lo cual evidencia la falta de voluntad de los magistrados para entrar a conocer sobre temas tan importantes como el reconocimiento de las afectaciones de los Derechos Humanos de las mujeres.

Por otro lado, la segunda resolución de la Sala Constitucional, No. 58-2002, de las nueve horas con cincuenta y siete minutos del tres de enero de dos mil dos; nuevamente fue impulsada por cuestionamientos de los/as diputados/as, fundamentalmente sobre alegaciones por violación al Principio de Igualdad y el Principio de Legalidad Penal; así mismo los consultantes, manifestaron que además de las contradicciones que ellos encontraron en los artículos de contenido penal dentro del proyecto, los mismos, son igualmente paralelos a los vigentes en el CP, y presentan una desproporción en los montos de las penas que contienen.

Como primer aspecto dentro del análisis de los magistrados, es el relativo al procedimental; es decir, al acatamiento de las disposiciones tanto

constitucionales como reglamentarias, propias de la creación de las leyes por parte de los/as diputados/as.<sup>51</sup>

La Sala Constitucional, al revisar el curso de los procedimientos parlamentarios, detectó que la Comisión Permanente con Potestad Legislativa Plena Tercera,<sup>52</sup> a la cual el Plenario Legislativo le delegó el conocimiento del proyecto de ley, rebasó los límites que estos trámites de delegación llevan consigo, referentes a no trascender o apartarse a través de enmiendas por parte de los/as diputados/as (derecho de enmienda), el contenido del texto que se delegó; situación que los magistrados detectaron plasmada en la adición de cuatro artículos nuevos al texto original (Artículos 49, 50, 51 y 52), los cuales pretendían realizar modificaciones tanto en el CP<sup>53</sup> como el CPP<sup>54</sup>, así como en el Código de Familia<sup>55</sup>, lo que hizo concluir al Tribunal Constitucional que:

<sup>51</sup> Referentes a los artículos a los Artículos 123 y siguientes de la Constitución Política y los correspondientes del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

<sup>52</sup> La Asamblea Legislativa a través de la norma permisiva número 124 de la Constitución Política, puede crear Comisiones con Potestad Legislativa Plena para conocer y aprobar determinado tipo de Proyectos de Ley, sin embargo, este procedimiento es una delegación limitada de tal forma que estas comisiones no varíen mediante enmiendas el contenido del texto que se les confió para su trámite. El artículo de la Carta Magna indica en lo que nos interesa: *"La Asamblea nombrará las comisiones permanentes con potestad legislativa plena, de manera que su composición refleje, proporcionalmente, el número de diputados de los partidos políticos que la componen. La delegación deberá ser aprobada por mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea, y la avocación, por mayoría absoluta de los diputados presentes.*

*El Reglamento de la Asamblea regulará el número de estas comisiones y los procedimientos que se aplicarán en estos casos."*

Estas regulaciones se encuentra dentro del Reglamento de la Asamblea Legislativa, básicamente en los artículos 160 y siguientes, bajo el Capítulo IV del Reglamento mencionado: "Trámite en las Comisiones con Potestad Legislativa Plena."

Cabe indicar que actualmente la Asamblea Legislativa cuenta con tres Comisiones con potestad legislativa plena, el proyecto de ley 13784, fue delegado para su discusión por un período determinado a la Comisión con potestad legislativa tercera.

<sup>53</sup> La Sala Constitucional indicó las innovaciones propuestas: *"3.-Reformar los artículos 156, 157 y 158 del Código Penal. 4.-Derogar del mismo Código Penal las siguientes disposiciones: los incisos 7 y 8 del artículo 93 el artículo 92 los artículos 163, 164, 165 y 166."*

<sup>54</sup> *1.- Adicionar al Código Procesal Penal un inciso e) al artículo 18, por el que se establece como delitos de acción pública perseguibles a instancia privada: "e) la violencia emocional, la restricción a la autodeterminación, la coacción y las ofensas, contemplados en la Ley de penalización de la violencia contra las mujeres." 2.- Adicionar al Código Procesal Penal un inciso d) al artículo 239, sobre la procedencia de la prisión preventiva cuando: "d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. El juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien mantenga o haya mantenido una relación de poder o de confianza"*

<sup>55</sup> *5. Adicionar un artículo 40 bis al Código de Familia según el cual: "Los bienes adquiridos de otra forma que no sea por título gratuito o por causa aleatoria durante el matrimonio o la unión de hecho, deberán inscribirse como bienes patrimoniales, y solo podrá disponerse de ellos con*

*“Todas estas adiciones tienen carácter innovativo y constituyen una violación sustancial no solo del artículo 124 – constitucional-, por incompetencia de la Comisión con Potestad Legislativa Plena Tercera al excederse de los límites establecidos en el acto delegante por parte del Plenario Legislativo, sino, además, por romper el principio de conexidad y exceder, también, el propio derecho de enmienda de los diputados.”*

Al limitarse a resolver sobre esta inconsistencia, la Sala Constitucional nuevamente no entra a pronunciarse sobre los cuestionamientos concretos que promovieron la consulta legislativa, con lo que se demuestra la intención del Tribunal de alargar o simplemente despreciar el tema de fondo.

A esta opinión consultiva, posteriormente se le requirió aclaración; concretamente para que se refiriera a la existencia real del vicio detectado, pues el diputado que solicitó la aclaración, sostenía que los excesos al texto delegado no existieron. Frente a ello, se dicta la resolución número: **3175-2002**, de las nueve horas con cincuenta y seis minutos del cinco de abril de dos mil dos; dentro de la cual, en breves líneas, los magistrados reiteran el carácter innovador de las modificaciones con respecto a los contenidos, que se habían dispuesto en la delegación a la Comisión Permanente con Potestad Legislativa Plena Tercera.

Se detecta fácilmente como en las anteriores resoluciones, la reiteración en la ausencia de un análisis sobre los temas de mayor interés por parte de los legisladores; es decir, sobre asuntos de contenido sustancial del proyecto en sí mismo, tanto de su carácter como propuesta normativa (para ese momento), así como de su condición de ley penal especial.

Estas materias fueron finalmente analizadas dentro de la respuesta consultiva de constitucionalidad en la sentencia número **3441-2004**, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

---

*la firma de ambos miembros de la pareja, salvo acuerdo mutuo debidamente firmado por los dos, el cual deberá constar en la escritura de adquisición.”*

Para esta oportunidad los planteamientos legislativos fueron entre otros: el quebrantamiento del *Principio de Conexidad*<sup>56</sup>, referido a la propuesta de incluir un inciso d) al Artículo 239 del CPP y de esta forma, sumar una circunstancia más para el análisis sobre la procedencia o no del dictado de prisión preventiva<sup>57</sup>. También se alega la infracción al Principio de Igualdad y al Principio de Legalidad Penal. Además, se acusa una doble regulación en materia de tipo penales pues refieren al paralelismo con los del CP vigente. Finalmente, mencionan el carácter desproporcionado de las penas del proyecto de ley, entre otros aspectos.

El Tribunal Constitucional, revisó los puntos cuestionados y determinó que en relación con el Principio de Conexidad, no existía tal vicio, pues la inclusión de normas procesales no afectaba el contenido ni la finalidad de la ley propuesta.

Posteriormente, en un acápite titulado: “*Sobre el fondo*”, la Sala Constitucional emprendió la tarea de revisar y analizar los lugares de principal enfrentamiento entre los grupos opositores y promotores del proyecto de ley<sup>58</sup>; iniciando esta labor con el Principio de Igualdad. Para esto determinó la

---

<sup>56</sup> El Principio de Conexidad, se refiere dentro de la labor legislativa, a la doble existencia de un derecho de iniciativa, en el sentido de presentar para su discusión y aprobación como ley de la República, diversos temas y por su parte el derecho de enmienda, que permite a los diputados como representantes del pueblo tomar esas propuestas, para su discusión y efectuarle mediante las mociones, determinados cambios dentro del ambiente normal de discusión de la Asamblea Legislativa; sin embargo, estas modificaciones no pueden ser tales que anulen completamente el derecho de iniciativa y tampoco éste puede ser absoluto al grado de no permitir modificaciones, según las conveniencias de los distintos partidos políticos representados en el Congreso; por lo que el Principio de Conexidad, pretende guardar una especie de equilibrio entre propuesta y cambio.

<sup>57</sup> El contenido de esta disposición, se logró mantener durante el resto del proceso de formación de la Ley No. 8589, por lo que actualmente se encuentra vigente en su Artículo 45, y en el Artículo 239 del CPP, como su objeto de adición.

El Artículo 45 de la Ley 8589 indica: “*ARTÍCULO 45.- Adición al Código Procesal Penal. Adiciónase al artículo 239 del Código Procesal Penal el inciso d), cuyo texto dirá: “Artículo 239.- Procedencia de la prisión preventiva. d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.”*”

<sup>58</sup> Al respecto debe reconocerse que finalmente el Tribunal Constitucional se dio a la tarea de tratar el tema de fondo planteado por los diputados y diputadas de la Asamblea Legislativa; resolución que fue redactada por el Magistrado Arguedas Ramírez, y de la cual se percibe que existió un interés por parte del Juez, en estudiar los temas de género, y así, dictar una decisión informada.



viabilidad de regular la materia de violencia contra la mujer, por medio de una ley penal especial. En este sentido, el Magistrado Arguedas Ramírez indicó que:

*“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.”*

Al responder este cuestionamiento, recuerda que el Principio de Reserva de Ley (Artículo 39 de la Constitución Política), fiel limitante en materia penal no implica una “reserva de código”, es decir, este principio no ordena que toda materia que se pretenda regular por medio del Derecho Penal, deba hacerse dentro del mismo cuerpo normativo del CP; pues el carácter de especialidad que poseen ciertos temas, obliga a regularlos por medio de normas separadas al Código. Dicha decisión recae entonces, en criterios política criminal propios de los legisladores. En razón de lo anterior, el Tribunal Constitucional no estima que el principio en estudio se vea lesionado tal y como lo alegan los/as diputados/as consultantes.

El Magistrado Arguedas Ramírez, concluyó en este punto, que mediante la regulación penal sobre la violencia contra las mujeres, el Estado costarricense procedió a cumplir con los compromisos adquiridos internacionalmente a través de las convenciones antes citadas. Y a su vez, al cumplir con esas obligaciones por medio de la creación de una ley especial, reconoció el carácter de especialidad de la materia regulada contemplada por la normativa internacional: “[...] 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.”

A pesar del reconocimiento que el Magistrado Arguedas hizo, debe indicarse que la existencia o no de una ley penal especial contra la violencia de género, no se basa simplemente, en el cumplimiento de las responsabilidades por parte del Estado a nivel internacional, para satisfacer las exigencias de las convenciones internacionales que reconocen los Derechos Humanos de las mujeres, es decir, en este caso la Sala Constitucional se queda corta, pues su análisis es superficial y limitado a simples criterios técnico jurídicos del Derecho Internacional Público; sin reconocer los fundamentos que tiene una ley de este corte dentro de la sociedad.

Los Jueces Constitucionales analizaron el proyecto de ley a la luz del Principio de Legalidad Penal, ante lo cual resolvieron que el proyecto no delimitaba de manera suficientemente clara y concisa, el ámbito de aplicación de la norma (Artículo 3), lo que consecuentemente, acarrea la inconstitucionalidad de todos los demás artículos, toda vez que el numeral cuestionado al encontrarse en la parte general del proyecto de ley, se proyectaba hacia todos los demás:

*“Ahora bien, dada la especial relación existente entre el artículo 3 y las restantes normas del proyecto, particularmente, las que se estructuran como tipos penales en su Parte Especial, y en cuyo texto se hace expresa remisión a esa norma general, la inconstitucionalidad constatada en dicho artículo, por infracción del principio de tipicidad penal, afecta de tal forma a los tipos penales de la ley que provoca también su inconstitucionalidad [...]”.*

En otras palabras, las ambigüedades que se detectaron en los conceptos como “*asimetría*”, “*dominio*”, o “*control*” (términos incluidos en el texto del artículo de referencia), derivaron una inconstitucionalidad que se hacía extensiva a todos los tipos penales de la Parte Especial del proyecto de ley, ya que el Artículo 3 establecía parámetros oscuros (que aumentaban las posibilidades de interpretación jurisdiccional, y por ende, de ejercicio del poder punitivo), para restringir el ámbito de la aplicación de la norma en cada caso concreto.

Con respecto a estos conceptos calificados como oscuros, se reitera la crítica realizada a la pérdida de la frase “*relaciones de poder y confianza*”, por cuanto se considera que son términos que si bien es cierto, presentan un grado de amplitud en su significado, pudieron haberse mantenido pero con la condición de ser debidamente conceptualizados dentro del mismo texto de la norma, incluso acudiendo a otras ciencias sociales para realizar tal labor, disciplinas tales como la sociología, la psicología social, y los estudios de género y masculinidad. Esa pérdida se constituyó en una limitación por parte de la ley, en el reconocimiento de las específicas características de los contextos en los que se ven envueltas las mujeres-víctimas de violencia.

Por otra parte, la Sala Constitucional examinó aspectos menos centrales (para los efectos de este trabajo de investigación), como lo sería la determinación de la naturaleza de la acción penal (sea pública o privada), en el que concluyó que dichas discusiones atañen únicamente a la labor del legislador, quien se encarga autónomamente de ejercer la política criminal, siempre y cuando el ejercicio de sus tareas no rebasen los límites constitucionales.

Por otra parte, esta sentencia cuenta con dos votos salvados<sup>59</sup>, así como con dos notas separadas que fueron redacción del Magistrado Luis Paulino Mora Mora<sup>60</sup> y del Magistrado Luis Fernando Solano Carrera<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> El primer voto salvado (que se constituye de mayor interés para los temas centrales tratados el segundo corresponde al de la Magistrada Calzada Miranda) corresponde al de los Magistrados Luis Fernando Solano Carrera, Ana Virginia Calzada Miranda y a Adrián Vargas Benavides, quienes básicamente manifiestan que no existe una violación al Artículo 39 constitucional, puesto que el empleo en la disposición legal, de conceptos que requieran por parte del juez un grado de apreciación, no violan el Principio de Legalidad.

<sup>60</sup> El Magistrado Mora Mora resume su opinión al redactar las siguientes palabras: “[...] *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 [...] 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.*”

Se estima que el Magistrado Mora Mora, con sus palabras alude a la utilización del concepto de “*hombre medio*” (apelando a la neutralidad con la que supuestamente deben

respectivamente; dentro de las cuales se defienden y debaten las ideas centrales que se trataron en la sentencia, es por ello que es fácilmente detectable una bifurcación de criterios en esa instancia jurisdiccional, que se seguirá reflejando en el resto de sus resoluciones.

Posteriormente, luego de realizadas las modificaciones respectivas al proyecto de ley, éste nuevamente es blanco de consulta ante la Sala Constitucional, la cual resuelve mediante la sentencia número **1800-2005**, de las dieciséis horas con veinte minutos del veintitrés de febrero de dos mil cinco.

En esta resolución se aclaran las dudas de algunas/os diputadas/os, referentes a un posible quebrantamiento del Principio de Igualdad (por brindar protección únicamente a las mujeres), del Principio de Legalidad Penal (al considerarse que la redacción de los tipos penales estaba cargada de indeterminaciones y tipos penales abiertos), de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad de las Penas (pues manifiestan que los montos de las penas son desproporcionados en relación con las afectaciones a los Bienes Jurídicos tutelados); así como del Principio de Enmienda dentro del trámite

---

cumplir las normas jurídicas), en el sentido de que alude a un ser humano (hombre) cuyas afectaciones trascienden la familia, la edad y la condición económicas entre otras. Este concepto ya fue criticado en el Capítulo I, cuando se aludió a la discriminación de la cual eran objeto las mujeres por parte del Derecho, cuando se apelaba a la supuesta neutralidad en el ordenamiento jurídico, pero realmente esta pretendida neutralidad hace referencia a un modelo masculino.

De las palabras del Magistrado Mora Mora se extrae una resistencia por su parte a la problemática de género, mientras que:

*“Atacar la violencia intrafamiliar **no es solo atacar un problema en sí, dramático y serio** (como lo plantea el Magistrado Mora Mora); **es poner en entredicho las bases mismas del patriarcado, en lo real y en lo imaginario.** Tiene que ver con modificar las condiciones objetivas de existencia y con los esquemas cognitivo afectivos que mueven la subjetividad de los varones. No es solo modificar conductas o cogniciones, sino también tener **las herramientas idóneas para cuestionar los significados que el patriarcado otorga**, según los lugares de género que cada cual ocupe.”* (Salas, 2002: 30) (El subrayado no es del original).

<sup>61</sup> En esta nota separada el Magistrado Solano, refina algunas ideas que dejó incorporadas en la redacción del Voto Salvado, entre otras:

*“Por lo demás, tengo claro que el proyecto consultado constituye un paso trascendental dentro de las posibles acciones del Estado para enfrentar la ya alarmante –o desenfrenada– violencia contra las mujeres y por eso también es un buen síntoma que la Sala Constitucional haya estimado que una legislación especial en esta materia no atenta contra ese concepto de igualdad, que tradicionalmente se ha utilizado de manera equívoca y a veces tan trágica. Con ello, el legislador está reconociendo una realidad muy seria, cuyas víctimas son mayoría social, y a partir de allí ha pretendido construir unos instrumentos de protección que a mi modo de ver se avienen con la finalidad que se pretende satisfacer.”*

legislativo y la violación del derecho fundamental de la familia (pues se alegó que se daba una expulsión injustificada de los miembros varones de la familia).

El Tribunal Constitucional anuncia que no resolverá en relación al Principio de Igualdad, puesto que ya lo había hecho mediante la sentencia número 3441-2004. En lo referente a la afectación de la unidad familiar, esta Autoridad indicó que el fin mismo del proyecto de ley y de las sanciones propuestas correspondía al:

*“[...] mantenimiento de la unidad familiar y de la integridad de los miembros de la familia, no agresores. Casualmente en protección de la seguridad y tranquilidad del grupo se posibilita la expulsión del agresor, quien es la figura disociadora que altera la forma armoniosa en que deben realizarse las relaciones en el ámbito familiar.”*

La respuesta contenida en la cita anterior, es criticable en el sentido de que los magistrados de forma expresa mantienen el criterio del *“familismo”*<sup>62</sup> (Facio, 1999); toda vez que pasan al segundo plano e invisibilizan la violencia contra las mujeres, puesto que consideran que la tutela del proyecto de ley tenía como fin primordial el mantener la unidad familiar, y proteger su integridad, dejando de lado los Derechos Humanos de las mujeres como seres independientes de sus familias.

Esta forma de pensamiento cae en dos graves errores: 1) El primero consiste en obviar o invisibilizar a la mujer como un ser independiente (como sí se hace con los hombres), con necesidades particulares que exigen un reconocimiento especial, y por ende, la creación de normativa que permita posicionarlas en un nivel de equidad con los hombres. Y, 2) Este tipo de pensamiento produce la conservación del tipo de estructura de familia imperante en el sistema patriarcal, en el cual, la mujer se ve también **supeditada** al hombre, por lo que cualquier tutela de la mujer, se reproduce

---

<sup>62</sup> Este concepto se refiere a la asociación que se ha dado por muchos años entre los conceptos de mujer, familia, matrimonio y reproducción, entre otros; por lo que se le ve como el puente de mantenimiento de dichas instituciones, y al ser aquella lesionada, afecta consecuentemente al resto (esto claramente, cercena toda individualidad e independencia de la mujer, y le sustrae la titularidad sobre su propio cuerpo).

realmente, en la protección del núcleo familiar, para que el dominio del hombre siga imperante.

Aquí se denota claramente, que en sus análisis la Sala Constitucional relegó completamente las convenciones internacionales, puesto que en ellas se expresa de forma contundente, que la tutela de las mujeres debe realizarse en aras de permitirles su desarrollo pleno e independiente (sin vincularla a su familia como lo hace el Derecho en general –androcentrismo-), y consecuentemente, esta forma de pensamiento, rechaza la normativa que pretenda proteger a las mujeres bajo la sombra de su familia.

Por otro lado, en relación al Principio de Legalidad Penal, el Tribunal analizó nuevamente el Artículo 3 del proyecto de ley, ante lo cual resolvió que era inconstitucional por contener términos demasiado amplios y de difícil determinación, contrariando el Principio de Tipicidad. De igual forma que en la sentencia anterior, los magistrados consideraron que por encontrarse en la Parte General del proyecto de ley, su conexión con los tipos penales, afectaba la constitucionalidad de estos últimos.<sup>63</sup>

También, siguiendo el tema del Principio de Legalidad Penal, la sentencia al analizar el Artículo 23, que en ese momento regulaba el tipo penal de *Maltrato*, no detectó vicios en su construcción que implicaran roces con el principio en cuestión. Ello resulta “extraño”, por cuanto su redacción no era muy alejada de la que fue publicada por medio de la Ley No. 8589, en su Artículo 22 y que fue declarado inconstitucional por esos mismos motivos.

---

<sup>63</sup> Al respecto, resulta de interés mencionar que la Sala Constitucional, aceptó en alguna medida la necesidad de retomar el tema de la construcción y análisis por parte de la doctrina, de temas como la violencia contra las mujeres, con la finalidad de definir los conceptos y brindar claridad en la labor de aplicación: “[...] es lo cierto que la utilización de términos indeterminados produce seria dificultad para ello, sobre todo tratándose de conductas que recién interesan al legislador penalizar, como lo es el reprimir la violencia ocurrida dentro del ámbito familiar y jerárquico, respecto de las cuales no existe aún un abundante trato doctrinario y jurisprudencial que permita fijar los contenidos de los términos utilizados cuando ellos posibilitan diversas formas de interpretación. En derecho penal se ha aceptado que es posible la utilización de términos con alguna apertura, sin que ello conlleve infracción constitucional, pero respecto de conductas suficientemente analizadas por la doctrina y la jurisprudencia, en relación a las cuales el juez tendrá suficientes elementos de juicio para fijar con seguridad el contenido de la norma (por ejemplo el artículo 216 del Código Penal).”

En cambio, el Artículo 26 de ese momento, cuya redacción es igual en lo referente a la situación de hecho; y establecida en el numeral 25 de la Ley No. 8589 (que fue declarado inconstitucional), sí fue detectado su roce con la Constitución Política, específicamente por ser contrario a los requerimientos de la legalidad penal: *“Los alegatos planteados son de recibo, efectivamente los términos “insulte, desvalorice, ridiculice, avergüence o atemorice”, son de contenido muy variado, que merece precisarse para cumplir con la función de garantía de la tipicidad.”*

Por otro lado, en lo referente a las acusaciones sobre la violación al Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad ante las penas contenidas en el texto consultado, los Jueces consideraron que ello correspondía a un tema de política criminal y por ende, a la labor legislativa, el:

*“[...] hecho de que el proyecto, fije penas diversas a las señaladas en el Código para conductas similares, no es inconstitucional, pues casualmente eso es lo que se pretende con la normativa consultada [...] es posible la aprobación de una legislación especial en la materia para honrar compromisos internacionales adquiridos, para proteger de una mejor manera a la mujer de las agresiones que puede sufrir en el ámbito familiar o laboral, entre otros. Con análisis del argumento dado para solicitar la intervención de esta Sala, se concluye que las penas dispuestas en el proyecto no son irrazonables o desproporcionadas.”*

A esta sentencia se le adiciona un voto salvado de los Magistrados Luis Fernando Solano y Adrián Vargas, quienes consideraron que el proyecto de ley se apegaba en su totalidad al Derecho de la Constitución. Asimismo, se le adjuntan dos notas separadas, una redactada por los Magistrados Solano Carrera y Vargas Benavides; y otra por el Magistrado Mora Mora, en ambos casos reiteran las opiniones ya expuestas y seguidas por cada uno de ellos.

Finalmente dentro de las resoluciones emitidas por la Sala Constitucional a instancia parlamentaria, se encuentra la sentencia número **5298-2006**, de las ocho horas con treinta minutos del veintiuno de abril de dos

mil seis; en esta ocasión los magistrados resolvieron dudas sobre violaciones al procedimiento legislativo, ya que se enunciaron afectaciones al derecho de enmienda; además, se alegó el quebranto de los Principios de Legalidad y Tipicidad por parte de los tipos penales contenidos en el texto consultado, así como afectaciones al Principio de Proporcionalidad de las Penas.

El Tribunal Constitucional consideró que efectivamente se daban vicios *in procedendo*, como sería la modificación por parte de la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, de un artículo del proyecto pues le incorporó elementos novedosos, con lo que se quebrantó el Principio de Enmienda. En vista de lo anterior, los magistrados se limitaron a indicar que ello era suficiente para que los legisladores tuviesen que retrotraerse en el proceso legislativo, con la finalidad de subsanar los errores remarcados, por lo que no era necesario entrar a conocer sobre los demás extremos de la consulta.

Nuevamente cabe indicar que se adjunta a este cuerpo de la resolución, un voto salvado por parte de las Magistradas Ana Virginia Calzada y Marta María Vinocour; así como una nota separada redactada por los Magistrados Solano, Calzada y Vargas<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Resulta de interés transcribir parte del contenido de esta nota pues revela en cierta forma, la función política que cumple y reconoce la Sala Constitucional: "*En el Considerando VIII del voto 2006-05298, la Sala toma la opción de no pronunciarse sobre los aspectos de fondo incluidos en la presente consulta de constitucionalidad. Para tal decisión, la Sala se basa en que los vicios de procedimiento que encontró en la tramitación del proyecto de Ley son vinculantes, y por tanto han de ser subsanados por la Asamblea Legislativa, con lo cual no resulta necesario hacer pronunciamiento sobre el fondo del proyecto. Nuestra posición es que, ciertamente, la Sala ha utilizado esta técnica de trabajo en materia de consulta legislativa, pero generalmente cuando un proyecto se somete al escrutinio de constitucionalidad por primera vez. El caso presente, no obstante, es único en los anales de este Tribunal, pues se trata de un proyecto de ley que se remite al análisis preventivo de constitucionalidad por quinta ocasión, motivo por el cual encontramos que auto eximimos del conocimiento del fondo, ya no tiene justificación y que se debió hacer ese esfuerzo, para despejar todos los cuestionamientos que pendían sobre él.*"



### **3.- Capítulo III: La Ley de penalización de la violencia contra las mujeres y sus tipos penales, algunos razonamientos y análisis de constitucionalidad.**

Luego de un lacónico repaso por determinadas vicisitudes de lo que fue parte del trámite del Proyecto No 13.874; y una vez aprobado<sup>65</sup> como ley de la República Número 8589; su examen ahora se encamina hacia otros contornos, como es el estudio de la letra de la norma, a la luz de los Principios Constitucionales que rigen el ordenamiento jurídicos costarricense; de tal forma que su carácter de ley (y sobre todo su contenido y sus temas de regulación), se convierten en valiosas fuentes para el análisis desde las teorías existentes en el ámbito del Derecho Penal, el Derecho Constitucional como marco referente del primero, y el reconocimiento que se ha hecho a nivel nacional del Principio de No Discriminación y a la inclusión de los Derechos Humanos de las mujeres, que establecen las convenciones internacionales anteriormente mencionadas.

Sin embargo, previo a entrar de lleno en los contenidos de este Capítulo, es indispensable tener presente los desarrollos anteriores que se han hecho sobre las diversas temáticas, las cuales han logrado develar una realidad de construcción androcéntrica. Precisamente, el hecho de conocer la realidad y darse cuenta de las diversas aristas de su existencia, es el primer paso para idear sus cambios; cambios que concretamente, cuando llegan al Derecho o salen de él, repercuten amplificadamente (por su potencial regulador de la vida en sociedad como se vio) en diversas direcciones.

Igualmente como se explicó, esas transformaciones son necesarias para modificar la visión miope y androcéntrica del Derecho (alimentada por la misma estructura social); razón por la cual al reconocerse esa existencia, se procuran espacios legales con pretensiones de reconocimiento de las diferencias entre

---

<sup>65</sup> El proyecto de ley se tramitó y discutió en su primer debate, en el Acta de la Sección Plenaria número 176, del día nueve de abril de dos mil siete, y finalmente tuvo su segundo debate, dentro del Acta de la Sección Plenaria número 179, del día doce de abril de dos mil siete.

hombres y mujeres, con miras de crear una verdadera igualdad real entre unos y otras, así como una tutela de las mujeres como seres humanos y no como objetos de valía masculina.

Con todo lo anterior y estableciendo desde ya el criterio que se sigue en este trabajo, sobre la Ley No. 8589, se reconoce la necesidad de que exista una ley penal especial que asegure el resguardo<sup>66</sup> de los Bienes Jurídicos de las mujeres; este reconocimiento no sigue únicamente la superficial y limitada justificación que ha mantenido la Sala Constitucional<sup>67</sup>, la cual se centró simplemente en expresar la especialidad y especificidad de la materia, y consideró que la idea de la Ley No. 8589 y su proyecto, se constituía solamente en el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado costarricense.

La afirmación anterior no puede de ninguna manera significar que se comparta y/o se acepte la redacción de la Ley 8589, la cual como se verá más adelante, deja mucho que desear en cuanto a técnica jurídica, e incluso sobre su posibilidad de tener resistencia ante el Derecho de la Constitución. Ahora bien, dicho criterio queda claro una vez que se separa la idea precisamente de esa necesidad (que de inmediato se pasa a meditar); con la construcción y materialidad misma de la Ley No. 8589, es decir, sus tipos penales.

En definitiva, no es novedosa la existencia de los contextos en los cuales se discrimina a las mujeres, y menos aún, las limitaciones y las discordancias de las normas vigentes para procurar saldar esas situaciones, dado que sus mismas estructuras son miopes. Tal es el caso concreto del CP costarricense, el cual parte de un *“paradigma de hombre”* en su estructuración, por lo que no

---

<sup>66</sup> A pesar de su estudio posterior, es importante dejar claro desde este momento que ese “aseguramiento”, “resguardo” o “tutela” de Bienes Jurídicos le corresponde a la Constitución Política y a las convenciones internacionales de Derechos Humanos, manifestar que el Derecho Penal tutela Bienes Jurídicos, es erróneo, siendo que más bien ya los recibe tutelados por la sola importancia de aquéllos dentro de la vida social, la cual es reconocida por la Constitución y demás instrumentos internacionales. El Derecho Penal es el Derecho Constitucional aplicado. (Zaffaroni, 2000: 464 y ss).

<sup>67</sup> Concretamente expresada en la resolución dictada por la Sala Constitucional Número 3441-2004, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

se constituye en una herramienta inclusiva en su aplicación respecto a las mujeres. Frente a lo anterior, se realizó la propuesta del proyecto de la ley en estudio, el cual planteó ideas mucho más ambiciosas<sup>68</sup>, marcadas más bien por el objetivo de erradicar la violencia de género; y que, lamentablemente, concluyó en una ley que redujo considerablemente el ámbito de aplicación esperado, y con ello invisibilizó las muchas otras aristas de la problemática de la violencia de género<sup>69</sup>.

Ahora bien, la desmañada función e inadecuadas consecuencias del CP en relación con las situaciones referidas, fueron retomadas tiempo atrás con las siguientes palabras:

*“Con sus “contenidos” y con sus “no contenidos”, el código –Código Penal- contribuye a la consolidación y legitimación de la agresión contra las mujeres en la relación de pareja, como forma de organización social mediante la cual el sistema ejerce su violencia estructural contra el género femenino. Su acción al estar centrada en castigar no se constituye en una instancia que tienda a la protección de la integridad personal de las víctimas del delito.”*  
(Ballester y Monge, 1992: 214)

Todo esto ha sido parte de los motivos para la creación de una ley penal especial, que recogiera mediante regulación oportuna los diversos adeudos alegados por los grupos de lucha, es decir, el requerimiento de una protección especial. Sin embargo, esas expectativas se cubrieron en forma desacertada por una ley que dejó de ser sistemática, que tiene incongruencias y con un ámbito de aplicación restringido (Entrevista Salazar, 2009).

De igual forma, es importante llamar la atención que tampoco la opción de una ley punitiva fuera del CP, aún cumpliendo con todas las expectativas tanto de técnica jurídica, sistemática y de Perspectiva de Género, se

---

<sup>68</sup> Evidentemente se hace referencia al proyecto de ley Número 13.874, cuyas primeras propuestas de regulación eran bastante amplias cubriendo “las relaciones de poder o de confianza”, lo cual abría un espacio bastante lato, desde las relaciones sentimentales de pareja, amistad, familiar, laboral, etc.

<sup>69</sup> No se puede dejar de mencionar que el sólo nombre de “violencia doméstica”, evoca a la tendencia dualista tan fuertemente criticada por las feministas, pues aquélla es considerada como constructora de discriminaciones, y creadora de universos separados (también público-privado).

encontraría libre de falencias, puesto que se habla de un acercamiento entre los grupos de lucha y el Derecho Penal, con todas las implicaciones que ello acarrea, pues resulta casi inevitable que se infiltren los rasgos indeseables desde el terreno punitivo (sin perder de vista que siempre se debe estar alerta para evitar que eso suceda), como sería la falta de atención a la víctima y el desinterés del mismo sistema penal, en buscar los medios más adecuados y eficaces para abordar la problemática de violencia que presentan los agresores, y que el Derecho Penal enfoque sus mecanismos no a la mera sanción, sino al tratamiento eficaz de la violencia de género.

Una vez explicada la postura seguida en este trabajo, y la muy notable diferencia entre la idea de la ley penal especial contra la violencia de género y la norma con la que se cuenta en la actualidad, la Ley No. 8589; se pasará a analizar conforme al contenido de este Capítulo, los requerimientos desde la Constitución Política que deben alimentar el Derecho Penal; con lo cual desde los Principios Constitucionales más empleados tanto por las personas opositoras, como las impulsoras de la propuesta; se estudiará la conveniencia o no de la Ley No. 8589, así como la conformidad de su estructura de tipos penales con las exigencias del Derecho Penal, como la sombra más fiel de la Constitución.

### **3.1.- Título I: Fundamento del análisis del derecho penal democrático: El derecho de la constitución.**

Como se dejó brevemente señalado, el punto de inicio de un estudio del Derecho Penal en nuestro país, siempre debe ser la Constitución Política, *“como un todo sistemático”*, ese es precisamente el sentido de lo que Rubén Hernández Valle, denominó: *“El Derecho de la Constitución”*, el cual: *“[...] incluye no sólo el texto constitucional formal, sino, además, todos los principios, valores, praxis y convenciones que también integran el ordenamiento constitucional.”* (Hernández, 2004: 30).

De ahí la importancia de reconocer la ideología que se infiltra y ramifica en ese “ordenamiento constitucional”, pues será la que le brinde la dirección a ese conjunto sistemático y de esta manera, conociéndola de ante mano, se podrán anticipar los requerimientos dirigidos a la obra punitiva; así, en el Estado costarricense la misma Carta Magna reconoce expresamente su inclinación: “**Artículo 1.-** *Costa Rica es una República democrática libre e independiente.*” En definitiva, con esta declaración es que se puede determinar la forma que tomarán en la práctica normativa e institucional, los contenidos del Derecho de la Constitución.

Ese vínculo con la noción de Estado de Derecho, que permite cada vez hilar más delgado en el análisis del Derecho Punitivo al que se quiere llegar, es de suma importancia, pues refleja el valor trascendental que poseen las leyes en el funcionamiento del Estado, y del cual no se excluye la potestad punitiva; esta idea queda más clara si se tiene presente al igual que Bacigalupo que:

*“Las leyes penales son, ante todo, la expresión de una determinada concepción del Estado y de la sociedad. Por este motivo la idea del Estado cumple una función decisiva en su configuración. La idea del Estado democrático de derecho genera, en consecuencia, una determinada posición y ciertos límites para el derecho penal.”* (Bacigalupo, 1996: 29).

Ahora bien, de conformidad con el sistema del Derecho de la Constitución, las normas jurídicas son estratificadas, siendo que la Constitución Política encabeza la lista. De tal manera, las disposiciones de rango inferior que son creadas deben guardar apego a aquélla, toda vez que en caso de contrariarla serán sancionadas con su eliminación.

No obstante lo anterior, la misma Carta Magna reconoce en su artículo 7 que: “*Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes.*” Numeral que fue interpretado por la Sala Constitucional conforme a la reforma

del artículo 48 de ese mismo cuerpo normativo<sup>70</sup>, concluyendo ésta que en los casos en que el Estado aprobara instrumentos internacionales que trataran de una manera más amplia los Derechos Humanos, con respecto a la Constitución Política, aquéllos deberían ser aplicados de manera prevalente que esta última; es decir, los magistrados han dicho que un instrumento internacional que contenga Derechos Humanos tendrá el mismo valor que las disposiciones de la Constitución Política, y si ese instrumento contiene un derecho no contemplado por la Constitución, primará sobre la última. De esta forma lo hizo ver en su sentencia número. **5759-1993**, de las catorce horas y quince minutos, del día diez de noviembre de mil novecientos noventa y tres:

*“Es obvio que el gestionante parte de lo que dispone el artículo siete de la Constitución Política en el sentido de que los tratados y convenios internacionales “estén con autoridad superior a las leyes” (petitoria 1 in fine). Mas debe decirse que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional (Ley No.7128, de 18 de agosto de 1989), al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona. En el caso concreto, no obstante que la norma constitucional textualmente esté concebida de una manera, debe entenderse y aplicarse de tal forma que elimine la discriminación, particularmente a partir de aquélla reforma, pues el texto constitucional costarricense de hoy, no solamente está compuesto de normas (formas gramaticales escritas) de origen interno y externo, sino también de principios y valores, que se deben conjugar en un texto armonioso, aunque pueda parecer heterodoxo desde un punto de análisis tradicional. Esa es la trascendencia de la reforma operada en nuestro sistema jurídico, que nos distingue de otros países, y en que cualquier distinción injustificada por razón de sexo, es ilegítima.”*

Siguiendo esta línea de pensamiento, la CEDAW así como la Convención de Belem do Pará, tendrían que ser aplicadas de manera prevalente sobre la Constitución Política, por cuanto éstas tratan de manera más amplia y específica los Derechos Humanos de las mujeres (tal y como se

<sup>70</sup> **“Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de Habeas Corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.”** (Lo subrayado no es del original)

explicó en el Capítulo II); razón por la cual sus pautas deberían permear la totalidad del ordenamiento jurídico, obligando a eliminar cualquier rastro de androcentrismo y misoginia en el Derecho<sup>71</sup>.

De esta forma, si esta lógica verdaderamente hubiese ingresado en el bloque del Derecho Constitucional respecto de este tema de los Derechos Humanos de las mujeres, las convenciones referidas tendrían en efecto una aplicabilidad, por lo que precisamente se establecería la necesidad de efectuar reformas en las leyes para adecuar el ordenamiento jurídico a las condiciones igualmente diferentes en que se encuentran las mujeres y los hombres (Facio, 1996: 16), y no se partiría de un paradigma supuestamente neutral de ser humano, que tiene como resultado la exclusión de las mujeres; así tampoco, la Sala Constitucional habría realizado muchas de sus manifestaciones expuestas en las resoluciones por motivo de las consultas facultativas de los legisladores de la Asamblea Legislativa, tal y como se expuso en el Capítulo II.

Todo ello demuestra una resistencia a entrar a analizar esas necesidades y diferencias que igualmente comparten mujeres y hombres, lo que determina una falta de coherencia y en muchos casos un desinterés en buscar esa coherencia, por parte de quienes aplican el Derecho de la Constitución. De hecho en las mismas resoluciones de la Sala Constitucional (por medio de las cuales se analiza la constitucionalidad del proyecto de ley en cuestión), esa falta de coherencia es manifiesta, por cuanto ni siquiera los mismos magistrados se percatan de que estas leyes se tornan necesarias, porque el mismo Derecho existente es incapaz de satisfacer las necesidades de las mujeres, toda vez que el significado de ser humano ha excluido históricamente a las mujeres (Facio, 1996: 16).

---

<sup>71</sup> En este sentido Balaguer acusa que: *“El derecho punitivo del Estado muestra un grado bajo de efectividad en lo que se refiere a la protección de los derechos de las mujeres, porque no surge con la finalidad de proteger bienes jurídicos con la mujer, sino otro tipo de derechos vinculados a la propiedad o el mantenimiento de estructuras sociales que perpetúan la discriminación de la mujer en la sociedad.”* (Balaguer, 2005: 73) De conformidad con el Derecho de la Constitución deberían las convenciones internacionales permear así como lo hacen otras al ordenamiento jurídico por lo que el Derecho Penal, no debe caer en lo que esta autora reclama sino que debería proteger a la mujeres y hombres a partir de sus particularidades.

Así también con la necesidad de armonizar lo indicado por las convenciones sobre Derechos Humanos de las mujeres, como parte de ese Derecho de la Constitución, se resaltan como límites al *ius puniendi*, los *Principios Constitucionales* que fungen como herramientas útiles para su estudio y depuración; los cuales fueron utilizados dentro de los mismos argumentos de quienes se encontraban en contra o a favor de la Ley No. 8589, por lo que se emplean como punto de partida para desarrollar el análisis de la norma.

### 3.2.- Título II: Los Principios Constitucionales.

Son justamente los Principios Constitucionales, como parte de ese Derecho de la Constitución, y como enunciados legibles de la configuración ideológica del Estado, los que definen las creaciones dentro de la rama punitiva: *“El derecho penal, entendido entonces, como derecho constitucional aplicado [...] desarrolla por tanto un catálogo de principios establecidos en las Constituciones modernas [...]”* (Mora y Navarro, 1995: 62).

Por su parte, los límites que se logran crear van dirigidos no a entidades abstractas, sino a determinadas personas cuyas labores encomendadas por la Ley Fundamental, se verifican en medio de una constante lucha entre el *ius puniendi* y los esfuerzos de contención del mismo.

Esas determinadas personas a las cuales se les encomienda una labor tan delicada en un país como Costa Rica, no son otras que las de carne y hueso investidas como legisladoras/es y juzgadoras/es; así como las demás que desempeñan *“labores auxiliares de justicia”*<sup>72</sup>. Sin embargo, por ser la primera función indicada la de legislar, y la primera en dar cabida a la potestad estatal punitiva (en cumplimiento del Estado de Derecho, a través de las leyes

---

<sup>72</sup> También llamado Ámbito Auxiliar de Justicia, términos que se emplean en particular dentro del Poder Judicial, para referirse a las demás personas que se desempeñan como coadyuvantes en el diario desempeño de las labores que le son propias a este Poder de la República, como representantes o funcionarios dentro del Ministerio Público, la Defensa Pública y otros.



que emiten en materia penal), será en la que se van a enfocar las líneas siguientes.

Todo esto lo resumen magistralmente los Profesores Issa El Koury y Arias, cuando manifiestan:

*“El legislador costarricense, como funcionario sujeto a la Constitución Política, tiene la obligación de seguir y de cumplir fielmente sus postulados. Existen en ese texto legal una serie de principios, más que expresiones, imperativos fieles del principio de que Costa Rica es una República, estos constituyen la base teórica para que el legislador tenga conciencia de los límites que existen y de los lineamientos que deben seguirse a la hora de legislar en materia penal.”* (Issa El Koury y Arias, 2002: 35).

Una vez esbozado el ámbito de desarrollo de los próximos razonamientos, sólo queda dar una última indicación sobre los Principios Constitucionales, concretamente se hace referencia a sus más marcadas características, las cuales son concretamente delineadas así: *“Tales principios [...] están dotados también de fuerza vinculante, pero están formulados a un nivel de generalidad que permite una amplia pluralidad de opciones para la consecución o defensa de los objetivos allí previstos [...]”* (Hernández, 2004: 138).

Ese nivel de amplitud, no hace ver extraño que los mismos principios hayan y sean aún, empleados tanto por los opositores de la idea de una ley especial en materia penal, como por los contrarios específicamente de la Ley 8589; y por su parte también, por los grupos de apoyo para una propuesta, que permita cubrir en mejor forma las demandas de cobertura de los Derechos Humanos de las mujeres.

### 3.2.1.- Sección I: El Principio de Igualdad.

- **Sobre el Principio de Igualdad.**

En términos muy generales y de manera muy abstracta, Atienza se refiere a la igualdad señalando que se trata de: “[...] un tipo de relación que se da entre dos o más seres a propósito de una o de varias circunstancias” (Atienza, 2001: 174). De lo anterior, se colige que la igualdad alude a una relación entre tres elementos principales: los sujetos u objetos, una determinada circunstancia; y una/s característica/s específica/s y determinada/s que es/son compartida/s por los sujetos u objetos. Por ello es que dicho concepto es un término incompleto, por cuanto el mismo no puede ser explicado por sí mismo, sino que requiere, ineludiblemente, ser complementado por las respuestas a las siguientes preguntas: *¿igualdad entre quiénes?* e *¿igualdad respecto a qué?*

Por su parte, Pérez atendiendo a este tema expone que:

*“[...] los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común como relevante a efectos de cierta regulación y hacer abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación.”* (Pérez, 2005: 7)

Ello significa que los sujetos u objetos analizados, no necesariamente son iguales (esto es, una réplica exacta unos de otros), sino que quien analiza o juzga la situación extrae una/s característica/s que éstos comparten, por lo que los agrupa en determinadas circunstancias; es decir, la igualdad no es una particularidad que viene naturalmente dada a dichos sujetos u objetos, sino que ésta es fijada por quien analiza la situación. Es por ello que los tratamientos de igualdad únicamente pueden ser dados a los sujetos u objetos de frente a ciertas reglas que, a su vez, determinarán su igualdad.

Frente a lo anterior, Pérez indica que la igualdad se torna en una fórmula tautológica, ya que su significado por sí solo es reiterativo y vacío: el tratamiento igual se debe dar entre aquellas personas u objetos que son consideradas iguales, y las personas u objetos considerados iguales serán aquellos que recibirán un tratamiento igual:

*“Westen concibe a la “igualdad” como una idea vacía o insuficiente, que depende de categorías para comparar y de derechos asignados para poder hasta entonces hablar de igualdad o de desigualdad [...] Por tanto, la igualdad jurídicamente no significa nada si no tiene relación con algún derecho preestablecido.”* (Pérez, 2005: 11)

En este sentido, Pérez explica que la igualdad antecede los derechos, ya que en primer término debe existir la designación de las características comunes que determinen la igualdad entre los sujetos u objetos; y con posterioridad a través del derecho en cuestión, la forma en que éstos serán tratados en el caso concreto (ya sea recibiendo un beneficio o privilegio, por ejemplo). De una manera más concreta, esta enunciación puede darse por ejemplo, en el caso de la Ley No. 7600 (*“Ley Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”*), mediante la cual a ciertas personas con determinadas características (discapacidad física o mental), por medio de la equiparación de oportunidades (esto es el ajuste del entorno, los servicios, la información y la actitud de las personas, entre otros), se les pretende dar un trato igual, facilitando su acceso a las instalaciones de uso y servicio público.

Este rasgo que presenta la igualdad le permite ser considerada como un principio rector en el Derecho, toda vez que establece un criterio que deberá ser seguido en determinadas circunstancias y por cuanto: *“[...] permea al ordenamiento jurídico en su conjunto cuando unifica a los sujetos en la titularidad de aquellos derechos que –en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida –son llamados “universales” o “fundamentales”*”.

(Pérez, 2005: 15)

Por otro lado, según Arroyo la igualdad posee una noción negativa y una noción positiva. La primera, se refiere al Principio de No Discriminación,

mediante el cual se prohíbe realizar diferenciaciones sin existir un criterio razonable y objetivo que las justifique. De acuerdo con ello, Pérez considera que:

*"[...] el mandato de no discriminación, además de evitar diferencias de trato rechazables por su afectación a la dignidad humana trata de proteger a grupos desfavorecidos y discriminados, para procurarles una igualdad efectiva (por protegerles en concreto). [...] Esa prohibición representa una explícita interdicción del mantenimiento de diferenciación históricamente muy arraigadas y que han sido a sectores de la prohibición en posición no solamente desventajosa, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona." (Pérez, 2005: 113)*

La segunda noción de la igualdad según Arroyo, alude al Principio de Protección, el cual es desarrollado por medio de la creación de medidas especiales y políticas públicas que intentan crear una igualdad real entre las personas. Ésta se asocia con la igualdad material como se verá más adelante, y es la razón por la cual los autores del tema coinciden en que es imperativo, en la tarea de creación del Derecho, reconocer la existencia de las diferencias presentes con la finalidad de determinar en cuáles circunstancias es debido, requerido y justificado el uso de un tratamiento desigual, para poder generar un equilibrio entre los distintos grupos sociales. Siendo lo anterior, una de las tareas centrales del ejercicio del Principio de Igualdad: *"La igualdad en el Derecho es un principio y como tal tiene diversas funciones entre las que figuran la de cuestionar, cambiar o conservar las realidades sociales, y también de justificar la existencia de determinadas normas." (Arroyo, 2006: 35)*

En suma, tomando las consideraciones expuestas por Iguarán, el principio de igualdad se descompone en dos máximas: **1)** Si existen razones suficientes para proceder a realizar un tratamiento desigual, se deberá ordenarlo. **2)** Si no existen razones suficientes para proceder a realizar un tratamiento desigual, se deberá dar obligatoriamente un trato igual.

Esta afirmación resulta fácil de concluir, incluso obvia, dentro de los argumentos anteriormente expuestos, no obstante en la realidad, aquélla

conlleva un sin fin de discusiones, por cuanto la mayoría de las desigualdades que se presentan, por lo general, son prejuicios muy arraigados en las mentes de las personas, y han sido históricamente desarrolladas dentro de las sociedades, lo cual dificulta grandemente incluso detectarlas; lo anterior es lo que sucede en el caso de la violencia de género, tal y como se ha demostrado.

- **Igualdad formal e igualdad material.**

La igualdad formal o igualdad ante la ley se refiere al principio, muy famoso durante la Revolución Francesa, que declara que todos los seres humanos merecen ser tratados de manera equitativa, por lo que se prohíbe cualquier tipo de trato discriminatorio o desigual contrario a la dignidad humana. Éste es claramente concretado en nuestra legislación, entre otras normas, por medio del Artículo 33 de la Constitución Política, estableciendo el derecho fundamental de la igualdad.

Según Iguarán, la igualdad ante la ley supone la igualdad de los sujetos ante los poderes estatales, por lo que concibe la igualdad ante el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, y el Poder Judicial. En cuanto al primer caso, afirma que la Administración Pública debe velar porque se reconozcan y se dé un efectivo cumplimiento de las garantías de los administrados, ya sea ante el actuar de éstas, como por el de terceros. El segundo caso, la noción establece límites al ejercicio de las funciones legislativas, los cuales son de naturaleza objetiva (la creación de las normas jurídicas siempre deberán estar en estricto apego al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos) y subjetiva (deben existir mecanismos legales por medio de los cuales los sujetos puedan acceder a la Administración de Justicia, en defensa de su derecho de igualdad cuando éste sea quebrantado). Y finalmente, el tercer caso alude al respeto del Principio de Legalidad por parte de las/os funcionarias/os judiciales, ante lo cual deben ser imparciales en el desarrollo de sus labores, y evitar todo tipo de arbitrariedades.

Ahora bien, la igualdad formal no es absoluta, siendo que admite en determinados casos que se realicen tratos desiguales, siempre y cuando éstos sean justificados, razonables, proporcionales y no quebranten el sistema de los Derechos Humanos. Frente a lo anterior, surge la noción de la igualdad material, por medio de la cual los poderes públicos se valen para generar equidad<sup>73</sup> entre los distintos grupos sociales.

La igualdad material, por su parte, es el trato materialmente desigual que se crea para equiparar a aquellas personas o sectores que se encuentran en posiciones desfavorecidas respecto de otras, con el objetivo de asegurar el goce efectivo de la igualdad por parte de aquéllas. Se trata de medidas equilibradoras, que buscan erradicar las situaciones preexistentes de discriminación experimentadas por distintos grupos sociales.

Para poder crear las políticas y las medidas dirigidas a la eliminación de las discriminaciones, es importante realizar de previo una valoración de las diferencias, por cuanto es a partir de éstas que se deben formular las condiciones propicias para el disfrute de los derechos fundamentales de los sujetos, pues de lo contrario, cabe la posibilidad de que se construyan medidas cuyo objetivo sea la eliminación de la discriminación, sin embargo, sus efectos sean contrarios, lo cual devendría en un accionar contraproducente y contrario a la dignidad de las personas:

*“Otra visión de la igualdad es la valoración de las diferencias, que pretende tomarlas en cuenta y asumirlas no para oprimir y subordinar sino para potenciar y propiciar el desarrollo personal [...] este concepto necesariamente implica un término de comparación [...] Ello requiere proporcionar las condiciones necesarias para que estas diferencias se mantengan y desarrollen.”* (Arroyo, 2002: 61-62)

---

<sup>73</sup> Se entiende este concepto tal y como lo define Arroyo al indicar que: *“La equidad hace referencia al requerimiento de un trato justo, o sea que se trata de cada cual según sus particulares circunstancias. No se trata aquí igualar a nadie, sino proveer el trato y las condiciones concretas que cada quien necesita para satisfacer sus necesidades singulares o atender sus reclamos especiales. **Para el ejercicio de la equidad es imperiosa la contextualización de las decisiones, de modo que respondan a las diferencias, experiencias y condiciones de vida particulares.**”* (Lo resaltado no corresponde al original.) (Arroyo, 2002: 61)

Frente a lo anterior, y a partir de la igualdad material, se impulsa la creación de acciones afirmativas, que procuren nivelar las desigualdades históricas y producir un equilibrio entre los miembros de una sociedad:

*“[...] a efectos de erradicar las desigualdades socialmente causadas, puede ser necesaria la adopción de programas reparadores para los discriminados o desaventajados, o algún otro tratamiento diferencial con respecto a aquellos medios cuya posesión depende de condiciones sociales.” (Rodríguez, 1999: 250)*

- **En busca de un equilibrio: La discriminación positiva o inversa y las acciones positivas o afirmativas.**

Como se dijo anteriormente, los Estados en su intento de crear un equilibrio dentro de sus sociedades acuden a una serie de políticas correctoras de las desigualdades sociales, medidas tales como las “*Acciones Positivas o Afirmativas*” y la “*Discriminación Positiva o Inversa*”. Éstas intentan, como lo indica Staff:

*“[...] ofrecer un trato discriminatorio en sentido positivo a quienes, en la práctica, padecen desigualdades; pretende combatir las discriminaciones que provienen de los hábitos sociales. **Pero, en última instancia, estas acciones no serán eficaces si no van acompañadas de cambios de actitudes sociales dirigidos a erradicar la división tradicional de roles en todos los aspectos de la vida familiar y social.**”<sup>74</sup> (Staff, 2004: 62)*

Por su parte, Las Acciones Positivas o Afirmativas son definidas por Ruiz-Miguel como: “*[...] un programa público o privado diseñado para igualar los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que ha sido usadas para negarles un tratamiento igualitario.*” (Citado por Arroyo, 2006: 43)

---

<sup>74</sup> El subrayado no es del original.

Rodríguez indica que las *“Acciones Positivas o Afirmativas”*, poseen su fundamento en la justicia, vista ésta desde tres perspectivas diferentes: la justicia compensatoria, la justicia distributiva y la utilidad social.

En cuanto a la justicia compensatoria, se realiza un análisis del pasado por cuanto se alega la obligación de reparar a quienes han sufrido injurias y discriminaciones. Ello se logra ubicando a las personas lesionadas en el lugar que éstas hubiesen ocupado, en el caso de que no hubiesen existido las injusticias sufridas. Y en muchos casos no sólo significa retornar aquello que fue arrebatado como consecuencias de los atropellos a los que fueron sometidas, sino proveer otras compensaciones para que éstas puedan acceder a una posición de equidad con el resto de los miembros de la sociedad.

La justicia distributiva permite justificar este tipo de acciones, por cuanto se pretende determinar cuál es la forma más justa de distribuir los bienes y los recursos, lo cual implica tener en cuenta la forma en que se asignan los derechos, méritos y contribuciones. Asimismo, este fundamento significa que se debe crear un marco institucional oportuno, para generar el equilibrio social deseado, lo que requiere acciones de cooperación entre las instituciones públicas (y privadas) para dar una efectiva distribución y velar por el respeto de los derechos de los individuos.

Finalmente, la utilidad social se refiere a otorgar ciertos beneficios a aquellas personas que se encuentren en desventaja, siempre y cuando ello represente un beneficio para toda la sociedad. Este punto se relaciona, por ejemplo, con lo que se habló en el Capítulo I, cuando se hacía referencia a la concepción de generar equidad entre los géneros, como una forma para poder acceder a un mejor y más acelerado desarrollo social, en vista de los aportes que pueden ofrecer las mujeres al mismo.

Asimismo, Rodríguez expone que existen dos criterios fundamentales para evaluar la constitucionalidad de los programas de acciones positivas: **1)** aquél que *“presta atención a los fines, propósitos o intereses que el programa de acción positiva pretende perseguir”* (Rodríguez, 1999: 253) (criterio número



uno); y 2) el que “se concentra en la relación causal entre el programa de acción positiva y sus fines, para averiguar si tal programa es el mejor instrumento posible a los efectos de cumplir tales fines” (Rodríguez, 1999: 253) (criterio número dos):

*“El propósito de los programas de acciones positivas es “quebrar viejos patrones de segregación y jerarquía” y abrir oportunidades para mujeres y minorías que les han sido cerradas tradicional y sistemáticamente, o “cambiar los signos visibles de pasadas distinciones raciales o sexuales y, así, brindar el aliento para el proceso de dismantelar las barreras, psicológicas o de otro tipo, erigidas por prácticas pasadas”. El test de los fines requiere no sólo un propósito restaurador de erradicar una desigualdad manifiesta sino también prescribe que debe existir suficiente basamento en la evidencia para creer que esta acción reparadora es necesaria.” (Rodríguez, 1999: 253)*

Además de los dos criterios para determinar la constitucionalidad de las acciones positivas, se considera apropiado agregar uno más que es establecido por el artículo 1 de la CEDAW, cuando indica que los mecanismos jurídicos adoptados por los Estados no pueden generar *discriminaciones indirectas* (Arroyo, 2002), esto es que se genere un trato diferenciado a los otros grupos de personas, que les causen consecuencias desiguales y perjudiciales (criterio número tres) como sería el caso tal y como se verá en los apartados siguientes de este Capítulo, cuando se realice el análisis de los tipos penales de la Ley No. 8589.

Por otro lado, la “*Discriminación Positiva o Inversa*” se refiere a la implementación de un grupo de acciones positivas o afirmativas que se aplican (de manera más incisiva), a favor de un grupo de personas específico, las cuales son discriminadas dado a determinadas características inmodificables (como el sexo), y que son valoradas de forma negativa por el resto de la sociedad. Son medidas adoptadas de manera temporal, toda vez que se implementan con la finalidad de regular situaciones de escasez para dichos grupos marginados.

En cuanto a la diferencia entre las medidas mencionadas (“*Acciones Positivas o Afirmativas*” y “*Discriminación Positiva o Inversa*”), Acale manifiesta que:

*“[...] acciones positivas y medidas de discriminación positiva tienen el mismo objetivo de luchar contra la desigualdad real de unos colectivos frente a otros, si bien, con las primeras, se reconoce una serie de derechos, pero a su vez no causan unos perjuicios paralelos al resto de colectivos; por el contrario, las medidas de discriminación positiva sí causan ese perjuicio paralelo por lo que en tanto en cuanto son causas de discriminación directas, han de ser empleadas con exquisito cuidado para no violar el principio de igualdad jurídica.” (Acale, 2006: 94)*

Ahora bien, en relación con el tema de la violencia de género, Arroyo indica que la adopción por parte de los Estados de este tipo de medidas, representa un ataque importante al sistema patriarcal, por cuanto devela un “despertar” por parte de la sociedad en el reconocimiento de la existencia de este mal estructural:

*“La aceptación de estas acciones supone: a) el reconocimiento de la discriminación en contra de las mujeres por su condición de género, b) el cuestionamiento al concepto de igualdad formal y la necesidad de tales medidas para llegar a la igualdad material y la valoración de las diferencias, c) el reconocimiento que el punto de partida entre hombres y mujeres no es el mismo, d) la existencia de relaciones de poder desigual y e) la aprobación de que estas medidas deben estar dirigidas tanto al ámbito público y privado.” (Arroyo, 2006: 43).*

En razón de lo anterior, la autora referida considera que una de las soluciones principales para eliminar la discriminación contra las mujeres es la supresión de las normas androcéntricas, y la creación de otras que no partan de un concepto supuestamente neutral de ser humano –hombre como paradigma (como se indicaba en el Capítulo I) –sino que tomen en cuenta las diferencias que existen entre hombres y mujeres<sup>75</sup>:

---

<sup>75</sup> Incluso la autora firma que el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo se complementa de dos derechos subjetivos: el primero que se refiere al impedimento de las discriminaciones directas, esto es, aquellas que se derivan expresamente de la aplicación de las normas o actos estatales, por lo que se da un tratamiento desigual injustificado entre

*"[...] la igualdad, al ser reflexionada desde un contexto de género, se torna compleja: entra en juego el poder y, por lo tanto, el imperativo de erradicar los privilegios tradicionales masculinos aceptados como naturales y, hasta el momento, legitimados por el Derecho, de modo que se consolida un sistema construido alrededor de sus características sociales y físicas." (Arroyo, 2006: 36)*

En suma, y como se denotará en el siguiente apartado, para que exista una verdadera igualdad entre hombres y mujeres, se requiere necesariamente la *deconstrucción* del mismo principio de igualdad, por cuanto éste primeramente, debe reconocer y ajustarse a las diferencias existentes entre unos y otras. Sin embargo, dicho reconocimiento requiere de un cambio importante de la estructura social, y de la derrota del sistema patriarcal imperante.

En razón de lo anterior, las medidas expuestas son creadas con base en los lineamientos de las Teorías de la Perspectiva de Género, y procuran generar un mayor equilibrio social; es aquí donde la Ley No. 8589 toma su lugar, y se posiciona como objeto de estudio para determinar si se constituye en una herramienta adecuada y apegada al Derecho de la Constitución y a las Teorías de la Perspectiva de Género, para la lucha en contra de la violencia de género.

- **¿Son las leyes de corte penal especial contra la violencia de género acciones positivas o afirmativas en el ordenamiento jurídico? Críticas y aportes a la ciencia jurídico-penal.**

Tal y como se ha venido mencionando, el Derecho siendo una institución propia de la estructura social patriarcal, se crea siguiendo pautas androcéntricas y misóginas, por lo que deviene en discriminatorio para las mujeres, en razón de que olvida las particularidades que ellas poseen, a diferencia de cómo sí lo hace respecto de los hombres.

---

hombres y mujeres (prohibición de discriminación directa). Y el segundo, la prohibición de discriminación indirecta, que se refiere a: *"[...] aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, pero los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo."* (Arroyo, 2006: 42).

Frente a lo anterior y en aras de corregir ese contexto de discriminación en contra de las mujeres, las/os estudiosas/os de esta materia, proponen la creación de tipos penales específicos para el tratamiento por parte del Derecho Penal de las situaciones particulares de violencia de género; acciones que ya se han ido asumiendo en otros países, como se vio con las leyes de esa orientación en el caso de España.

Sin embargo, existe una serie de críticas que atacan la idea de la ley penal especial contra la violencia de género; cabe destacar la importancia de retomar estas críticas para desvirtuarlas, y así afinar la postura que se mantiene en esta investigación.

Se clasificaron las críticas en cuestión en dos grupos: **1)** aquellas que atacan el prototipo de ley que se apoya, alegando que es contrario al Principio de Igualdad. Y, **2)** las que igualmente se oponen a ese prototipo, pero sus argumentos refutan subrepticamente al sistema penal.

Dentro del primer grupo se encuentran expresiones como las siguientes:

*“[...] «el mero dato criminológico o estadístico de que los casos de violencia sobre las mujeres sean más frecuentes que los casos de violencia sobre los hombres no justifica en absoluto un trato dogmático diferencial cual es el de castigar de manera más agravada al hombre agresor que a la mujer agresora», sino que – en todo caso –aconseja que dicha «desigualdad o desequilibrio social» se combata sociológicamente con otros específicos medios, a saber: medidas de prevención, planes educativos de sensibilización, precisa información mediática, ayudas económicas y sociales, etc.” (Polaino, 2006: 695)*

Este tipo de posturas minimizan la realidad de la violencia contra las mujeres, ya que mediante estas acciones positivas no se pretende que dichos comportamientos sean considerados más reprochables, sino que lo que se desea es traer a la superficie la gran parte del “iceberg” que la sociedad y el Derecho se han encargado de sumergir por muchísimos años, en una normalidad patriarcal. Una vez mostrado el problema, la tarea de este prototipo

de leyes penales especiales contra la violencia de género, continúa con el desmantelamiento de la problemática que se venía ocultando.<sup>76</sup>

Por otro lado, también el Magistrado Mora Mora, retomando sus ideas expresadas en su voto salvado a la decisión mayoritaria de la resolución número. 3441-2004, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo del dos mil cuatro, criticó que:

*“[...] la violencia social no respeta fronteras de ningún tipo, incluidos a 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.”*  
(Mora, 2007: 56)

Contrario a lo que se expone en la cita anterior, se considera que sí es recomendable que el prototipo de ley penal especial contra la violencia de género, proteja de manera particular a las mujeres, ya que el mismo se crea con la finalidad de reconocer, e intentar corregir, las circunstancias en las que se encuentran las mujeres que son agredidas. El incluir otros grupos sociales que también son vulnerados en este sentido, anularía la finalidad de la norma, tal y como lo indica Balaguer:

*“A diferencia de otras conductas delictivas, la de violencia de género tiene dos características propias que justifican la especificidad de los tipos. La primera es la raíz del delito. La violencia de género está originada por una estructura histórica de poder, el poder patriarcal, que genera esa forma de dominación. La segunda es que este delito nunca es puntual sino que viene determinado por un proceso, que tiene una evolución en el tiempo, y que es susceptible, a diferencia de otros tipos penales, de tratamiento sanitario, educacional o asistencial. Estas dos notas que califican la violencia de género pueden justificar la constitucionalidad de un tipo especial de delito.”* (Balaguer 2005: 172).

---

<sup>76</sup> Se debe recordar que el criterio de seguir simples datos estadísticos para la creación o no de leyes penales especiales contra la violencia de género es una forma de reducir la problemática a meros números, razón que fue tocada en el inicio del Capítulo I de este trabajo

Finalmente, otra objeción al argumento expuesto por el Magistrado Mora Mora, consiste en que al apelar a que el legislador construya tipos penales mirando a la víctima como ser humano, y no según su sexo, se caería nuevamente en la visión miope y androcéntrica que se ha venido criticando a lo largo de este trabajo, la cual no logra desvincular a la mujer de la familia, impidiendo su reconocimiento como ser humano independiente:

*“La vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón –al amparo de las pautas culturales dominantes –para mantenerla bajo su control absoluto». Su finalidad (de la Ley 1/2004) no es otra que la de separar las respuestas penales frente a la violencia de género y doméstica en la medida en que entiende que se trata de proteger bienes jurídicos distintos.” (Acale, 2006: 77)<sup>77</sup>*

Conforme a la clasificación de las críticas, en el segundo grupo se exponen consideraciones tales como las siguientes:

*“[...] nadie puede creer seriamente que su discriminación sea resuelta por el mismo poder que la sostiene, o que un mayor ejercicio del poder discriminante resolverá los problemas que la discriminación ha creado. Su ocasional instrumentación debe ser evaluada teniendo en cuenta el riesgo de su uso táctico: que no se vuelva en contra. [...] La pregunta clave parece ser en casi todos los casos, si las personas discriminadas pueden usar del poder punitivo, o bien, qué otra cosa pueden hacer frente a la flagrante victimización. La respuesta no puede ser ni jurídica ni ética, sino simplemente táctica. Sin duda que nada impide que lo hagan y en ello no radica el problema, sino en que ese uso no signifique más que un recurso táctico coyuntural, o sea, que ese uso no se convierta en un fortalecimiento del mismo poder que las discrimina y somete [...]” (Zaffaroni, 1993: 99).*

Este tipo de críticas<sup>78</sup> si se revisa bien su sentido, no van dirigidas en contra del prototipo de ley en cuestión, aunque así se pretenda exponer, sino que realmente lo que atacan es el sistema penal mismo existente. En vista de

<sup>77</sup> Debe quedar claro que la autora se refiere a la diferenciación entre bienes jurídicos de la familia como un grupo integral, y la mujer como dueña de su propio cuerpo.

<sup>78</sup> Que igualmente comparte Elena Larrauri en sus obras tituladas; “¿Se Debe Proteger a la Mujer contra su Voluntad?” (2005), “La Mujer Frente al Derecho” (n.f.) y “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?” (2008).

ello, realmente no es que el prototipo de ley sea inadecuado para luchar en contra de esta clase de problemática, sino que su existencia pretende corregir las falencias ya mencionadas que presenta el mismo ordenamiento penal. Este segundo grupo de críticas “satanizan” la utilización de este tipo de leyes, al exponer solamente elementos negativos que son achacables al sistema penal mismo, pues precisamente se dirigen en última instancia a los problemas que el mismo posee, con ello se crean mitos que inhiben la posibilidad de acceder al Derecho Penal como una alternativa más para las mujeres-víctimas.

Por último, se ha criticado que la aplicación de las normas se dificulta ya que existe lo que se ha considerado como una “*barrera externa*”, en el sentido de que la aplicación de la ley se ve afectada por las secuelas que el ciclo de violencia provoca en las mujeres, y conlleva a que éstas retiren las denuncias, afectando la investigación de los delitos y consecuentemente, la aplicación de la norma, ya que sus declaraciones en muchos casos, fungen como la única y elemental prueba (Entrevista Salazar, 2009).

Ahora bien, es fácil debatir estos argumentos si se fija la mirada en que el ciclo de violencia no puede dejar de existir, precisamente porque es parte de la realidad en la que se encuentran viviendo las mujeres víctimas, a las cuales no se les puede exigir adecuarse al sistema penal, sino que más bien, es éste el que debe moldearse a los requerimientos de la realidad de las personas víctimas de la violencia, por supuesto sin dejar de lado los principios orientadores del Derecho Penal.

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se considera que el Derecho Penal tal y como está planteado en la actualidad, se torna en un instrumento incapaz de satisfacer las necesidades de las mujeres que son agredidas por sus parejas, y de retribuirles adecuadamente ante los daños y las lesiones que sufrieron a causa de los comportamientos delictivos:

*“El Derecho Penal costarricense obvia la relación de dependencia afectiva y/o económica que existe o existió entre agresores y víctimas y el hecho de que la integridad de éstas se*

*encuentra constantemente amenazada porque se efectúa en el lugar de convivencia.” (Ballester y Monge, 1992: 212)*

Por ello es que la idea de una ley penal especial contra la violencia de género<sup>79</sup>, se convierte en una posible acción positiva que podría adoptar el Poder Legislativo para lograr el equilibrio entre hombres y mujeres, ante la falta de un trato equitativo e inclusivo por parte del CP y el Derecho en general y androcéntrico. Para lograr ese equilibrio, aquélla debe tomar como punto de partida una serie de características que presentan las mujeres, que se encuentran sumidas en las circunstancias de violencia en las relaciones interpersonales, a saber: las relaciones de poder de tipo abusivas.

De esta manera, un tipo de ley como el descrito, toma la posición de acción positiva por cuanto se pretende con ella que las mujeres recobren su cuerpo<sup>80</sup> y su vida misma, dándoles la oportunidad de desarrollar plenamente su propia vida y sus potencialidades como ser humano, estableciendo los mecanismos necesarios para que ellas puedan disfrutar de manera absoluta todos sus derechos (Acale, 2006: 96), de tal forma que las afectaciones que las parejas comentan en su contra, se sancionen por lesionar su integridad física, psíquica, sexual o patrimonial; a diferencia de como lo hace el CP al sancionar de manera agravada este tipo de conductas, castigando realmente la lesión a la integridad familiar (considerando a la mujer como un objeto dependiente de su familia-“*familismo*”). Lo anterior se ilustra en las siguientes palabras:

*“El Código Penal al contemplar como circunstancia calificante el vínculo matrimonial o concubinario entre autor y víctima para los delitos de homicidio, lesiones, agresión con arma*

---

<sup>79</sup> Lo ideal sería la creación de una ley no solamente penal especial contra la violencia de género que sea inclusiva en el tratamiento hacia la mujer-víctima y al agresor, sino que también cumpla con los principios constitucionales que le son exigidos como construcción punitiva.

<sup>80</sup> En este sentido Arroyo afirma que: *“Las acciones positivas encuentran su fundamentación, según mi parecer, en los argumentos de autores como Garzón Valdés, Nino, Hart, Rawls, al referirse a la necesidad de los deberes positivos generales. Desde diferentes perspectivas, sostienen la necesidad de extender la autonomía de la voluntad de los sujetos hacia el logro de sus planes de vida. Para esto se justifica restringir la autonomía de unos con el propósito de ampliar la de muchos. Por supuesto siempre que la autonomía del tercero obligado no disminuya hasta un nivel inferior al del grado de autonomía del titular del derecho. En esta misma línea argumentativa, se plantea la necesidad de maximizar la situación de los que menos tienen, con políticas que aumenten su autonomía, con los límites antes señalados.”* (Arroyo, 2002: 79-80)



*y privación de libertad, establece una mayor tutela de las instituciones del Matrimonio y la Familia y no de la integridad personal de las víctimas del delito.”* (Ballesteros y Monge, 1992: 208-209)

Teniendo presente las carencias implícitas del CP para constituirse en una ley penal especial contra la violencia de género con carácter inclusivo, que se preocupe por una adecuada descripción de conductas que afecten no sólo a los Bienes Jurídicos de los hombres, es que surge la necesidad precisamente de normas más inclusivas, que brinden el necesario tratamiento no sólo a las víctimas, sino también a los imputados: *“Todo ello no significa ponerse como objetivo la creación de dos sistemas normativos, uno vigente para los varones, otro para las mujeres, sino la deconstrucción, en cambio, de la estructura normativa tradicional [...]”* (Pitch, 2003:263).

Este tipo de leyes penales especiales contra la violencia de género, se constituyen en acciones positivas, toda vez que toman igualmente las diferencias de las mujeres y los hombres, y reconceptualizan los tipos penales a partir de los lineamientos básicos de las Teorías de la Perspectiva de Género, con la finalidad de dar un verdadero reconocimiento a la situación vivida por las mujeres agredidas.

En el caso de la Ley No. 8589, no se logra esa equidad, porque como ya se indicó en el Capítulo II, quienes promovieron el proyecto de ley renunciaron a uno de sus mayores aportes, en aras de que el proyecto fuese aprobado, precisamente cuando se eliminó la frase de *“relaciones de poder y confianza”*, sin que previamente se intentara concretizar su contenido; pues este concepto como ya se ha dicho, permitía ver a la mujer dueña de su cuerpo y vida, alejándola de cualquier estereotipo del *“familismo”*.<sup>81</sup>

En razón de las consideraciones que se han expuesto líneas atrás, es que se apoya la creación de leyes penales de este corte, pues en Costa Rica se admiten dado que se establece tanto en la CEDAW como en la Convención

---

<sup>81</sup> Concepción de la mujer como un anexo de la familia, y no como ser independiente, de ahí que la mujer no sea reconocida simplemente como ella misma sino como madre, abuela, esposa, etc.

de Belem do Pará (sin caer en fundamentaciones superficiales y limitadas en criterios técnicos de Derecho Internacional Público), la posibilidad de su creación con miras a deconstruir y reconceptualizar el ordenamiento jurídico, para que sea más ajustado a la equidad de género, así el artículo 2 de la CEDAW<sup>82</sup> se establece:

**“Artículo 2**

*Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:*

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;*
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;*
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;*
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto la práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;*
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;*
- f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;*
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.”*

Lamentablemente, la Ley No. 8589 no satisface esas expectativas y retomando los tres criterios para determinar la constitucionalidad de las acciones positivas (de Rodríguez, 1999 y Arroyo, 2002) expuestos en el apartado anterior, la Ley No. 8589 no es constitucional ya que no cumple con las exigencias de la técnica jurídica en materia penal como se verá de seguido

---

<sup>82</sup> Por su parte en la Convención de Belem do Pará, esas estipulaciones se establecen en los artículos 7 y 8.

en este Capítulo (criterio número tres)<sup>83</sup>, lo cual deviene en una lesión de los derechos constitucionales de los imputados; y asimismo, tampoco cubre con los objetivos que dieron su origen (criterio número uno), en la medida en que a pesar de que logra hacer una diferenciación con respecto a la letra del CP (criterio número dos), no alcanza un verdadero y adecuado tratamiento tanto de la víctima como del condenado, como se desarrollará en el Capítulo IV.

- **Valoración del acople de la Ley No. 8589 con el Principio de Igualdad, por parte de las/os funcionarias/os públicas/os del Poder Judicial de Costa Rica.**

Se consideró como elemento importante en este tema, el conocer el pensamiento de los operadores de la ley, en cuanto a la adecuación de ésta con el Principio de Igualdad, en virtud de que la opinión que se tenga al respecto va a determinar la forma en que se aplique la norma.

En razón de lo anterior, se procedió a realizar una encuesta a un grupo de empleados/as judiciales<sup>84</sup>, en la cual se les preguntó: “¿Opina usted que la Ley No. 8589 es contraria al Principio de Igualdad Constitucional (Artículo 33 de la Constitución Política)?”

Como resultado se obtuvo que un 16% opinó que la norma sí es contraria al Principio de Igualdad, un 20% dijo que no lo es, y finalmente, un 65% no contestó la pregunta. (Anexo No. 4)

---

<sup>83</sup> En relación con estos criterios ver lo que al respecto se dijo sobre “los criterios fundamentales para evaluar la constitucionalidad de los programas de acciones positivas”, en el punto denominado como: “En Busca de un Equilibrio: La Discriminación Positiva o Inversa y las Acciones Positivas o Afirmativas”.

<sup>84</sup> La encuesta se aplicó en diferentes Circuitos Judiciales, a saber, el Primer Circuito Judicial de San José, el Primer Circuito Judicial de Heredia, y el Perímetro Judicial de Flores. Fueron tomados en cuenta jueces (tanto de los Juzgados Penales, como de los Tribunales Penales), fiscales y defensores públicos. En la misma se efectuaron seis preguntas diferentes que recogen los puntos medulares que toca este trabajo de investigación: tipos penales, Principio de Igualdad, Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad en la pena, tratamiento a las víctimas, y capacidad de norma para solventar el problema de violencia de género dentro de la sociedad costarricense. Los resultados de cada pregunta serán expuestos en el apartado que trate el tema que les corresponda. (Anexos 1 y 2)

La constante en la respuesta negativa, se basó en dos aspectos: **1)** hablar de la necesidad de una tutela especial para las mujeres, al encontrarse en una situación particular frente a los hombres, esto es, su ubicación en un plano de desigualdad (88.8%). Y, **2)** que la norma se constituye en una modalidad de acción positiva, con miras a establecer una igualdad material (11.1%).

Por otro lado, de quienes consideraron que la Ley No. 8589 sí es contraria al Principio de Igualdad, llama la atención que un 62.5% fundamentó su respuesta indicando que la norma excluye al hombre.

Es importante apuntar que la mayoría de las personas encuestadas, estiman que la Ley No. 8589 no es contraria al Principio de Igualdad, y viendo los argumentos expuestos por ellos, se colige que existe cierta aprobación, y consecuentemente, legitimación dentro del grupo de los/as funcionarios/as judiciales. Sin embargo, la mayoría de personas que opinó que la norma sí es contraria al principio, lo hace porque piensan que se está dejando de tutelar al hombre, lo cual denota que no es reconocida, por una considerable cantidad de personas, la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres, y la falencia que las normas penales poseen para el reconocimiento de sus Derechos Humanos. Cabe señalar, que ello se pone en la palestra ya que el no percatarse de estas realidades se traduce, dentro del mismo funcionamiento de la Administración de Justicia, en más discriminaciones contra las mujeres y tolerancia de las mismas.

### **3.2.2.- Sección II: El Principio de Legalidad Penal, definición y alcances.**

Puede decirse que en la doctrina penal este es uno de los principios mayormente desarrollados, tanto en la expresión de su significado, formas de manifestación normativa, derivaciones, etcétera; sin embargo, sus ramificaciones más destacadas son básicamente: El Principio de Reserva de Ley, el Principio de Lesividad y el Principio de Tipicidad.

Ese prominente trato, quizás se deba a su remota formulación que en su sentido más general, se evoca en el Siglo XVIII durante la Ilustración, como componente de los históricos movimientos que se produjeron en ese período (Arias, 1990: 54 y ss). Sin embargo, su asomo en el Derecho Penal es un poco más reciente, en el tanto:

*“La formulación clásica del principio de legalidad en materia penal se debe a Feuerbach que lo enuncia en los siguientes términos: Toda aplicación de una pena supone una ley previa anterior [...] Fundamenta Feuerbach el principio de legalidad en su doctrina de la coacción psíquica [...] puesto que el fin de la amenaza penal es evitar las lesiones del derecho por medio de la intimidación de todos aquellos que podrían cometer tales lesiones y mal podría intimidar a la generalidad una amenaza penal que no se hallase, clara y públicamente, establecida por medio de la Ley.”* (Cobo y Vives, 1999: 67).

Desde estas primigenias elaboraciones hasta la fecha actual, se han vertido algunos aportes a este concepto, por lo cual se puede contar con definiciones que poseen una estructura más amplia y elaborada; pues depuran las exigencias de seguridad y garantía para las personas administradas: *“La seguridad jurídica, particularmente en materia penal, conlleva límites precisos en la definición estricta y previa de conductas delictivas, lo cual menoscaba las pretensiones antojadizas de las voluntades autoritarias.”* (Mora y Navarro, 1995: 69).

Todo esto posee una incidencia inconfundible en la producción normativa, y en forma específica sobre la penal; pues este Principio en materia punitiva, se resume en términos generales como la imposibilidad Estatal de perseguir a una persona, por comportamientos que previamente no hayan sido descritos mediante una ley en forma lo más clara posible, como merecedores de castigo; es por ello la importancia que cobran las leyes como las estructuras más definatorias del mundo jurídico:

*“La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede*

*merecer una pena del derecho penal. La jerarquía constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida [...].” (Bacigalupo, 1996: 32).*

Se resalta aquí esa necesidad legal de contenido definitorio de las conductas punibles; así, hilando más fino se ve cómo esas leyes penales son producciones legislativas, lo cual nuevamente evoca raíces de Estado Democrático de Derecho, de decisión popular mayoritaria (representada en los parlamentos y también como manifestación de la división de Poderes), de tal forma que:

*“La relación entre Estado de Derecho y de Derecho penal significa antes que nada –como ya hemos anticipado- legalidad de los delitos y de las penas, o sea, una tendencia a la concentración del poder punitivo en las manos del legislador, con la respectiva exclusión o reducción al mínimo de este rol por parte del Poder Ejecutivo y Judicial. Mas que una realidad efectiva este objetivo se revela hoy en día como una aspiración y una herencia de la antigua doctrina de la división de poderes.” (Palazzo, 1998: 155).*

Una de las razones por las cuales este principio ha sido uno de los más tratados, se debe también a su ductilidad para ser empleado en los diversos espacios del Derecho Penal; es decir, por su propio contenido exigiendo la previsibilidad en las leyes de la definición de conductas punibles, así como la de las penas a imponer, permite que se pueda aplicar en la calificación de la persona como infractora de la norma, en la indicación concreta de la pena, condiciones referentes a su aplicación y monto de la misma, por lo cual abarca temas no sólo de Derecho de fondo, sino también procesales.

Este principio fue introducido a nuestra Carta Magna básicamente a través del artículo 39 (también complementado con el numeral 28 de ese cuerpo normativo), en su primer párrafo, cuya redacción trasluce esa ductilidad para ser utilizado en materia penal propiamente dicha, así como en su espacio procedimental:

*“Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa*

*oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.”*

En vista de lo anterior, brota como ideario de ese Principio, la seguridad jurídica que se palpa incisivamente en las formas ramificadas de aquél (Principio de Reserva de Ley y Principio de Tipicidad); pues constitucionalmente, se establece el rigor de manifestar con anterioridad a su realización, las conductas consideradas como delictivas y sus sanciones, en leyes, las cuales son de atribución exclusiva del legislador (reserva de ley) y no sólo eso, a estas leyes además por sus implicaciones en la integridad de las personas, se les exige en su presupuesto de escritura la precisión necesaria para inferir de ellas anticipadamente, los comportamientos que en consenso el legislador considera indeseables en la sociedad (tipicidad o taxatividad legal) y a los cuales les asigna un castigo.

Estas aristas del Principio de Legalidad, se formulan para el caso concreto de Costa Rica en el siguiente extracto:

*“Los alcances del **artículo 39** –de la Constitución Política– mencionado no se quedan en la mera definición de la necesidad de ley y sanción previas, sino que el término “ley previa” requiere de una elaboración especial: que el texto que define la acción como prohibida deba ser claro, preciso y delimitado. De lo contrario, el juez, como operador de la ley, en el acto de su aplicación deberá interpretar oscuridades, y/o fijar los límites del texto y, al hacerlo, estará obligando a señalar qué significa la ley. Por tanto, estará “diciendo” la ley no antes sino después de realizado un hecho que se quiere someter a sanción; es decir, la ley que aplica no es una “ley anterior”, como lo requiere el **artículo 39**<sup>85</sup> de la Constitución.”* (Issa El Koury y Arias, 2002: 36).

### **3.2.3.- Sección III: El Principio de reserva de ley.**

Como se vio, el Principio de Legalidad Penal como manifestación del ideario del Derecho de la Constitución, y a su vez, como mecanismo de organización de la inclinación del Estado, se presenta como límite a la simple

---

<sup>85</sup> Lo remarcado con negrita en la cita corresponde al texto original.

oportunidad de castigar. Así, se puede decir que este principio en materia criminal se resume en la noción de *anterioridad*, la cual logra su materialización a través de la ley, como un refuerzo adicional a esa seguridad que ya de por sí brinda el conocimiento previo; pero se trata de leyes en un sentido estricto, es decir, en construcciones jurídicas, fórmulas lógicas, que requieren todo un proceso, un acuerdo entre los representantes del pueblo, con lo que se obtiene un grado de estabilidad que otras formas jurídicas no poseen<sup>86</sup>; de esta forma, la materia penal en su fase de creación (o formalización), se *aparta* de otros Poderes del Estado y se conserva para la Asamblea Legislativa; esa es la Reserva de Ley.

Al respecto Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives, afirman que: *“Por reserva legal se entiende la delimitación de uno o varios ámbitos, en el seno del ordenamiento jurídico, que solamente pueden ser regulados en virtud de Ley.”* (Cobo y Vives, 1999: 70).

La existencia de esas barreras a favor de un Poder del Estado, son expresión de un interés por mantener controles en la labor de cada uno de los espacios estatales, ganando de esta forma, que se reafirmen las bases que dan el sustento para la existencia misma de estos principios constitucionales; refiriéndose al Principio de Reserva de Ley, Rubén Hernández Valle comenta que:

*“Este instituto, nacido [...] en el Estado Constitucional de Derecho y relacionado con el principio de separación de poderes y la garantía de los administrados contra la autoridad, no se encuentra expresamente consagrado en nuestra Constitución, no obstante lo cual es posible deducirlo sin mayor esfuerzo, a través de la interpretación sistemática y coordinada de varias normas.”*<sup>87</sup> (Hernández, 2004: 525).

En resumen, se ve cómo el vínculo entre la legalidad penal y la reserva de ley, tiene como resultado: seguridad, la cual se ve reforzada por la

---

<sup>86</sup> Se refiere a los reglamentos, decretos, directrices u otros instrumentos, cuya existencia y modificación es más simple, pues normalmente no requieren de una discusión y trámites tan formales como los de las leyes en la Asamblea Legislativa.

<sup>87</sup> Esas normas corresponden a los artículos 28 y 39 de la Constitución Política.



estabilidad que las leyes le otorgan a través de un cierto grado de constancia en el tiempo, y por otra parte, aseguran una intervención reglada en los Derechos Humanos, consecuentemente descartando arbitrariedades; pues con la estructura que se logra, se habilita en forma controlada el poder de castigar del Estado, guardando como presupuesto la conservación de los Bienes Jurídicos que así determine la sociedad.

#### **3.2.4.- Sección IV: La determinación del Bien Jurídico como condición sine qua non del Principio de Lesividad.**

El presupuesto para la existencia e implicaciones del Principio de Lesividad, es sin lugar a dudas la determinación del Bien Jurídico; por lo cual se intentó un acercamiento a las definiciones de la doctrina para éste, así como su vinculación con el Principio que define.

El primer obstáculo que se encontró en esta tarea, es precisamente lo abundante y discutido de sus definiciones; así se ve que: *“El concepto de bien jurídico es uno de los más discutidos en Derecho Penal, pero, en cualquier caso, hay coincidencia en que se trata de algo valioso y, por ello, digno de protección jurídica. En casi todo lo demás hay, sin embargo, diversidad de opiniones.* (Judel et al, 2006: 202).

De igual forma, abstrayendo de las múltiples discusiones que se erigen alrededor de este concepto, se puede (coincidiendo con el autor precedente) extraer su más renombrada característica: el ser tildado de valioso. Y así: *“[...] podemos definir el bien jurídico como todo valor de la vida humana protegido por el Derecho [...] El bien jurídico es, desde esa perspectiva, lo que constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad.”* (Cobo y Vives, 1999: 319).

A partir de lo anterior, es indispensable recalcar que ese reconocimiento que le da el Derecho (y se refiere en forma concreta a través la Constitución Política como norma central del ordenamiento jurídico, pero también de otras

normas también de carácter internacional sobre Derechos Humanos), es incluso a un nivel previo al reconocimiento que de por sí ya mantiene en la sociedad; ahora con mayor cuidado debe vincularse tal valor con el Derecho Penal, pues éste: “[...] recibe el bien jurídico ya tutelado [...]” (Zaffaroni, 2000: 464).

Teniendo esa idea presente, no se debe caer en el engañoso olvido de que su papel es castigar las injerencias negativas sobre esos Bienes Jurídicos, los cuales ya previamente aparecen enlistados o tácitamente incluidos en las Constituciones y demás instrumentos jurídicos (ahí sí son tutelados), afirmar lo contrario (el Derecho Penal como constitutivo de Bienes Jurídicos), sería extender su campo de acción indeterminadamente contrariando de esa forma su carácter fragmentario<sup>88</sup>.

Con esa aclaración, se le podrá dar el alcance y las dimensiones apropiadas al vínculo entre el Derecho Penal y el Bien Jurídico; y colateralmente sus vinculaciones con el Principio de Lesividad. Ahora se procede a acercar un poco más con la ayuda de la doctrina, al lugar que ocupa el Bien Jurídico en el mundo del Derecho Penal:

*“[...] el bien jurídico, como estándar legitimador del castigo penal es uno de los criterios que determinan la amenaza de punibilidad de un comportamiento, pero constituye, a su vez, condición sine qua non para su procedencia [...] La evolución histórica de la dogmática jurídica penal acerca del bien jurídico nos permite afirmar hoy que se trata rigurosamente de un ente ideal, por ende de un contenido inmaterial, que debe distinguirse del objeto material de ataque de la conducta delictiva.”* (Buteler (H.), 1998: 410).

Por su parte Jescheck, analizando desde la estructura de las normas penales, y de paso dando un listado ejemplificativo de los Bienes Jurídicos, afirma que:

*“En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia*

---

<sup>88</sup> Para mayor abundamiento en estas ideas ver, Zaffaroni, 2000: 464.

*humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública. Tales bienes elementales son, por ejemplo: la vida humana, la integridad corporal, la libertad personal de acción y de movimiento, la propiedad [...] Estos valores se convierten en bienes jurídicos gracias a su incorporación a la esfera de protección del orden jurídico.” (Jeschek, 1981: 9-10).*

Con las anteriores definiciones, se puede entender cómo los Bienes Jurídicos conforman la base insustituible para que el Principio de Lesividad cobre sentido y aplicabilidad, en la medida en que: *“Trata de impedir la imposición de sanciones penales o la consagración de tipos penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico.” (Sánchez, 2000: 46).*

Finalmente, el profesor Bustos da una clara referencia de los alcances del Principio que tratamos, y que como fue introducido líneas atrás, conforma ese Derecho de la Constitución, y a su vez se cristaliza como manifestación ideológica del Estado:

*“Otro principio básico garantista de un Derecho penal democrático, es el principio de lesividad. Esto es, que sólo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico, ya que es el principio básico que desde los objetivos del sistema determina qué es un injusto o un delito.” (Bustos, 1994: 12).*

Como se vio, este Principio tiene una enorme importancia en el ámbito penal. Así, para que una ley punitiva tenga cabida o siquiera sea pensada como tal, debe sujetarse al menos a un Bien Jurídico; de tal forma que si se detiene sobre los sustentos de los tipos penales de la Ley No. 8589, se puede detectar claramente que si bien es cierto cubre en términos generales similares Bienes Jurídicos, que los incluidos en el CP, la variante es su grupo humano de tutela: las mujeres (abstrayendo sus características adicionales, como ser mayor de edad o al menos mayor de quince años, en una relación de matrimonio, unión de hecho declarada o no), y la función de la ley penal aquí es sancionar precisamente las conductas que afecten los Derechos Humanos de esas mujeres, como una forma de reconocer la inoperancia e ineficacia del CP para cumplir con esa labor.

Se considera que ante las carencias del CP, la Ley No. 8589 contempla una serie de Bienes Jurídicos que ya habían sido recogidos anteriormente, bajo la figura de Derechos Humanos de las mujeres por las distintas convenciones internacionales que tratan el tema de género. De esta forma, y siendo que esos Derechos Humanos de las mujeres son reconocidos con la finalidad de permitirles desarrollar sus vidas de forma plena, independiente y en equidad con el género masculino; la Ley No. 8589 (y en general las leyes penales especiales contra la violencia de género) al retomarlos, se constituye en una herramienta que pretende garantizar que esa finalidad se cumpla.

En este sentido, la Ley No. 8589 contempla dos puntos muy importantes que deberían ser tomados en cuenta por la cultura jurídica costarricense: 1) La necesidad de crear normas que se acoplen a las diferencias entre los grupos sociales, con el fin de que sus efectos sean más eficientes, inclusivos, siguiendo los lineamientos del Principio de No Discriminación, permitiendo así, el verdadero desarrollo, en igualdad de derechos, de todas y todos. Y, 2) La importancia de crear normas que se constituyan en herramientas para garantizar que ese desarrollo en igualdad de derechos, se dé de manera efectiva.

### **3.2.5.- Sección V: El Principio de Tipicidad.**

El Principio de Legalidad Penal, limita por su mismo contenido tanto la labor juzgadora como la legislativa; sin embargo, en ésta última como primer portillo de las leyes penales, se refuerza con el Principio de Tipicidad o de *Taxatividad* (Alpízar, 2006)<sup>89</sup>, con el propósito de brindar un mayor margen de garantía a los Derechos Humanos.

Con el Principio de Legalidad y sus manifestaciones en la Reserva de Ley y el Principio de Lesividad, se obtiene un cúmulo de imperativos que se

---

<sup>89</sup> El autor emplea la noción del “*mandato de certeza*”, como contenido del principio que se trata: “El “*mandato de certeza*”, se dirige al legislador, quien debe respetar el principio de tipicidad y en virtud del mismo está obligado a redactar en fórmulas legales de la mayor precisión los delitos y presupuestos de las penas.” (Alpízar, 2006)

difunden finalmente, en la redacción de la ley como acabado final y puente físico entre la teoría y la práctica en el Estado Constitucional de Derecho. Así:

*“El principio de legalidad penal comporta como exigencias inmediatas, las de claridad y taxatividad en la determinación de las conductas prohibidas y de las sanciones aplicables. Claridad y taxatividad son imprescindibles condiciones de la seguridad jurídica.” (Cobo y Vives, 1999: 71).*

Esas características que deben tener las leyes penales, marcan su diferencia con respecto a las de las otras materias, como el Derecho Civil, Comercial, de Familia, etcétera, donde incluso el margen de apertura y posibilidad de integración o analogía, son más bien exigencias para las personas que crean las leyes, así como para quienes juzgan el caso concreto y deben aplicarlas. Por eso se coincide con Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives, cuando explican:

*“Las exigencias de taxatividad en la determinación del ámbito de lo punible, dimanantes del significado esencial del principio de legalidad, requieren que la formulación de los tipos se lleve a cabo mediante términos rígidos, en los que la discrecionalidad del intérprete quede reducida al mínimo [...] Y no cabe hablar de tipicidad allí donde una defectuosa técnica legislativa o una manipulación más o menos enmascarada dejan al arbitrio del intérprete y, en su caso, del juzgador, la determinación del contenido de las proposiciones legales. Procede recordar que la idea de tipicidad se origina en el Derecho penal para dar concreción a las declaraciones constitucionales en las que se proclama el principio de legalidad. Una Ley penal que desconociese el significado de la tipicidad, que recurriese a términos elásticos, a cláusulas imprecisas y oscuras, que no determinasen con exactitud la esfera de lo punible, entraría en conflicto con la Constitución.” (Cobo y Vives, 1999:335).*

Ese “*entrar en conflicto con la Constitución*”, para una ley en Costa Rica, significaría que una vez que es analizada por la Sala Constitucional (Tribunal especializado según el propio texto de la Carta Magna<sup>90</sup>), y ésta determina esos conflictos insalvables con respecto al Derecho de la Constitución, resulta

---

<sup>90</sup>Concretamente en el: “Artículo 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza [...]”.

su inmediata declaratoria de inconstitucionalidad, y la ley dejaría de existir en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, en el estudio de constitucionalidad de las leyes penales, uno de los primeros elementos de análisis, es una radiografía con referencia al Principio de Legalidad y sus manifestaciones, principalmente el de Tipicidad; y en el caso en que el Tribunal determine que la ley en cuestión posee aspectos u omisiones contrarios a esos institutos, su inconstitucionalidad es declarada con la consecuente ineficacia de la ley.

Esos parámetros para corroborar la compatibilidad de las leyes con respecto al Derecho de la Constitución, consiguen su instrumento más acabado y minucioso, a través del estudio de los tipos penales de la ley cuestionada. Al final de este Capítulo se hará un análisis de la Ley No. 8589, empleando el estudio de los tipos penales como método más pormenorizado para determinar su constitucionalidad; lo anterior, una vez teniendo como base las referencias de los principios constitucionales, así como otras piezas que integran el Derecho de la Constitución (como lo son los Principios Constitucionales y las Convenciones Internacionales que tratan el tema de género), como los antecedentes del Tribunal Constitucional (como autoridad máxima en la materia), y que se resumieron tanto en las resoluciones previas a la existencia de la Ley (concretamente las emitidas como respuesta a las consultas facultativas de la Asamblea Legislativa) y la resolución número **15447-2008**, de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del quince de octubre de dos mil ocho.

### **3.3.- Título III: Los tipos penales.**

Las exigencias constitucionales hacia las leyes punitivas, alcanzan concretamente a los tipos penales<sup>91</sup>, como los elementos específicos de las mismas, como *tipos objetivos*, pues contienen las descripciones necesarias para el conocimiento previo de las conductas indeseables, de tal forma que:

---

<sup>91</sup> O más exactamente "*Tatbestand*", según su fórmula alemana, con significado más amplio. (Zaffaroni, 2000, 415).

*"[...] la ley tiene que ser escrita (nulla poena sine lege scripta), ya que es la única manera que permite conocer con certidumbre lo prohibido y lo permitido; previa al hecho que se juzga (nulla poena sine lege praevia), es decir, encontrarse vigente –según las formas del sistema legal- cuando el sujeto realizó la conducta; estricta (nulla poena sine lege stricta), lo cual requiere que tanto la descripción de la conducta como la pena asignada a ella se encuentren expuestas en la ley sin ambigüedades que entorpezcan su conocimiento por parte de los destinatarios de ella." (Creus, 2004: 55).*

Todos esos requisitos cobran plena vigencia frente al tipo penal, como elemento imprescindible de la ley; es así como en la cita anterior Carlos Creus, reconoce la separación interna de la ley en dos partes<sup>92</sup>: una que el autor llama *"descripción de la conducta"* (tipo penal) y la otra que consiste en la pena o sanción.

Esa bifurcación es también un criterio compartido por Bacigalupo cuando expresa: *"Las leyes penales, según se ha entendido tradicionalmente, contienen dos partes: el precepto y la sanción el precepto prohíbe o manda algún comportamiento y la sanción se prevé para el incumplimiento del mismo"* (Bacigalupo, 1996: 27).

El tipo penal es en palabras del mismo Bacigalupo: *"[...] un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal"* (Bacigalupo, 1994: 60). Esa interpretación se dirige a extraer de la ley, la o las conductas que se consideran dañosas para los Bienes Jurídicos que cubre la Constitución, y a las que les condiciona la imposición de una pena; para lograr esto, los tipos penales deben ser creaciones legislativas complejas (recordemos que su función es muy delicada, pues es la herramienta para determinar si en virtud de una conducta, una persona sufrirá una afectación en sus Derechos Humanos, principalmente su libertad).

Por esa necesaria complejidad, es que se ha dicho que el tipo: *"[...] describe la conducta punible mediante una serie de circunstancias de hecho y*

---

<sup>92</sup> De la primera parte se ocupará de seguido, en cuanto a la pena, será tratada en el Capítulo IV.

a la conducta descrita de este modo conecta la pena como consecuencia jurídica.” (Arias, 1990: 67). Esa estructura a manera de fórmulas tradicionalmente se han separado en<sup>93</sup>: 1) Sujeto activo, 2) Verbo, 3) Elementos accesorios del verbo (como por ejemplo, el tiempo), 4) Sujeto pasivo, 5) Bien Jurídico, 6) Elementos Normativos, y 7) Elementos descriptivos.

### 3.3.1.- Sección I: La estructura de los tipos penales.

- **El sujeto activo.**

Se refiere a la persona o personas que se describen en los tipos penales, como los que realizan la acción u omisión prohibida por la norma, esa indicación que por cierto en nuestro país sólo hace referencia a personas físicas, normalmente se menciona como: “*El que...*”, “*Al que...*”, “*A quien...*”, “*Quien...*”, etcétera; con esto se establece el círculo de posibles autores u autoras que pueden dar cumplimiento a la descripción que hace el tipo penal.

Como norma de principio, sujeto activo puede ser cualquier persona que pueda ser penalmente responsable; sin embargo, existen tipos penales que contienen exigencias particulares, sin las cuales una persona no podría ser autora, al menos de ese tipo penal en cuestión, que son los llamados en doctrina como *Delitos Especiales*<sup>94</sup>, según los cuales, al sujeto activo se le adicionan una o varias características especiales que normalmente tienen como consecuencia una agravación de la pena. Tal es el caso de la Ley No. 8589, que prescribe para el sujeto activo (salvo en los casos en los cuales es una persona funcionaria pública) el ser un hombre, que mantenga una relación de matrimonio o unión de hecho declarada o no con la víctima, bajo esas condiciones tan específicas se cierra el círculo de potenciales sujetos activos.

---

<sup>93</sup> Puede decirse que existen tantas formas de clasificar y ordenar los elementos que integran los tipos penales, como preferencias tenga cada autor u autora, sin embargo, esas diferencias no afectan el contenido en sí del tipo penal; aquí se presentará una clasificación concordante con la hecha por la autora Casas (2008).

<sup>94</sup> También este tema es tratado por Bacigalupo, 1994: 62 y Judel, 2006: 135.



- **El verbo.**

Consiste en la conducta o comportamientos prohibidos por la norma. Según el CP en su artículo 18, primer párrafo: *“El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión.”* Con lo que se abre para quien legisla, toda una gama de posibilidades para el empleo de verbos como los elementos centrales y determinantes en los tipos, pues con su inclusión en la fórmula, se puede determinar o al menos tener una idea de la clase de Bien Jurídico que se afectará con su ejecución. Así es el caso, por ejemplo, de las formas verbales: *dar muerte, apoderare, agrediere*; con las que siquiera deducimos *prima facie*, su vinculación con Bienes como la vida, la propiedad o la integridad física; así también, es una expresión al mundo exterior de la voluntad del sujeto activo, en el sentido de querer ejercitar ese comportamiento y no otro, verbigracia dar muerte y no apoderarse.

Por las mismas características que poseen los verbos, al igual que en general con los demás usos del lenguaje, en determinadas ocasiones se acompaña al verbo con aspectos que pretenden especificar esa expresión exterior de la voluntad: *“[...] el legislador, al confeccionar los tipos penales, algunas veces hace uso en virtud de necesidades técnicas, de elementos referidos a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta.”* (Arias, 1990: 185). Son los conocidos como *elementos subjetivos del tipo distintos del dolo*. También para lograr mayor especificación del comportamiento prohibido por la norma, se adjuntan a ella otros detalles como los elementos accesorios del verbo.

- **Elementos accesorios del verbo.**

Consisten en formas definitorias de la conducta, como: los *medios* con los que se ejecuta (por ejemplo con el empleo de armas), el *tiempo* durante el cual se ejecuta (*“durante los tres meses posteriores al parto”*), el *lugar* de cumplimiento del o de los verbos, etcétera.

Normalmente esas circunstancias son tomadas como relevantes para efectos de agravar o disminuir la pena que contiene el tipo penal, pues especifican maneras particulares de vulnerar los Bienes Jurídicos.

La Ley No. 8589 contiene una considerable cantidad de esos elementos accesorios, gran parte de los mismos ya existentes dentro del CP, como por ejemplo en sus artículo 23 y 31 (*Restricción a la libertad de tránsito y Explotación sexual de una mujer*, respectivamente), cuyos elementos de modo consisten en realizar los verbos “*sin ánimo de lucro*”.

- **Sujeto pasivo.**

Se refiere al otro u otros sujetos presentados por el tipo penal y a quien se dirige la afectación negativa en su integridad, en sus bienes o derechos de parte del sujeto activo en ejercicio del verbo, más claramente el: “*Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta o, dicho desde otra perspectiva, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito.*” (Cobo y Vives, 1999: 361).

En la Ley No. 8589, la parte pasiva la conforma, según el contenido de su artículo 2, la:

*“[...] mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no [...] Además, se aplicará cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental.”*

- **Bien jurídico.**

La presencia del Bien Jurídico dentro del tipo, lejos de configurar un ornamento, es un vínculo continuo con la Constitución Política, a través del cual es posible proyectar racionalidad al Derecho Penal: “*[...] la noción de bien*

*jurídico adquiere un significado garantizador en materia penal en tanto implica un resguardo frente a los excesos del legislador.”* (Hendler, 1998: 396).

La Ley No. 8589 penaliza la afectación de Bienes Jurídicos señalados, para solamente un grupo de víctimas que daría fundamento a su aplicación, esto se hizo retomando Bienes Jurídico de los cuales ya se hacía mención dentro del CP como: la vida, la libertad sexual, la propiedad; por lo que no se incorporaron Bienes Jurídicos “nuevos”, sino que se reconocieron dentro de éstos, algunas particularidades propias de las situaciones de violencia de género en las parejas, como es el caso del Capítulo II del Título II, concerniente a la Violencia Psicológica, o el Capítulo IV sobre Violencia Patrimonial, para poner sólo dos ejemplos.<sup>95</sup>

Es precisamente el hecho de haber retomado algunos de los mismos Bienes Jurídicos que los mencionados en el CP, una de las primeras objeciones a esta ley; calificándola como innecesaria o duplicadora del Código; sin embargo, la idea de replantear los comportamientos incluidos en los tipos penales “clásicos” desde otra perspectiva (la de las mujeres), evidencia los vacíos o carencias que el CP y su estructura mantienen, en el tanto que por su construcción androcéntrica, se penalizaron conductas de forma tal que

---

<sup>95</sup> La reconceptualización de los tipos penales efectuada por la Ley No. 8589 incluso permite observar que la realización de esas conductas delictivas dentro de las circunstancias especiales de la violencia de género, constituye acciones típicas “*pluriofesivas*”, por cuanto lesiona varios Bienes Jurídicos de manera simultánea, ya que las distintas formas de violencia contempladas por la norma (física, psicológica, sexual y patrimonial): “[...] *no se dan en estado puro, aunque sí es más probable encontrar violencia física sin que la haya de tipo sexual u otras.*” (Salas, 2002: 14). Dicha afirmación podría explicarse, por ejemplo, cuando el hombre ejerce violencia física sobre la mujer de manera constante a lo largo de los años de convivencia, y de manera simultánea genera el síndrome de invalidez aprendida en la víctima (violencia psicológica): “*Así, al aplicar el concepto de invalidez aprendida en las mujeres agredidas se hace claro el proceso de cómo la mujer agredida llega a ser una víctima, las golpizas repetidas, disminuyen la motivación de la mujer para reaccionar, se vuelve pasiva. Segundo, cambia su habilidad cognoscitiva para percibir el éxito, no cree que su respuesta resultará en una consecuencia favorable, aún si esto puede o no ser así. Tercero al haber generalizado su invalidez, la mujer agredida no cree que algo de lo que ella hace alterará cualquier consecuencia, no solamente la situación específica que ha sucedido. Finalmente su sentimiento de bienestar emocional llega a ser precario, está más propensa a la depresión y la ansiedad. Están clínicamente deprimidas las mujeres agredidas? Muchas de las nuevas teorías cognoscitivas en sicología (sic) definen la depresión clínica como un estado en el cual una persona sostiene una creencia exagerada de que cualquier cosa que haga no será suficientemente buena. También tales personas creen que sus incapacidades les impiden controlar efectivamente sus vidas. Una persona que cree que es incapaz para controlar una situación puede creer también que ella no es lo suficientemente capaz para hacerlo.*” (Uribe, 1994: 31-32)

presuponen son desarrolladas entre personas que se encuentran en condiciones paritarias (tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo).

Correlativamente, se dejaron de enfocar necesidades reales de las mujeres y el reconocimiento de condiciones de vulnerabilidad de ciertas áreas, que si bien la Ley No. 8589 sólo canaliza a un ámbito reducido (relación de matrimonio o unión de hecho), ello ha dejado el suficiente margen de amplitud como para continuar con un escenario de discusión y cuestionamiento de la materia penal, lo cual se inició desde hace varios años en el país.

- **Elementos normativos.**

Ante el inevitable empleo del lenguaje en los tipos penales (tanto el coloquial o común, como el más “técnico” en el área jurídica); y ante la necesidad de describir mediante ese lenguaje: comportamientos, sus modalidades de ejecución, efectos, características del medio o de los sujetos u objetos afectados, en fin, ante la necesidad de narrar las complicadas conductas humanas tan indefinidas, variantes y complejas en una fórmula legal, es que se recurre algunas veces a nociones de primera entrada no tan claras y precisas como sería lo deseable, así:

*“[...] debido a exigencias de técnica legislativa, pues, en ocasiones, para poder tipificar una conducta es necesario incrustar en el tipo elementos que implican juicios normativos sobre el hecho, que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.” (Arias, 1990: 177).*

Ese recurso a palabras no tan expresivas de sus propias definiciones, en la narración de los comportamientos humanos, consecuentemente implica un grado de esfuerzo por parte de la persona que lee la ley, que debe interpretar y deducir de su letra la forma en la que puede aplicarla a la realidad, ese esfuerzo particular por dar significado a ciertos vocablos, es lo que los convierte en arbitrarios, en la medida en que su significado puede variar entre

las diversas personas que ejecutan esa labor. La definición de esos elementos normativos, los da Carlos Creus cuando anota:

*“A veces los tipos contienen menciones de requisitos de la acción que más que una mera descripción de ella, importan referencias a valoraciones de alguno de sus elementos, es decir, integran la descripción con valoraciones que dependen ora del examen del resto del ordenamiento jurídico, ora del empleo de parámetros valorativos de otro orden. Tales son los llamados elementos normativos del tipo [...]”* (Creus, 2004: 202).

Para dar contenido a esos términos, la necesidad de la norma puede ampliarse a espacios muy variados y enfrentar los más distintos problemas de concreción; así, esos espacios a los cuales se recurre para alcanzar la definición que se considera oportuna, pueden ser de rango cotidiano (por ejemplo cultural), o técnicos de una rama del conocimiento determinada, pero precisamente ese “considerarse oportuna” de la definición finalmente destilada, es lo que vuelve tan subjetivo y por ende variable las definiciones otorgadas a los elementos normativos. Por su parte como según se ha visto, al ser las funciones juzgadoras las llamadas por antonomasia a tomar la ley penal para su aplicación, ese tipo de valoraciones que por cierto pueden variar tanto como la persona juzgadora, pueden presentar roces con el Principio de Legalidad.

Sobre esto advierte Bacigalupo, al hablar sobre los elementos normativos:

*“[...] son aquellos en los que predomina una valoración que, por tanto, no es perceptible sólo mediante los sentidos. Por ejemplo: puros conceptos jurídicos [...] También pertenecen a la categoría de los elementos normativos los elementos que requieren una valoración empírico-cultural del autor [...] En estos casos el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa y esa valoración debe ajustarse a la del término medio de la sociedad. Los márgenes para el error son sumamente amplios y los problemas que de allí se pueden derivar son sumamente complejos.”* (Bacigalupo, 1996: 84).

Si bien esas advertencias en el uso de determinadas palabras dentro de los tipos penales aparece cautela, la necesidad de su utilización no es del todo

azarosa, sino que viene determinada por las particulares exigencias de redactar acerca de las actuaciones humanas (sus medios, modos de ejecución, efectos, etcétera); y aún más cuando se necesitan precisar comportamientos que devienen en dañinos para los Bienes Jurídicos de las mujeres en sus relaciones interpersonales, cuyos espacios se recubren de la constante influencia social (entre la que se encuentra su ubicación como género en el sistema patriarcal y su constante discriminación), por lo que la redacción de los tipos que reconozcan en alguna medida ese panorama, deben incluir estrategias diversas a las convencionales contenidas en el CP y en otras leyes penales especiales de corte similar.

Pero debe quedar muy claro que esas “estrategias diversas” en la integración de los tipos penales, no deben derivar en patologías u opuestos para los Principios Constitucionales que se han estudiado, sino que más bien aquí se comparte el criterio de algunos magistrados de la Sala Constitucional, cuando al salvar su voto en la resolución número 3441-2004, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro, manifiestan: “[...] coincidimos con la doctrina penal según la cual el principio de legalidad NO se infringe en los supuestos en los que la definición del tipo incorpore conceptos, cuya delimitación permita un margen de apreciación por parte del juzgador en su labor de detectar la adecuación típica.”

Como se mencionó en líneas atrás, la Ley No. 8589 brinda una limitada visión, pero visión al fin de las situaciones en las que se pueden ver vulnerados o de alguna forma afectados Bienes Jurídicos de los sectores de mujeres que cubre, con lo que le da una diferente lectura a los tipos penales “clásicos”, inevitablemente definiendo o redefiniendo las conductas prohibidas por la norma penal. Ello comporta en alguna medida la necesidad de emplear términos no tan convencionales o asentados en la jerga penal, pues no podemos olvidar que esa Ley posee fundamentos incluso extrajurídicos nuevos (que son, al fin de cuentas, el fundamento de toda ley del ordenamiento jurídico dentro de una sociedad),<sup>96</sup> pues son el resultado de una perspectiva de respeto

---

<sup>96</sup> Ver lo concerniente en el Capítulo I.

de los Derechos Humanos de las mujeres, y esos rasgos se reflejan de alguna manera en los tipos penales establecidos, en los cuales si bien se puede tener algunas reservas en cuanto a su estructura<sup>97</sup>, en algunos de ellos es posible detectar ciertos términos cuya exigencia de contenido es necesaria, por ejemplo como sucede con palabras como: “*chantaje, persecución o acoso*” en el Artículo 26, conceptos en los cuales su determinación se inclina más a criterios culturales; mientras que: “bien susceptible de ser ganancial”, del Artículo 35, corresponde a una línea más técnica para su delimitación (con miras al Derecho de Familia).

Tal situación también se presentó en el tan mencionado concepto de “*relaciones de poder y confianza*”, del cual, si bien es cierto se considera que posee una amplitud de contenido, ello tampoco obsta ni debió haber sido obstáculo para que se le otorgara una definición más concreta que permitiera su uso dentro de los tipos penales de la Ley No. 8589.

- **Elementos descriptivos.**

En relación con estas formas empleadas también dentro de los tipos penales, se ha reconocido tradicionalmente, no tanto su facilidad para determinar su contenido, sino que él mismo, se convierte en cierta forma en tópico de las diversas personas que leen la ley; es decir, la característica de los elementos descriptivos, no se refiere tanto a la facilidad con la que permiten llegar a su significado, sino que éste, es similar para las diversas personas que tiene en frente la ley que los contiene.

Por esa facilidad de traslucir su significado es que se les vincula con conceptos fácticos, es decir, elementos de la realidad perceptible por el común de la población. Refiriéndose a estos elementos, Bacigalupo los define como: “[...] aquellos que el autor puede conocer a través de los sentidos –vista, tacto, oído, etcétera-. Son objetos del mundo exterior que el autor puede conocer a

<sup>97</sup> Los tipos penales de la Ley No. 8589, en los cuales el sujeto activo es el señalado en su Artículo 2 (hombre que mantenga una relación de matrimonio o unión de hecho), serán estudiados más detenidamente en las próximas páginas.

*través de sus sentidos sin hacer una especial valoración.*” (Bacigalupo, 1994: 65). Esas ventajas que ofrecen los elementos descriptivos, comparativamente con los normativos, les ha hecho ganar seguidores que propugnan por su idoneidad dentro de los tipos penales (Alpizar, 2006), reclamando que:

*“[...] la redacción del tipo penal sea suficientemente exacta para conllevar a que, cuando alguien afirma que la situación de hecho ha tenido lugar, los demás puedan comprobar si en efecto se ha producido o no lo que el primero dice, lo cual es posible siempre y cuando los términos en que se encuentra redactado lleven a una comprensión e interpretación unívoca del enunciado.”* (Arias, 1990: 71).

### **3.3.2.- Sección II: Tipos penales abiertos.**

Los tipos penales abiertos, son reconocidos como anomalías en la estructura de las leyes punitivas, en el sentido de constituir junto con las leyes penales en blanco, defectos no muy deseables en una razonable puesta en práctica del Principio de Legalidad, en este punto, se hace la indicación de que se refiere en forma expresa a los tipos penales abiertos, como una herramienta previa al análisis de los tipos penales de la Ley No. 8589, por cuanto de una revisión *prima facie* de la misma, se establece la necesidad de tener una conceptualización más amplia de los tipos penales abiertos; sin embargo, ello no obsta para que esa segunda patología no quede clara.

A las leyes penales en blanco se les titula de esa manera por ser formas legales que no se completan en el contenido de sí mismas, sino que remiten expresamente a otras normas (de superior o inferior rango), para integrar su sentido; son esas remisiones lo que provoca la crítica de esa tendencia legislativa:

*“El principal problema que plantean las leyes en blanco consiste en la posible violación a la reserva de ley, al remitirse a la normativa de otras instancias sin facultades penales.*

*Específicamente, la reserva de ley resulta infringida cuando se presentan remisiones genéricas a la potestad reglamentaria [...]”* (Alpizar, 2006)



Mientras que los tipos penales abiertos simplemente dejan sin mención la posibilidad de solventar el o los espacios que crean; o más claro, como lo define Carlos Creus:

*"[...] en el tipo cerrado la conducta está nítidamente descripta y, por tanto, "cerrada", en el sentido de que el juez sólo tiene que comparar con ella la que juzga para ver si ésta presenta o no las características de tipicidad; en el abierto la tipicidad de la conducta no se agota en el examen del tipo, sino en la complementación con una imprescindible indagación que tiene que ser realizada fuera de él [...]" (Creus, 2004: 200).*

En resumen, las consecuencias contrarias para el Principio de Legalidad Penal que ofrecen los tipos penales abiertos, se vinculan con una mala o defectuosa técnica legislativa en la redacción de los tipos, pues: *"En ellos, el legislador formula una descripción demasiado genérica e imprecisa de la conducta prohibida, dejando la tarea de cerrar los tipos al órgano judicial, quien efectúa esa labor después de cometido el hecho que es objeto de juzgamiento."* (Vitale, 1998: 82).

Resaltando los efectos negativos de estos tipos para las personas dentro de un Estado Democrático, Jeschek afirma que: *"Reciben el nombre de tipos abiertos aquellos preceptos penales "en los que falta una guía objetiva para completar el tipo", de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal."* (Jeschek, 1981: 336).

#### **3.4.- Título IV: Análisis de la resolución número 15447-2008, de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del quince de octubre de dos mil ocho.**

Mediante esta resolución, la Sala Constitucional nuevamente entra a conocer sobre la constitucionalidad del texto de la Ley No. 8589, pero esta vez analizando los tipos penales de lo que ya era la ley ya entrada en vigencia,

concretamente los Artículos 22 y 25<sup>98</sup>, en este Título se hará una revisión de los criterios expuestos por ese Tribunal, cuyo texto de la sentencia fue redactado por el Magistrado Luis Paulino Mora Mora, así como de los criterios de la Magistrada Ana Virginia Calzada Miranda, y de los Magistrados Adrián Vargas Benavides y Fernando Cruz Castro, quienes nuevamente en relación con este tema salvan el voto. Subsecuentemente, se expondrán la o las críticas sobre los argumentos esbozados por ellos y algunos comentarios sobre lo que fue precisamente ese estudio oficial de constitucionalidad.

- **Sobre el artículo 22 de la Ley No. 8589, el *Maltrato*.**

En relación con el Artículo 22<sup>99</sup>, el accionante alega que éste deviene en inconstitucional porque no cumple con los requisitos del Principio de Tipicidad, ya que la frase “*de manera grave o reiterada agrede físicamente a una mujer*” no es suficientemente concreta, por lo que abre las puertas a la arbitrariedad jurisdiccional al momento de aplicarlo.

Los magistrados deciden apoyar las tesis expuestas por el accionante<sup>100</sup>, y coinciden en los rasgos negativos contrarios al Derecho de la Constitución que se le imputan a este artículo, aduciendo que:

*“En el Derecho Penal, como bien señala el accionante, la conducta descrita en ese tipo penal es evidentemente indeterminada, en virtud de que no establece parámetros*

<sup>98</sup> Es importante mencionar que no se referirá en este título, al estudio del Artículo 27 de la Ley No. 8589, por cuanto la Sala Constitucional omite el pronunciarse sobre el mismo, a pesar de alegarse su inconstitucionalidad en la acción presentada, ya que no se contaban con los presupuestos necesarios de conformidad con la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para hacerlo.

<sup>99</sup> El texto del Artículo 22 de la Ley No. 8589 establece: “*Maltrato. A quien de manera grave o reiterada agrede o lesione físicamente a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, se le impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años, siempre que la agresión o lesión infringida no constituya un delito de lesiones graves o gravísimas.*”

<sup>100</sup> Es interesante cómo la discusión sobre el texto de este tipo penal ya había sido efectuada en la anterior resolución número 1800-2005, de las dieciséis horas con veinte minutos del veintitrés de febrero de dos mil ocho. Coincidentemente la redacción de esta sentencia, le correspondió también al Magistrado Mora Mora, quien analizó la constitucionalidad del tipo penal de *Maltrato* y en ese entonces resolvió que no era contrario al Derecho la Constitución. Hubiese sido interesante que la sentencia analizada en este capítulo, expusiera los argumentos que justificaran su cambio de criterio en relación con este tema.

*objetivos que el juzgador pueda utilizar para establecer en qué casos se encuentra frente a un hecho prohibido por la norma y en qué casos no lo está. **La “gravedad” de la agresión o lesión depende de la libre valoración que en cada caso realice el juzgador, lo cual hace que el tipo no cumpla con su función de límite del poder estatal para sancionar las conductas ni de garantía para el ciudadano, que debe saber previamente cuál es la conducta prohibida y cuáles son las consecuencias de su infracción.** No es suficiente que una conducta prohibida se encuentre escrita previamente, sino que además, ésta debe ser expresa, precisa y taxativa.” (Lo resaltado no es del original)<sup>101</sup>*

Con estas ideas resuelve el Tribunal Constitucional que el texto de la norma es contradictorio, pues si bien en el inicio de éste se establece un elemento de modo, a saber “*de manera grave*”, en su parte última, excluye que la agresión o lesión infringida sean las configuradas en los artículos del CP, titulados como “*Lesiones Graves*” o “*Lesiones Gravísimas*” (Artículos 123 y 124 del CP). Dicha discordancia produce una apertura del tipo, lo cual conllevaría a que dependiendo del intérprete de la norma, se incluyan ciertas acciones, que son establecidas por CP como contravenciones (como sería el caso de las *Lesiones Levísimas* –Artículo 380 CP –), y para otros no, siendo que no las consideran como acciones “*graves*”, pues precisamente son vistas por dicho cuerpo normativo como acciones de menor rango, puesto que son tipificadas como meras contravenciones.

También, los magistrados determinaron como otro vicio de constitucionalidad del numeral referido, el hecho de que el tipo penal incluyera dos verbos (“*agreda*” y “*lesione*”), ya tipificados y sancionados en distintos artículos por el CP<sup>102</sup>, toda vez que: “[...] *una multiplicidad de conductas diferentes se tratan en la misma norma, de la misma manera y con la misma sanción[...]*”, por lo que se alegó que creaba duda de si el legislador intentó poner como sinónimos lesionar y agredir; duda, que al final de cuentas, se

<sup>101</sup> Es importante recordar que estas discusiones referidas a la amplitud de los términos en los tipos penales, únicamente pueden aplicarse a los elementos normativos del tipo penal, dado a las dificultades de concreción que suelen tener, por el contrario en los elementos descriptivos dicha posibilidad es mucho más reducida ya que las palabras que fungen como tales, sí tienen la posibilidad de traslucir su propio significado, como lo mencionó Bacigalupo, calificándolos como los que se pueden percibir por medio de los sentidos.

<sup>102</sup> Ver Artículos 140 y 141, en relación con la agresión; y los numerales 123 a 127, en cuanto a las lesiones, todos del CP.

toma en un posible perjuicio para las víctimas porque podrían ser sujetos pasivos de comportamientos sancionados de manera más grave por CP, mientras que de conformidad con la Ley No. 8589, son castigados con penas menos severas. Y por otra parte, se estaría causando un menoscabo para los imputados, ya que se les podría imponer una pena de prisión mayor que la establecida en los tipos penales del CP, por conductas consideradas menos severas que las establecidas por éstos.

Otra apreciación sobre este artículo emanado de la Autoridad Jurisdiccional, fue sobre la sintaxis que presentaba, Se destacó el hecho de que en medio de las dos modalidades de los dos verbos (sea grave y reiterada), se incluyera una “o”, con lo que podría surgir la duda de si funge o no como disyuntiva entre el par de maneras de ejecución de los verbos; así se formarían dos pares de opciones: que la conducta de lesionar o agredir se realice una sola vez pero en forma grave, con sólo esto se configuraría el tipo penal y por otra parte, como segunda opción, que se realicen la lesión o la agresión, no en forma grave, pero sí reiterada:

*“Es decir, que basta un solo acto de agresión o lesión, para que haya delito, pero también cuando hay más de uno, en el caso de la reiteración. [...] Entonces “reiteradamente” es que se realice la conducta al menos dos veces (duplicar) o más de dos (varias veces, insistentemente), con lo que se puede producir una confusión para el intérprete al establecer si se está ante un solo hecho punible o ante un concurso material de delitos, de donde recurrir sin más al significado de las palabras en el diccionario no es suficiente para saber cómo y en qué casos resulta aplicable el tipo penal.*

En términos generales, aquellos fueron los argumentos usados por la Sala Constitucional para fundamentar la inconstitucionalidad del artículo de referencia. Mismos que fueron contraatacados por los razonamientos de los otros jueces constitucionales: Calzada Miranda, Vargas Benavides y Cruz Castro, en su voto salvado a la misma resolución.

Sobre la discusión alrededor de la “o”, incluida entre los calificativos del verbo típico: *grave / reiterado*, el grupo salvante del voto concluyó que la “o” es

disyuntiva, y la norma se violenta cuando el sujeto activo realizó una agresión pero también cuando realizó una lesión grave, o por el contrario realizara una agresión o lesión reiterada. No explicaron las razones por las cuales discurrieron en lo anterior. Sin embargo, sí detuvieron su atención en cuanto a la posible amplitud de los términos: "grave" o "reiterada", y justificaron su existencia diciendo que no es tarea legislativa definir aquellas palabras que ya de por sí como integrantes de nuestro lenguaje, son amplias; toda vez que no se puede exigir la inclusión de todas las gamas de circunstancias y situaciones que se puedan presentar en la realidad, con respecto a las conductas indeseadas.

Siguiendo esta argumentación, acentúan la imposibilidad material de creaciones completas, por las mismas características de nuestro lenguaje (impreciso, cambiante), dentro del cual existen ciertos conceptos o palabras que no pueden completarse o bastarse por sí mismos, obligando a la labor legislativa, a utilizar conceptos generales que las personas llamadas a hacer interpretaciones y a aplicarlos conforme, tendrán que determinar ante cada caso concreto si se cumple la letra de los tipos penales.

Ante lo expuesto en el voto de mayoría referente a lo negativo de "*una multiplicidad de comportamientos dentro de un mismo tipo*", los demás magistrados argumentan que no se tomó en cuenta lo establecido por el artículo 23 del CP, que se refiere al concurso aparente de delitos, norma que le exige al juzgador en cada caso concreto, que frente a un comportamiento que *prima facie* encaje en varios tipos penales a la vez, deberá apelar al principio de especialidad de las normas y consecuentemente utilizar el artículo que trate de manera más específica la situación estudiada. El juez penal ante la existencia del artículo 22 de la Ley No. 8589 y aquéllos establecidos por el CP, bajo el título de agresión o lesiones y todas sus modalidades, no pudo pasar por alto el criterio de especialidad del artículo 2 de la Ley No. 8589 (matrimonio o unión de hecho), ganando por especialidad la Ley No. 8589; así se elimina ese llamado perjuicio tanto a la víctima como para el imputado, tal y como lo exponen los magistrados en su voto de mayoría.

Sin obviar el criterio mantenido sobre la necesidad de una descripción de conductas que lesionen el Bien Jurídico integridad física en estos contextos, es asimismo evidente la mala técnica legislativa en la construcción de este tipo penal, no puede ocultarse una contradicción lógica inserta en los extremos del texto, que la Sala Constitucional no podía pasar por alto, no fue apropiado que por un lado se exija la gravedad o reiteración (vocablo que otorga cierto grado de relevancia a la conducta por evocar una constancia) del actuar y en el otro se recorte la magnitud a tipos penales que precisamente fueron creados para recoger conductas menos reprochables por los efectos que provocan en el cuerpo del sujeto pasivo.

No sólo eso, sino que emplea el indeseable método de condicionar su aplicación a la búsqueda de otras normas dentro de la legislación penal (en este caso los artículos de lesiones graves o gravísimas); es decir, en el caso concreto, es necesario antes de determinar si debe aplicarse la Ley No. 8589, realizar un estudio de otras normas penales, para verificar que no se configuren otros delitos establecidos por éstas, las cuales de paso establecen penas mayores.

Las posibles contiendas sobre el tipo de maltrato, ofrecen valor no sólo como antecedentes sino como fijadoras de pautas sobre su debido recogimiento técnico por una ley (o al menos eso es lo deseable). Así, como un intento de llenar el vacío de la declaratoria de inconstitucionalidad, se ha ideado otra fórmula, tal es el caso de la que se presentó ante la Asamblea Legislativa<sup>103</sup>, en la que se propone una redacción para el tipo de maltrato como la siguiente:

***“ARTÍCULO 22.- Maltrato. El que por cualquier medio golpear o maltratar físicamente a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho***

<sup>103</sup> Proyecto de ley presentado ante la Asamblea Legislativa, el 27 de julio de dos mil nueve, por varias magistradas, así como representantes de la Secretaría Técnica de Género del Poder Judicial. El proyecto de ley presenta una propuesta de redacción para los artículos 22 y 25, que fueron declarados inconstitucionales por medio de la sentencia número. 15447-08, de la Sala Constitucional. Éste se fundamenta en la idea de hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia de las mujeres agredidas; toda vez que al ser eliminados éstos, se dio una disminución del 80% de las denuncias vinculadas con esta ley (Marín, 2009). Los textos de los artículos incluidos en este trabajo, fueron tomados del documento supra indicado.

*declarada o no, sin que incapacite o le produzca una incapacidad menor a 5 días para sus ocupaciones habituales se le impondrá pena de prisión de tres meses a un año.*

*La pena será de seis meses a dos años de prisión, al que cause daño en el cuerpo o la salud de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, que le produzca una incapacidad para sus ocupaciones habituales mayor de cinco días y menor a un mes.”*

El primer elemento que se notó con la lectura de esta nueva propuesta, se refiere al empleo de la frase: *“por cualquier medio”*, casi como prototipo por antonomasia de los tipos penales abiertos, por lo que debería cuidarse ese detalle por demás innecesario, pues con el resto de la redacción es suficiente para sugerir las modalidades de ataque al Bien Jurídico integridad física de las mujeres; se observa por demás una inclusión bastante exhaustiva de conductas contra ese valor social que no era necesario consumir en la indeterminación de *“por cualquier medio”*, esta afirmación cobra sentido si se valoran los requerimientos en los resultados sobre la necesaria o no incapacidad.

Por su parte, esa inclusión de los verbos *“golpear”* y *“maltratar”*, principalmente el último, abre un canal de comportamientos, pues maltratar físicamente, puede traducirse en las manifestaciones que van desde cortaduras superficiales en la piel, pellizcos, mordeduras, etc.; y ello no define de manera concreta cuál es el nivel de gravedad que debe poseer ese maltrato.

En cuanto al segundo párrafo de la propuesta, parece enfocarse notablemente en los resultados provocados por la violencia física, yéndose incluso más allá de las meras lesiones, pues hace mención de la salud, como un concepto más integral y distinto del mismo cuerpo, tanto es así que si se da una discusión sobre si la “o” que separa a cuerpo de salud es disyuntiva o copulativa, esto en nada afectaría el tener que admitir que ambos son conceptos diferenciados.

- **Sobre el artículo 25 de la Ley No. 8589, la *Violencia Emocional*.**<sup>104</sup>

Este numeral fue uno de los artículos con materias de regulación más emblemáticas relacionado con las teorías feministas, cuya declaratoria de inconstitucionalidad se hizo recordando los mismos argumentos esgrimidos por el Tribunal años atrás (en la resolución 1800-2005, de las dieciséis horas veinte minutos del veintitrés de febrero de dos mil cinco), hacia el que en ese entonces contenía similar descripción de la conducta que el artículo 25 eliminado, concretamente el numeral 26.

El Magistrado Mora Mora, quien se encargó de la redacción de la sentencia, destacó lo corrosivo de la palabra “*reiteradamente*” para la seguridad jurídica en el Derecho Penal, donde la interpelación que se le hace a la norma, se dirige a saber cuántas veces se puede considerar reiteradamente, para medir si se da por configurado el tipo penal, o valorar la situación según las reglas del concurso material, lo cual implicaría evidentemente, una variación en las penas a imponer. Alrededor de esta misma crítica, se plantean los magistrados la incongruencia de que la norma se violentara, con la realización de uno solo de los comportamientos señalados en al menos dos oportunidades, y que de igual forma se violentara con el cumplimiento múltiple de conductas negativas contra las mujeres.

Adicionalmente, otro punto que fomentó la crítica por parte de la Sala Constitucional, consistió en la referencia del lugar en el cual se podrían desarrollar los comportamientos típicos, concretamente en el espacio “*privado*”, donde los magistrados parecen tener reservas sobre lo viable a nivel probatorio para que este ámbito pueda reconocerse; incluso de una lectura superficial de su criterio, se podría pensar en el requerimiento de una nueva especie de prueba legal tasada para lo que ellos llaman simplemente “*elementos externos y objetivos*”, a partir de lo cual, no es necesario leer entre líneas para detectar cierta apatía a lo que ellos receptan como un obstáculo, para la viabilidad del

---

<sup>104</sup> El antiguo contenido del artículo 25, antes de su declaratoria de inconstitucionalidad era: “***Violencia emocional***. Será sancionada con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, reiteradamente y de manera pública o privada, insulte, desvalorice, ridiculice, avergüence o atemorice a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.”



momento en el cual la Ley No. 8589 o cualquier ley penal especial, se pueda aplicar a acontecimientos que se desarrollaron en “privado”:

*“Y no se desconoce que la mayor incidencia de violencia se produce dentro del ámbito privado, del hombre con la mujer. **Pero se requieren elementos externos y objetivos que permitan probar la ocurrencia de las conductas. Y ello, se repite, por razones de justicia y legalidad que son aplicables a todos los ciudadanos.** Una sanción penal sólo puede imponerse, como reza el artículo 39 constitucional, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.”<sup>105</sup>*

Los magistrados parecen, a pesar de que hacen mención de ella, olvidar el texto de la Convención de Belem do Pará, concretamente su artículo 2°, en el cual al referirse a la violencia contra la mujer, se reconoce como manifestación de la misma, la que: “[...] *tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer [...]*”.

Son innegables las dificultades que como lo exhibe la Sala Constitucional, la falta de otras fuentes probatorias diferentes a la víctima de los delitos, pueda provocar, en el tanto podría el litigio reducirse a anteponer el dicho de las partes (abstrayendo los posibles dictámenes psicológicos a las mujeres)<sup>106</sup>, pero ¿implica esto no dar respuestas a las mujeres víctimas? O más grave: ¿Permitir un doble golpe para los Derechos Humanos de las mujeres, tanto por sus propios agresores como por parte aún del sistema penal, al pretender que las víctimas se adapten al proceso penal, negándoles la atención a sus necesidades según las exigencias de su situación particular?<sup>107</sup>

<sup>105</sup> Lo resaltado en negrita no es del original, pero lo subrayado si corresponde con tal.

<sup>106</sup> Abordajes psicológicos que a nivel judicial, son de bastante utilidad para determinar las capacidades de las personas ofendidas por las agresiones, las cuales inician con la terapia individual, para lograr el “empoderamiento” de la mujer ofendida, término que pretende desarrollarse en la práctica a través de técnicas para brindar “poder” a la mujer, es decir, que vuelva o inicie el proceso de creer en ella misma, el recobrar habilidades para tomar decisiones; así como el darse cuenta de la relación de poder y control en la que se mantiene. (Entrevista Arcia, 2009).

<sup>107</sup> En este sentido, la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) de la OEA, en su Informe No. OEA/Ser. L/V/II, Documento No. 68, del 20 de enero de 2007, titulado “Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, ha criticado la falta de uso de

La palabra “*reiteradamente*”, acarrea problemas de concretización en su significado como ya se vio; sin embargo, las características de las situaciones de violencia contra las mujeres (principalmente en su ámbito de pareja), han reportado manifestaciones que pueden articularse en forma encadenada porque se ha considerado como lesiones sin impacto físico duradero (pellizcos, empujones, bofetadas), motivo por el cual, se encuentran otras alternativas para cubrir de forma legal estas situaciones, como es el caso de denotar su “*habitualidad*” (Entrevista Salazar, 2009), expresión que por su parte podría dar la idea de constancia, no obstante, no se aleja mucho de las críticas que para la modalidad de “*reiteradamente*” se han emitido; además podría presentarse el problema de confusión con el instituto de la *habitualidad*, del artículo 40 del CP.

Poniendo la atención en otro intento por cubrir esa condición de violencia constante en las relaciones de pareja y de paso otra propuesta para cubrir el vacío que dejó el *legislador negativo*, se encuentra en la construcción desde el Poder Judicial:

***“ARTÍCULO 25.- Ofensas a la Dignidad.\_Será sancionado con pena de prisión de dos meses a un año al que ofenda de palabra en su dignidad o decoro, de manera pública o privada a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.***

*Si las ofensas son parte de una conducta sistemática destinada a denigrar o manipular el comportamiento de la mujer y no constituyen el delito de lesiones graves o gravísimas, la pena será de seis meses a dos años de prisión.*

*Las penas contempladas en este artículo se aplicarán aun cuando la convivencia haya cesado por la aplicación de medidas de protección.”*

---

otros medios de prueba dentro de los procesos penales que versan sobre delitos llevados a cabo en contra de las mujeres:

*“Por un lado, la CIDH ha identificado la ausencia de pruebas físicas, científicas y psicológicas para establecer los hechos, lo cual se traduce en el estancamiento de los casos por falta de prueba. Por otro lado, la CIDH ha constatado que la mayoría de los esfuerzos para recopilar evidencia probatoria de actos de violencia contra las mujeres se enfocan en la prueba física y testimonial, en detrimento de otros tipos de prueba que pueden ser cruciales para establecer los hechos como la prueba psicológica y científica. La CIDH asimismo observa la carencia de protocolos que describan la complejidad probatoria de estos casos así como el detalle de las pruebas mínimas que es preciso recopilar para proporcionar una fundamentación probatoria adecuada.” (CIDH, 2007: 56)*

Sugerencia que requiere detenimiento para analizar su construcción, en la cual se destaca el que las ofensas proferidas sean "*parte de una conducta sistemática*", lo cual podría acarrear eventuales problemas en futuros análisis de constitucionalidad, pues aflorarían críticas en torno a que la voz "*sistemática*" evoca constancia de comportamientos, también difíciles de cuantificar y nuevamente se pondrían en práctica, estrategias como las que invocan esas imposibilidades o limitaciones en la oportunidad de producir prueba sobre las conductas dañinas.

Las críticas sobre los problemas semánticos de las diversas palabras como reiteradamente, habitualidad, sistemática, estimulan la búsqueda de otras formas que desprendan menos problemas o que del todo los eliminen (sería lo deseable), y que cumplan con la función de evidenciar que en las situaciones en las que se pretenden penalizar, no se trata de una cuestión "casual", sino de violencia hacia los derechos de las mujeres, por lo que sería aconsejable el empleo de los verbos (los más expresivos posibles) que se consideren dañinos y conjuntamente utilizar otras formas para dar a entender su ejecución constante o repetida, por ejemplo el mantener esos comportamientos, ejecutar esas conductas incluso en forma aislada una de la otra, pero que se configuren como manifestación de comportamientos que tengan como finalidad ofender en la dignidad o decoro.

Por otra parte debe exaltarse, el interés de extender el campo de potenciales afectaciones a Bienes Jurídicos, a los casos en que la convivencia de la pareja ha concluido, dado a la existencia de una orden judicial que dicta medidas de protección (dentro de un proceso de violencia doméstica). Frente a ello, en el caso en que la acción típica se configure bajo estas condiciones, no solamente se estaría cometiendo un delito de "*Incumplimiento de una Medida de Protección*" (como sucede con la ley tal como está), sino también se cometería un delito en concurso ideal de "*Ofensas a la Dignidad*".

Las anteriores ideas constituyen una valiosa fuente de criterios (principalmente técnicos y de estrategias de control constitucional), para analizar los restantes artículos que aún están vigentes en la Ley No. 8589, sin

embargo, debe realizarse también esa faena a la luz del Derecho de la Constitución, integral y verdaderamente proyectado para tales efectos, sin dejar por fuera o debilitar, la *potencia* que la misma Constitución Política le otorga a las convenciones internacionales tantas veces mencionadas; por lo que no solamente se cubrirá la materia con el velo de las resoluciones de la Sala Constitucional, que como se vio en algunos puntos dejan mucho que desear y poco que valorar.

### 3.5.- Título V: Análisis de los tipos penales de la Ley No. 8589, a la luz del Derecho de la Constitución.<sup>108</sup>

#### 3.5.1.- Sección I: Análisis de los tipos penales de la Ley No. 8589.<sup>109</sup>

El primer error en el que se podría caer al hacer un análisis de una ley como la Ley No. 8589, es hacer una búsqueda comparativa en el CP, pretendiendo buscar pares de tipos en él. ¿Y por qué es un error? Por la sencilla razón de que si bien es cierto, en la Ley No. 8589 no se contemplan “*bienes jurídicos nuevos*”, la descripción de los comportamientos que se hizo en dicha norma que los afectan (Bienes Jurídicos), se realizó no observando cómo es posible atacar los Bienes Jurídicos de los “seres humanos” (hombres), sino cómo han sido atacados históricamente los Bienes Jurídicos de las mujeres<sup>110</sup>. No obstante, no es posible dejar de referirse al Artículo 44 de la Ley No. 8589, que indica lo siguiente: “**Aplicación de la parte general del Código**

<sup>108</sup> Se hace la salvedad de que dentro de este trabajo de investigación no se procederá a analizar los tipos penales establecidos en los **Artículos 41 y 42** de la Ley No. 8589, ya que los mismos no se refieren directamente al tema que se pretende dentro del mismo.

<sup>109</sup> Para los análisis que a continuación se realizan, se tomó como referencia la obra de Casas, 2008.

<sup>110</sup> La CIDH en su Informe No. OEA/Ser.L/V/II, Documento No. 68, del 20 de enero de 2007, titulado “*Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctima de Violencia en las Américas*”, concluyó que uno de los obstáculos encontrados en el contenido de la legislación civil y penal, que impiden que exista una verdadera sanción y reparo de las acciones cometidas contra las mujeres en razón de la discriminación de género:

“[...] se relaciona con el lenguaje y el contenido de la legislación, y consiste en deficiencias, vacíos, falta de armonización y en la presencia de conceptos discriminatorios que actúan en detrimento y en desventaja de las mujeres. La Comisión observa la existencia de legislación anacrónica y disposiciones discriminatorias basadas en concepciones estereotipadas del papel social que desempeñan las mujeres y valores como la honra, el pudor y la castidad de la víctima.” (CIDH, 2007: xi)

**Penal.** Para los efectos de esta Ley, se aplicarán las disposiciones de la parte general del Código Penal, de acuerdo con los fines previstos en el artículo 1° de la presente Ley.”; por cuanto debe hacerse el énfasis en que las aplicaciones del CP, son únicamente las de su Parte General, no así aquella que establece los tipos penales (Parte Especial), esto es muy importante para entender los análisis siguientes.

Teniendo clara esta idea, es posible percatarse de dos circunstancias: **1)** a partir de las palabras expuestas, se justifica la existencia de una ley penal especial contra la violencia de género, ante las carencias propias del CP; tal y como se ha venido hablando líneas atrás. Y, **2)** esto permite afirmar que los Bienes Jurídicos de los seres humanos en general –hombres y mujeres –son los mismos, pero los medios, circunstancias y mecanismos de afectación y de protección de éstos, son diferentes, lo cual conlleva a que las normas penales que se crean para sancionar las lesiones a esos Bienes Jurídicos, respondan a las diferentes modalidades de dichos ataques; lo que impide, entonces, que una norma de tutela para un género sea estudiada o analizada a la luz de la norma de tutela general o androcéntrica.<sup>111</sup>

- **Sujeto activo y sujeto pasivo de la Ley No. 8589.**

De conformidad con el artículo 2 de la ley analizada, el **sujeto activo** será aquel hombre que cometa las acciones tipificadas por este cuerpo normativo en contra de la mujer con quien se encuentre casado o en unión de hecho, sea ésta declarada o no.

Asimismo, de acuerdo con el numeral referido, el **sujeto pasivo** será aquella mujer mayor de edad, o bien mayor de quince años y menor de dieciocho años, que sea correlativamente la esposa o conviviente de unión de hecho (sea ésta declarada o no) del sujeto activo.

---

<sup>111</sup> Cabe indicar que muchos estudiosos/as y magistrados/as que han tocado este tema, han caído en este error y han analizado la idea de esta ley, así como su texto, desarrollando un estudio comparativo con la estructura “clásica” (androcéntrica) del CP.

En relación con este tema, el concepto de matrimonio que debe utilizarse es aquél establecido en los artículos 11, 12 y 13 del Código de Familia. En cambio, la discusión se da en cuanto a lo que debe entenderse por *“unión de hecho declarada o no”*.

Siguiendo lo expuesto por Casas, el concepto de unión de hecho no podría tomar el contenido del artículo 242 del Código de Familia<sup>112</sup>, toda vez que éste establece una serie de requisitos que no son relevantes, y no se ajustan a la realidad entendida como ámbito de aplicación por la Ley No. 8589, ya que el concepto fue construido en razón de una finalidad patrimonial (para dar protección económica vinculada con bienes gananciales y pensión alimentaria) para los convivientes.

Tampoco podría establecerse el concepto de unión de hecho establecido en el artículo 112, inciso 1º del CP<sup>113</sup>, ya que éste es un concepto muy restringido para ser utilizado en esta ley, dado que éste se elaboró en razón de los Bienes Jurídicos que se podrían ver afectados por la conducta descrita en el tipo, a saber la integridad familiar (por eso se exige un mínimo plazo de convivencia y además la procreación de uno o más hijos).

En igual sentido, no se podría aplicar el artículo 205 del CPP<sup>114</sup>, por cuanto se trata de un concepto extraído de una norma procesal, la cual tiene presupuestos totalmente diferentes a los de una norma de fondo, pues se trata de determinar el grado de consanguinidad o afinidad, con miras de cumplir las exigencias del artículo 36 de la Constitución Política, que establece el derecho de toda persona de abstenerse de declarara en contra de un familiar.

---

<sup>112</sup> **“Artículo 242.-** *La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.”*

<sup>113</sup> **“Artículo 112.- Homicidio calificado.-** *Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate: 1. A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinado si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho.”* (El subrayado no es del original).

<sup>114</sup> **“Artículo 205.-** *Facultad de abstención Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.”*

Finalmente Casas concluye, lo cual se considera muy acertado, que en vista del artículo 3 de la Ley No. 8589, el cual establece las fuentes de interpretación de este cuerpo legal, posicionando en primer lugar la CEDAW y la Convención de Belem do Pará; la concepción de unión de hecho que se ajusta con mayor adecuación es la que se colige del artículo 2 de la Convención de Belem do Pará, siendo la siguiente:

*“Artículo 2º: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:  
**que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer,**  
y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual [...]”.* (El subrayado no es del original)

Ahora bien, de conformidad con los lineamientos del Derecho de la Constitución y el artículo 3 de la Ley No. 8589, que establecen que la Convención de Belem do Pará cuenta con una aplicación preferente con respecto a la Constitución Política, así como en miras de lo indicado en el artículo 2 transcrito en líneas atrás, el concepto de unión de hecho que debe ser utilizado en la aplicación de la Ley No. 8589, no debe incluir requisitos ni de tiempo (un plazo mínimo de convivencia) ni de forma (haber procreado hijos u otro tipo de requisitos como el estado civil), toda vez que dicho numeral indica que la violencia contra las mujeres se da *“en cualquier otra relación interpersonal”* (relaciones dentro de las cuales podrían encontrarse las relaciones de convivencia de hecho).

Además, no podrían utilizarse las definiciones de unión de hecho establecidas por la legislación costarricense, toda vez que en ellas también se limita la valía de la mujer por sí misma, y condiciona su tutela a su vínculo familiar, sea por tiempo de convivencia con el agresor o por la existencia de hijos en común; en este sentido, esta tutela sólo cubriría a la mujer siempre y cuando cumpla la condición de madre, esposa, o “concubina”, y no como un ser humano pleno.

Por otro lado, tomando en cuenta la frase “*comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer*” en el referido artículo 2 de la Convención de Belem do Pará, también podría considerarse que las conductas de violencia de esta naturaleza, podrían ser desempeñadas por los ex cónyuges o ex convivientes; pues aquélla da la impresión de que se refiere a relaciones anteriores (situaciones no muy alejadas de la realidad dado a que el ciclo de violencia no necesariamente termina cuando los miembros de la pareja se separan).

Cabe señalar que esta última afirmación no es utilizada según la interpretación jurídica costarricense, dado que en el artículo 2 de la Ley No. 8589, se estableció la frase “**en el contexto** de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no”, lo cual se constituye en un impedimento expreso para recurrir a la anterior interpretación, de tal forma que se aplica únicamente a relaciones actuales (de matrimonio o unión de hecho).

Se critica la restricción que hace la Ley No. 8589, en el ámbito de protección que establece, en la medida en que al fundamentar su existencia en la Convención de Belem do Pará, aún así lo limita únicamente a aquellas relaciones de matrimonio o de unión de hecho declarada o no, en las cuales exista convivencia de los sujetos, dejando de lado muchas otras relaciones que claramente podrían verse insertas en este tipo de situaciones de violencia, como serían aquéllas en las que la convivencia ya ha terminado, así como los vínculos de noviazgo<sup>115</sup>; todo ello deviene en una invisibilización de las relaciones de poder dentro de los ejemplos citados.

---

<sup>115</sup> “Piénsese [...] en las otras mujeres de la unidad familiar: la hija que sabe que su padre hace objeto de violencia a su madre, al margen de que necesariamente tiene que estar sufriendo psicológicamente por esa situación, está empapándose no del comportamiento machista, sino de la actitud pasiva –sumisa– de la madre y está aprendiendo patrones de comportamiento que repetirá en su futuro: esa es la cadena de violencia doméstica, frente a la que hay que luchar. Ello determina que la violencia de género contra la mujer en el ámbito privado o familiar comienza muchas veces antes del matrimonio o del momento en el que se inicia la vida en pareja.” (Acale, 2006: 78)



- **Los Bienes Jurídicos contemplados por la Ley No. 8589.**

Como ha sido de reiterada mención, la particularidad más destacada de la Ley No. 8589 no puede limitarse únicamente a la creación de ciertos tipos penales, sino a la diferente modalidad de contemplación de los Bienes Jurídicos que se realizó. Esta separación entre Bienes Jurídicos y tipos penales es lo que permite rescatar el aporte que ha hecho la Ley No. 8589, y paralelamente encontrarse libres de ataduras, para criticar los defectos técnicos de los tipos penales insertos en ésta.

Este razonamiento permite afirmar que la importancia de esta ley, no fue la creación de tipos penales dirigidos a sancionar la violencia doméstica, sino el reconocimiento por parte del Estado, de que el Derecho en general da un trato diferente y discriminatorio a las mujeres, inclusive desde la protección de sus Derechos Humanos.

- **Artículo 8 de la Ley No. 8589: “Circunstancias agravantes generales del delito”.**

Otro de los elementos generales para los tipos penales establecidos dentro de la Ley No. 8589, se encuentran las “*Circunstancias Agravantes Generales del Delito*”, que se conforman como elementos accesorios del verbo, aplicables a todos los tipos, con excepción del delito de *Femicidio*, y de aquéllos que tomen dichas circunstancias como necesarias para constituir el tipo.

Con relación a este punto, no se tiene objeción alguna, pues se considera que éstas no contemplan roces con el Derecho de la Constitución y sus principios.

- **Delitos de violencia física (Artículos 21 y 23 de la Ley No. 8589).**

- ✓ Artículo 21: “Femicidio”.

El artículo de referencia indica:

**“ARTÍCULO 21.- Femicidio.** *Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.*”

El numeral es un tipo penal cerrado, toda vez que el verbo utilizado (“*dé muerte*”) se define en sí mismo, y no requiere de otros elementos para que los sujetos destinatarios de la ley, puedan entender los alcances de dicho numeral. No cuenta con elementos accesorios del verbo ni normativos. Se considera que este tipo penal se encuentra acorde con el Derecho de la Constitución.

- ✓ Artículo 23: “Restricción a la Libertad de Tránsito”.

Éste establece que:

**“ARTÍCULO 23.- Restricción a la libertad de tránsito.** *Será sancionado con pena de prisión de dos a diez años, quien, sin ánimo de lucro, prive o restrinja la libertad de tránsito a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.*

*La conducta no será punible, si la restricción es impuesta por el jefe o la jefa de familia como medida para salvaguardar la integridad y la seguridad de ella o la de los otros miembros del grupo familiar.”*

El tipo penal en cuestión establece como conducta a sancionar el “*privar o restringir la libertad de tránsito*”, acción que al igual que el tipo anterior, trasluce su significado en sí mismo. Además, contiene un elemento accesorio del verbo, cual es la ejecución de las conductas “*sin ánimo de lucro*”. Por otro

lado, existe un elemento normativo: la libertad de tránsito, cuyo contenido se establece mediante el artículo 22 de la Constitución Política<sup>116</sup>.

Se considera que este tipo penal no debería pertenecer dentro de este capítulo, toda vez que éste recoge los tipos penales que sancionan los menoscabos a los Bienes Jurídicos vida e integridad física (el cual era contemplado por el ya eliminado artículo 22); y aquél recoge el Bien Jurídico libertad de tránsito; todo ello porque la libertad como concepto filosófico es más amplio que la vida y la integridad física.

Observando el segundo párrafo de este tipo penal, se deben apuntar un aspecto, el cual se refiere a la apariencia incomprensible, *prima facie*, el que se haga mención de conductas ejecutadas por parte de otros sujetos que no tienen conexión alguna con el sujeto activo. Esto puede explicarse como una de las manifestaciones asistemáticas de la ley, porque evidentemente no tiene sentido su existencia en ningún artículo de la ley en general.

Sin embargo, observando las versiones anteriores de la norma (los textos sustitutivos del proyecto de ley), éstas tenían pretensiones más ambiciosas para su ámbito de cobertura, ya que al establecer la fórmula de "*relaciones de poder y confianza*", se incluían vínculos interpersonales que van más allá del ámbito doméstico, como por ejemplo, relaciones laborales, de amistad, o relaciones familiares con parientes de grados de consanguinidad o afinidad más alejados, entre otros. En vista de lo anterior, este párrafo tendría sentido, si dicha frase todavía existiese, porque también se podría considerar como sujetos activos a los padres y madres de las víctimas.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> **Artículo 22.-** *Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país.*

<sup>117</sup> Este resabio de tutela amplia, recogido en la frase de "*relaciones de poder y confianza*", también se mantiene en el artículo 2 de la Ley No. 8589, en su última oración: "[...] siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental."

- **Delitos de violencia psicológica (Artículos 26 y 27 de la Ley No. 8689).**

✓ Artículo 26: “Restricción a la Autodeterminación”.

El texto del numeral referido establece:

**“ARTÍCULO 26.- Restricción a la Autodeterminación.** *Se le impondrá pena de prisión de dos a cuatro años a quien, mediante el uso de amenazas, violencia, intimidación, chantaje, persecución o acoso, obligue a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a hacer, dejar de hacer o tolerar algo a lo que no está obligada.”*

En relación con el verbo, el tipo penal establece la siguiente conducta: “obligar al sujeto pasivo a hacer, dejar de hacer o tolerar algo a lo que no está obligada”. Los elementos accesorios del verbo consisten en la forma por medio de la cual se lleva a cabo la acción, a saber: “el uso de amenazas, violencia, intimidación, chantaje, persecución o acoso”. Asimismo, se encuentra un elemento subjetivo distinto del dolo, el cual es ejecutar esta acción con la finalidad de que el sujeto pasivo haga, deje de hacer o tolere algo a lo que no está obligado.

En cuanto a los elementos normativos se establecen las amenazas, la violencia, la intimidación, el chantaje, la persecución y el acoso. Se considera que estos elementos convierten a este numeral, en uno de los artículos más representativos de este tipo de violencia, ya que: “[...] deben ser establecidos a partir del abuso de poder por parte del sujeto activo.” (Casas, 2008: 302). Cabe indicar que los elementos normativos, específicamente, las amenazas, deben tener la capacidad suficiente para poder ejercer influencia sobre el sujeto pasivo, pues de no ser así no se estaría lesionando el Bien Jurídico contemplado por la norma: la integridad psicológica.

No obstante lo anterior, se encuentra que el concepto “violencia” como elemento normativo es muy amplio, por cuanto no se determina qué tipo de violencia es la que se pretendía contemplar en este artículo (física o

emocional). Dado a lo anterior, únicamente cabrían los casos en los cuales el sujeto activo se valga de la **violencia emocional** para perpetuar el hecho, dado a que el tipo penal se encuentra dentro del contexto del capítulo que regula los delitos de violencia psicológica.

✓ Artículo 27: “Amenazas contra una Mujer”.

El numeral 27 tiene como contenido lo siguiente:

**“ARTÍCULO 27.- Amenazas contra una mujer.** *Quien amenace con lesionar un bien jurídico de una mujer o de su familia o una tercera persona íntimamente vinculada, con quien mantiene una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, será sancionada con pena de prisión de seis meses a dos años.”*

El artículo 27 establece como verbo el *amenazar* al sujeto pasivo, a su familia o a una tercera persona con quien ésta se encuentre íntimamente vinculada. Tal y como se indicó supra, la amenaza debe tener el potencial suficiente de influir en la persona a la cual se dirige, por cuanto de lo contrario no se estaría lesionando Bien Jurídico alguno.

Por otro lado, se estima que el haber incluido la frase *“lesionar un bien jurídico”* es innecesaria porque obviamente cuando se realiza una amenaza, ésta suele referirse a realizar un daño en contra de un Bien Jurídico de otra persona (ya sea el sujeto pasivo o terceros vinculados con el primero). Además, esa frase se presta para confusiones ya que a nivel del *lego* este concepto se encuentra fuera de su conocimiento.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> Sin embargo, este error no es exclusivo de la Ley No. 8589, por cuanto se puede ver en todo el ordenamiento jurídico, y en el sistema legal en general: *“Claro está que las nociones jurídicas tienen que ser definidas y precisadas. No hay nada reprochable en hacerlo; es más: es necesario hacerlo. El problema estriba en que esas definiciones van sólo dirigidas a entendidos y no existe la preocupación para que los justiciables o a las víctimas comprendan qué les pasó en el proceso.”* (Salazar, n.f. en <http://www.poder-judicial.go.cr/digesto/publi6.htm>, consultada el 6 de junio, a las 10:00 horas)

- **Delitos de violencia sexual (Artículos 29 a 31 de la Ley No. 8589).**

Antes de iniciar el análisis de los tipos penales referentes a este apartado, se procederá a estudiar el Artículo 32, que establece una serie de características que agravan las sanciones penales de los tipos de esta naturaleza:

***“ARTÍCULO 32.- Formas agravadas de violencia sexual.***

*La pena por los delitos referidos en los tres artículos anteriores se incrementará hasta en un tercio, si de la comisión del hecho resulta alguna de las siguientes consecuencias:*

- a) Embarazo de la ofendida.*
- b) Contagio de una enfermedad de transmisión sexual a la ofendida.*
- c) Daño psicológico permanente.”*

Simplemente cabe indicar que este numeral establece tres situaciones que podrían ser resultados colaterales de los tres tipos establecidos en el Capítulo de estudio. Asimismo, este tipo de técnica jurídica incide básicamente para efectos de fijación de la pena, agravándola en vista de que se produce un resultado negativo mayor en comparación con el contemplado por los tipos penales en su redacción básica.

En vista de lo anterior, en la aplicación de la norma en los casos de delitos de violencia sexual, cabe la posibilidad de aplicar una doble agravante en la pena, si se llegara a cometer la acción bajo alguna de las circunstancias agravantes del artículo 32, así como bajo una de las circunstancias agravantes del artículo 8.

✓ Artículo 29: “Violación contra una Mujer”.

El texto del artículo es el siguiente:

***“ARTÍCULO 29.- Violación contra una mujer. Quien le introduzca el pene, por vía oral, anal o vaginal, a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, contra la voluntad de ella, será sancionado con pena de prisión de doce a dieciocho años. La misma pena será***

*aplicada a quien le introduzca algún objeto, animal o parte del cuerpo, por vía vaginal o anal, a quien obligue a la ofendida a introducir, por vía anal o vaginal, cualquier parte del cuerpo u objeto al autor o a sí misma."*

Este tipo penal establece tres verbos que configuran la conducta sancionada: **1) introducir** el pene, por vía oral, anal o vaginal; **2) introducir** algún objeto, animal o parte del cuerpo, por vía vaginal o anal; y, **3) obligar** al sujeto pasivo *a introducir* cualquier parte del cuerpo u objeto, sea por vía anal o vaginal, al sujeto activo o a ella misma. Como elemento accesorio del verbo, se establece que sea en contra de la voluntad de la mujer.

Retomando el tema del verbo del tipo penal, se debe llamar la atención en cuanto a la segunda y tercera conducta sancionada, por cuanto deja por fuera la posibilidad de introducir o que se obligue introducir cualquier parte del cuerpo, objeto o animal por la vía oral. Se estima que en este caso existiría un vacío legal porque no se considera como un comportamiento lesivo al Bien Jurídico libertad sexual, la introducción de un objeto, animal o parte del cuerpo en la boca del sujeto pasivo, siendo que se considera que dicha conducta sí configura el delito de violación, toda vez que la introducción de un animal, objeto o parte corporal dentro del cuerpo de la mujer, se comete para la satisfacción del libido del sujeto activo, en detrimento de la libertad sexual del sujeto pasivo.

Finalmente, se considera que la Ley No. 8589 presenta un vacío legal ya que no establece un tipo penal que sancione la comisión de abusos sexuales, por lo que tendría que recurrirse al Artículo 162 del CP, o bien, el Artículo 161 CP (en caso de que la víctima fuese mayor de quince años y menor de dieciocho años).

✓ Artículo 30: "Conductas Sexuales Abusivas".

El numeral establece:

**"ARTÍCULO 30.- Conductas sexuales abusivas.** Se le impondrá sanción de pena de prisión de tres a seis años, a quien obligue a una mujer con la cual mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a soportar durante la relación sexual actos que le causen dolor o humillación, a realizar o ver actos de exhibicionismo, a ver o escuchar material pornográfico o a ver o escuchar actos con contenido sexual."

El verbo de este tipo penal consiste en *obligar* a soportar durante la relación sexual actos que causen dolor o humillación u obligar al sujeto pasivo a: **1)** *"realizar o ver actos de exhibicionismo"*, **2)** *"ver o escuchar material pornográficos"*, o **3)**, *"ver o escuchar actos con contenido sexual"*.

En cuanto a los elementos accesorios al verbo, se encuentra un elemento temporal, esto es, que las conductas sean perpetradas durante la relación sexual, el cual se requiere para que se configure únicamente de la modalidad del verbo, referida a la obligación de soportar actos que le causen dolor o humillación.

También existen elementos normativos, como es el caso del concepto de *"exhibicionismo"*, el cual obtiene su contenido por medio de la contravención establecida por el artículo 385.6 del CP<sup>119</sup>. Además, el término de *"material pornográfico"*, el cual podría definirse, tal y como lo indica Casas, como: *"[...] un material que contiene la descripción o exhibición explícitas de actividades de órganos o actividades sexuales, concebido para estimular sentimientos no tanto estéticos o emotivos, como eróticos."* (Casas, 2008, 303)

Se estima que el concepto *"humillación"* no cumple con los requisitos necesarios del Principio de Tipicidad, ya que es una fórmula muy amplia que no establece parámetros específicos que determinen la gravedad en la afectación del Bien Jurídico contemplado (lo que a su vez, podría repercutir en la lesión

<sup>119</sup> **"Artículo 385.-** Se impondrá de cinco a treinta días multa: [...] **Exhibicionismo.** 6) A quien, en lugar público, se mostrare desnudo o exhibiere sus órganos genitales."



del Principio de Lesividad, ya que podría no darse un menoscabo lo suficientemente serio como para que sea atendida por el Derecho Penal), toda vez que dicho término alude a un mero sentimiento cuya comprobación y nivel de trascendencia son de muy difícil alcance (habría que ver hasta dónde los dictámenes periciales serían capaces de detectar este tipo de sentimiento); y además, éste da la impresión de ser un sentimiento temporal (que no deja secuelas psicológicas), lo cual no establece un verdadero carácter de suficiente gravedad como para que dicha acción deba ser sancionada por medio del Derecho Penal.

✓ Artículo 31: "Explotación Sexual de una Mujer".

El texto se refiere en los siguientes términos:

***"ARTÍCULO 31.- Explotación sexual de una mujer. Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien obligue a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a tener relaciones sexuales con terceras personas, sin fines de lucro."***

En cuanto al verbo del tipo penal se indica el *obligar* a una mujer a tener relaciones sexuales con terceras personas. Existe también, un elemento accesorio del verbo, a saber el que la acción se realice sin fines de lucro. Asimismo, existen elementos normativos dentro del texto del tipo penal, los cuales son adecuadamente detectados por Casas:

*"a- Terceras personas: Cualquier persona, hombre o mujer, que no esté incluida (o) en la relación de matrimonio o unión de hecho. [...] c.- Relaciones sexuales: Definidas en el artículo 156 del Código Penal "quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con persona de uno u otro sexo."*  
(Casas, 2008: 303)

Según Casas, la inexistencia de fines de lucro en la acción descrita, admite la posibilidad de aplicar, entonces, los tipos penales contemplados por los Artículos 169 (*Proxenetismo*) y 171 (*Rufianería*) del CP, ya que estos numerales sí incluyen la acción referida pero con fines de lucro.

- **Delitos de violencia patrimonial (Artículos 34 a 39 de la Ley No. 8589).**

✓ Artículo 34: "Sustracción Patrimonial".

El artículo determina:

**"ARTÍCULO 34.- Sustracción patrimonial.** *Será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años, quien sustraiga, ilegítimamente, algún bien o valor de la posesión o patrimonio a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho o declarada o no, siempre que su acción no configure otro delito castigado más severamente."*

El verbo de este artículo consiste en *sustraer* ilegítimamente algún bien o valor de la posesión o patrimonio a una mujer, también existe un elemento accesorio del verbo, ya que se establece que la sustracción debe darse de manera *ilegítima*.

Por otra parte, dentro de los elementos normativos del tipo, según Linda Casas, se encuentra el mismo verbo y el modo, el cual define como:

*[...] un concepto genérico que define la acción de apoderarse ilegítimamente, de modo que en esta norma de la Ley de Penalización se hallan comprendidas las acciones de apoderarse ilegítimamente de los bienes o valores del sujeto pasivo, en las hipótesis del robo y del hurto, normas que pueden aplicarse en el caso de que la pena prevista por esas normas sea superior a la del artículo 34 de la Ley de Penalización."* (Casas, 2008: 304).

De conformidad con ese concepto y siguiendo la pauta contenida en el artículo estudiado, esto es cuando no se configure otro delito castigado más severamente, cuando se cometan las acciones establecidas por los artículos 209 (*Hurto Agravado*), 212 inciso 2 y 3 (*Robo Simple*) y el artículo 213 (*Robo Agravado*), tendrían que aplicarse necesariamente éstos, toda vez que presentan una sanción más severa que en la presente norma.

Esta remisión a otras normas, basada en la posibilidad de aplicar una pena más severa al sujeto activo, obliga a hacer un escrutinio del resto del ordenamiento jurídico, para detectar esa mayor severidad. Esta tendencia ha sido negativamente calificada como una inclinación hacia los tipos penales abiertos, en la medida en que el artículo no se cierra en sí mismo, sino que deja en suspenso la posibilidad de que sea efectivamente aplicado, hasta que el intérprete detecte esas otras leyes en las cuales se penalicen conductas similares con un mayor *quantum* de pena (Arias, 1990: 77).

Asimismo, se considera que esa remisión es inadecuada, por cuanto la idea de la Ley No. 8589 consiste en redireccionar la aplicación del Derecho Penal “clásicamente” dada por el CP, hacia una Perspectiva de Género, con la finalidad de que al aplicarse esta rama del Derecho en los casos de violencia contra las mujeres, no se genere una discriminación hacia ellas ante la redacción de dicho cuerpo normativo. En razón de lo anterior, parece contradictorio (y antagónico a la finalidad de esta ley) el que se remita a otros tipos penales “clásicos”, ya que sería recaer en lo que se pretenden evitar por medio de la norma en cuestión.

La posible solución hubiese sido la creación de un tipo penal completo que evitara las remisiones a la normativa “clásica” del CP, el que únicamente observa el quantum de los sustraído, y no el que se realice la conducta aprovechándose de la situación de violencia que se viene ejerciendo sobre la mujer. Y, por esa misma circunstancia, dentro del mismo artículo 34, se debieron establecer los montos para la aplicación de la norma en cuestión, para evitar que la aplicación del Derecho Penal se extendiera a la sustracción de objetos no tan significativos económicamente.

Otros elementos normativos son la *posesión* y el *patrimonio*, que han sido definidos respectivamente por Casas de esta forma: “*Posesión: Es un hecho que permite a una persona tener la cosa en su poder y disponer de ella. Patrimonio: Del conjunto de bienes que pertenecen a una persona.*” (Casas, 2008: 304).

Finalmente la discusión se centra en cuanto al concepto de *valor*, ya que del todo no es posible colegir su significado, podría entenderse la idea de que se está hablando de un valor de comercio, por ejemplo una acción de una sociedad; no obstante cuando se hace una lectura del artículo éste dice: “*valor de la posesión o patrimonio*”, no así valor perteneciente al sujeto pasivo, por lo que se da a entender que no se trata entonces de un valor comercial, o por el contrario que dicha frase está mal redactada.

✓ Artículo 35: “Daño Patrimonial”.

La norma indica:

**“ARTÍCULO 35.- Daño patrimonial.** *La persona que en perjuicio de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, destruya, inutilice, haga desaparecer o dañe en cualquier forma, un bien en propiedad, posesión o tenencia o un bien susceptible de ser ganancial, será sancionado con una pena de prisión de tres meses a dos años, siempre que no configure otro delito castigado más severamente.”*

El primer punto a destacar son los verbos que contiene el tipo penal, los cuales serían: *destruir, inutilizar, hacer desaparecer, o dañar*, precisamente “*en cualquier forma*” como un elemento accesorio de modo de estos verbos. Esta frase, puede presentarse como falta de contenido sólido, sin embargo, su unión con los verbos de los cuales es accesoria, le ofrecen un grado considerable de concreción, pues son formas verbales que especifican bastante bien las actuaciones que llenan su significado, pero estas consideraciones no logran aún cubrir la apertura de la frase pudiendo tener roces con el Principio de Tipicidad.

Otra palabra que presenta problemas con su interpretación es “*bien*”. Ésta es amplia, puede ser cualquier cosa u objeto material o inmaterial, podría salvarse un poco por su vínculo con los demás elementos que del artículo se desprenden, cual sería el hablar de bienes muebles o de bienes inmuebles.

Es posible destacar cómo en la primera parte se hace referencia a bienes no gananciales, sino más bien a bienes que aleatoriamente podría mantener la mujer en mera posesión, lo que incluso implicaría que se trate de bienes ajenos; en la segunda parte del artículo se habla de bienes susceptibles de ser gananciales.

✓ Artículo 36: “Limitación al Ejercicio del Derecho de Propiedad”.

El contenido del artículo hace referencia a:

**“ARTÍCULO 36.- Limitación al ejercicio del derecho de propiedad.** *Será sancionada con pena de prisión de ocho meses a tres años, la persona que impida, limite o prohíba el uso, el disfrute, la administración, la transformación, la enajenación o la disposición de uno o varios bienes que formen parte del patrimonio de la mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.”*

En relación con los verbos que contiene este artículo, corresponden a *impedir, limitar, prohibir*. Estos comportamientos se vinculan con la afectación en contra de los derechos que integran la propiedad, como el uso, el disfrute, la administración, la transformación, enajenación o la disposición.

Entonces, para efectos de aplicación del presente artículo, se toman en cuenta todos los bienes de la mujer que se encuentren dentro de su patrimonio, incluso aquellos que son susceptibles de ser gananciales, de conformidad con lo establecido por la legislación costarricense sobre Derecho de Familia<sup>120</sup>; además, de aquéllos de los cuales sólo haga ejercicio del derecho de posesión u otro derecho que se constituya como atributo del derecho de propiedad.

Un aspecto relevante a tomar en cuenta a la hora de aplicar este artículo a casos concretos, es el determinar los “motivos” por los cuales el sujeto activo efectúa algunas de las conductas en cuestión; toda vez que, al incorporarse dentro del artículo referido todos los bienes del patrimonio de la mujer, también

---

<sup>120</sup> Artículo 41 del Código de Familia.

se incluyen, como se indicó anteriormente, los bienes susceptibles de ser gananciales.

En este sentido, el juzgador debe, necesariamente por las características de este tipo de delito, antes de aplicar la Ley No. 8589, constatar que efectivamente la conducta se realiza como una forma más para perpetuar la violencia sobre la mujer (en este caso podría ser tanto violencia patrimonial, como violencia psicológica), y no como una forma de defender un interés legítimo por parte del esposo o conviviente de hecho, para evitar que la mujer le cause una afectación patrimonial.

En suma, lo medular es determinar la existencia de una situación de violencia ejercida por el hombre sobre la mujer, y que su conducta se ejecuta con miras de causar deliberadamente un mal a la segunda; y no, así, defender sus derechos reales, pues en este caso, se estaría, cuidado y no, ante una situación de legítima defensa.

Por otra parte, este artículo se constituye en un claro ejemplo de un delito *pluriofensivo*, tal y como se explicó anteriormente, en la medida en que a pesar de que se lesiona el Bien Jurídico disposición patrimonial (por cuanto la conducta tipificada se dirige a evita el libre ejercicio de los derechos patrimoniales por parte de la mujer), asimismo, lesiona el Bien Jurídico autodeterminación, esto es, porque la acción se traduce, también, en una forma especial de ejercer violencia psicológica sobre el sujeto pasivo, al impedir, limitar o prohibir el ejercicio de su voluntad.

- ✓ Artículo 37: “Fraude de Simulación sobre Bienes Susceptibles de Ser Gananciales”.

La redacción del numeral es la siguiente:

**“ARTÍCULO 37.- Fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales. Será sancionado con pena de prisión de ocho meses a tres años, la persona que simule la**

*realización de un acto, contrato, gestión, escrito legal o judicial, sobre los bienes susceptibles de ser gananciales, en perjuicio de los derechos de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, siempre que no configure otro delito castigado más severamente”.*

En relación con los verbos típicos de este artículo se establece únicamente *simular*, sea la realización de un acto, un contrato (puede pensarse que se refiere a un contrato de índole civil, comercial, administrativo, etc), así como otras diligencias.

La mención hacia el castigo más severo que se reitera en este tipo es posible ubicarla en el artículo número 218 del CP<sup>121</sup>, que dispone sanciones de seis meses a diez años, determinados por la cuantía de los bienes sustraídos.

Frente a la redacción de este tipo penal, es posible plantear similares críticas a las realizadas en contra del artículo 34 de la ley en cuestión, referidas a que se debió construir un tipo penal completo y no caer en el error de hacer remisiones al tipo penal “clásico” del CP, ello porque el “*Fraude de Simulación sobre Bienes Susceptibles de Ser Gananciales*” contempla una manifestación de violencia ejercida por el hombre sobre la mujer, y reconoce entonces, las particularidades, a diferencia del CP, de las situaciones de violencia de género estudiadas.

Y además, ello genera inseguridad jurídica, en cuanto a la aplicación de la pena, violentando el Principio de Legalidad Penal, por cuanto deja supeditada la aplicación de las penas contenidas en el artículo 37, a la determinación de sanciones mayores en la normativa del CP, todo ello, según el criterio del juez que conozca la causa penal.

---

<sup>121</sup> **Artículo 218.** *Fraude de Simulación.- Se impondrá la pena indicada en el artículo 216, según sea la cuantía, al que, en perjuicio de otro para obtener cualquier beneficio indebido, hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o excediere falsos recibos o se constituyere el fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho embargar, con el fin de eludir el pago de la fianza.”*

✓ Artículo 38: “Distracción de las Utilidades de las Actividades Económicas Familiares”.

El artículo dispone:

**“ARTÍCULO 38.- Distracción de las utilidades de las actividades económicas familiares. Será sancionada con pena de prisión de seis meses a un año, la persona que unilateralmente sustraiga las ganancias derivadas de una actividad económica familiar o disponga de ellas para su exclusivo beneficio personal y en perjuicio de los derechos de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.”**

El numeral establece dos verbos: **1) sustraer** y **2) disponer**, los cuales deben realizarse en relación con las ganancias derivadas de una actividad económica familiar.

Además, el tipo contempla un elemento subjetivo distinto del dolo, por cuanto exige que para la configuración del tipo, la acción se ejecute con la intención de generar un *“exclusivo beneficio personal”*; ante lo cual, no podría considerarse como delito aquellas acciones cometidas siguiendo la descripción del tipo penal, pero cuya finalidad sea para beneficiar a otra persona distinta del sujeto activo.

Otro punto importante es, que debe tomarse en cuenta que la acción ejecutada debe, necesariamente, causar un perjuicio a *“los derechos”* del sujeto pasivo. La utilización de la palabra *“derechos”* genera una amplitud peligrosa del tipo penal, por cuanto no establece a qué tipo de derechos se refiere, por lo que cabría cualquier conducta que se dirija en contra de una actividad familiar, la cual no cause un daño directo a la integridad patrimonial del sujeto pasivo; pero que lesione otros derechos subjetivos de ésta, los cuales pueden no ser de naturaleza patrimonial.

Por otro lado, el tipo penal no indica el grado de afectación a la integridad patrimonial, lo cual deja abierto a la sanción con pena privativa de libertad, de cualquier conducta que encaje con la descripción del artículo, aún



cuando el daño al Bien Jurídico contemplado por la norma, no sea lo suficientemente grave como para ser penado por el Derecho Penal.

Finalmente, el tipo penal establece como elementos normativos: **1) sustraer** (concepto que ya fue definido en los apartados anteriores), **2) disponer** (que según Casas, significa: “[...] darle un determinado destino a un bien o cosa.” (Casas, 2008: 307)) y, **3) actividad familiar** (cuyo concepto es indicado por Casas: “[...] actividad empresarial que involucra a los miembros de la familia que aportan su trabajo y recursos para el desenvolvimiento empresarial.” (Casas, 2008: 307))

✓ Artículo 39: “Explotación Económica de la Mujer”.

El texto es el siguiente:

**“ARTÍCULO 39.- Explotación económica de la mujer.** La persona que, mediante el uso de la fuerza, la intimidación o la coacción, se haga mantener, total o parcialmente, por una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, será sancionada con pena de prisión de seis meses a tres años.”

En cuanto al verbo del tipo penal en cuestión, se establece el “*hacerse mantener*”. Asimismo, se incluyen dos elementos accesorios del verbo, uno referido al modo en que el sujeto activo debe hacerse mantener: “*total o parcialmente*”; y el otro, que indica los medios por los cuales el sujeto activo debe hacerse mantener: “*el uso de la fuerza, la intimidación o la coacción*”.

Además, se clasifican como elementos normativos, la intimidación (se refiere a una forma de ejercer violencia moral sobre una persona), y la coacción (cuyo concepto que debe tomarse del establecido por el Artículo 193 CP<sup>122</sup>).

---

<sup>122</sup> **“Artículo 193.- Coacción.** Será reprimido con prisión de uno a dos años o cincuenta a doscientos días multa, el que mediante amenazas graves o violencias físicas o morales compeliere a otro hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no esta obligado.”

Se considera que el tipo penal es muy claro, razón por la cual, no se encuentra en este numeral, vicios que lo contrapongan con el Derecho de la Constitución.

- **Incumplimiento de una medida de protección (Artículo 43 de la Ley No. 8589).**

✓ Artículo 43: “Incumplimiento de una Medida de Protección”.

El numeral expone:

***“ARTÍCULO 43.- Incumplimiento de una medida de protección. Será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años, quien incumpla una medida de protección dictada por una autoridad competente, dentro de un proceso de violencia doméstica en aplicación de la Ley contra la violencia doméstica.”***

El tipo penal sancionado por este artículo se configura cuando el sujeto activo incumple con una medida de protección dictada a favor del sujeto pasivo, por una autoridad judicial competente, en aplicación de la LVD, dentro de un proceso judicial de ésta índole.

Es evidente que, para que la acción pueda ser considerada típica, el sujeto activo debe, necesariamente, haber sido notificado formalmente de la resolución judicial, pues de lo contrario, no se le podría exigir un conocimiento de las órdenes contenidas en la misma, lo cual impediría que se cumpla con el requisito del elemento subjetivo del tipo penal, toda vez que se trata de un delito doloso.

Se estima importante llamar la atención en cuanto al bien jurídico contemplado por este numeral, por cuanto se trata de la Autoridad Pública, es decir, no es la lesión de un Bien Jurídico propio del sujeto pasivo, ya que el resultado de la acción ejecutada por el sujeto activo, es a fin de cuentas, el no acatar con los mandatos dictados por un juez de la República. No obstante, no

puede perderse de vista que, como se indicó anteriormente, los delitos establecidos por esta ley, tienden a ser *pluriofensivos*, en este caso, porque además de tomar en cuenta a la Autoridad Pública, también contempla la integridad física, emocional, sexual o patrimonial, con el fin de que el hombre no continúe lesionándolas.

Por último, se opina que este numeral no lesiona el Derecho de la Constitución, pues se trata de un tipo penal cerrado que impide la posibilidad de dar cabida a interpretaciones arbitrarias por parte de los juzgadores.

### **3.5.2.- Sección II: Valoración de los tipos penales de la Ley No. 8589, por parte de los funcionarios/os públicas/os del Poder Judicial de Costa Rica.**

Como parte del análisis en cuanto a la aplicación de la Ley No. 8589, y para efectuar una conclusión sobre la realidad vista, a partir de los ojos de quienes están encargados de contener el *ius puniendi* desde sus diferentes funciones; se procuró realizar una encuesta a jueces, defensores públicos, y fiscales, encargados de atender las causas penales en las cuales se acusan delitos contemplados por la Ley No. 8589; lo anterior con la finalidad de sondear sus criterios (Anexos 1 y 2).

En relación con el tema tratado en este Título, se lanzó la siguiente pregunta: *“¿Opina usted que los tipos penales establecidos en la Ley No. 8589 se constituyen en tipos penales cerrados (limitan la posibilidad de una amplia interpretación por parte de los jueces)?”*

Una vez analizadas las respuestas ofrecidas, se llegó a la conclusión de que un 24% opinó que los tipos penales son abiertos, un 10% indicó que son tipos penales cerrados, mientras que un 67% no contestó la pregunta<sup>123</sup>. (Anexo3)

---

<sup>123</sup> Llama la atención la gran cantidad de funcionarios que no respondieron esta pregunta (y la encuesta en general, como se verá más adelante), frente a ello, es posible preguntarse si tal situación se da porque exista una sensación de desconocimiento sobre este tema en particular por parte de los/as empleados/as judiciales, que les impide sentirse capaces de exponer una

El 100% de las/os funcionarias/os que contestaron que los tipos penales son abiertos, fundamentaron dicha posición, indicando que de los mismos se deriva una gran posibilidad de interpretación, en la medida en que las conductas descritas no son claras, lo cual obliga necesariamente a los jueces a realizar una mayor labor de interpretación en cada caso concreto, constituyéndose en una situación contraria al Principio de Legalidad y al Principio de Tipicidad.

En este sentido, dos funcionarios/as (un/a Juez/a y un/a Defensor/a Público/a) indicaron como ejemplos de esas características, los numerales 26, 27, 35 y 38. Asimismo, un/a Defensor/a Público/a, cuestionó la claridad del concepto de *“unión de hecho declarada o no”*, toda vez que la norma no indicaba concretamente los alcances de dicha frase, lo cual se complicaba más al aludirse a las fuentes de interpretación establecidas por el artículo 3 de dicho cuerpo normativo.

Por otro lado, de los que apoyaron afirmativamente la pregunta, un 11.1% aseveró que los tipos penales de la Ley No. 8589, son totalmente restrictivos y no dan lugar a interpretación alguna por parte de los juzgadores; mientras que un 11.1% indicó que la norma sí establece elementos que al momento en que se aplique, se debe acudir a la interpretación, pero siempre en forma delimitada y reducida.

Con base en los resultados expuestos, se concluye que el grupo de mayoría que respaldó el carácter de tipos penales como abiertos, lo hizo reconociendo problemas en la construcción misma de los tipos, es decir, problemas en la técnica jurídica; con lo que se puede observar que no hay una aceptación por parte de los/as funcionarios/as en cuanto a la redacción de la norma, lo cual es importante, por las consecuencias negativas tanto para la víctima de los delitos, como para los ofensores, creándose con ello inseguridad jurídica, con lo que en última instancia podría producir futuras inconstitucionalidades.

---

respuesta apta, o bien, porque hay una falta de interés en el tema y en luchar por un cambio de paradigma.

## **4.-Capítulo IV: El Resultado de la Ley No. 8589: la pena y la víctima.**

### **4.1.- Título I: La sanción penal: El Derecho Penal como control social.**

Cuando se habla del Derecho en general, como un mecanismo de control social, se refiere al Derecho como un sistema que dirige y supervisa la conducta de los individuos, miembros de una sociedad. Según Atienza, esa supervisión y dirección puede ser sobre las conductas humanas en general, o bien, de forma más específica, cuando se centra en las conductas vistas por el resto de la sociedad como desviadas.

Como se indicó en el Capítulo I, la socialización se constituye en el proceso por medio del cual los individuos aprenden e interiorizan las pautas de comportamientos establecidas por la misma sociedad. Para asegurarse el cumplimiento de las mismas, el grupo social cuenta con diferentes formas de ejercer el control social sobre los sujetos, esto es lo que sucede, por ejemplo, con el Derecho, propiamente, el Derecho Penal.

Esta ciencia social, por ende, al presuponer la existencia de los procesos de socialización y contar, consecuentemente, con altos grados de consenso por parte de la sociedad (pues se constituye a partir de esas mismas pautas establecidas por la sociedad), institucionaliza esos patrones de conducta, que los individuos han aprendido a lo largo de sus vidas sin siquiera enterarse de tal cosa. Los comportamientos que se separen de estos lineamientos, son conductas desviadas<sup>124</sup>, y que serán sancionadas y reprochadas, ya sea a través de medios no institucionalizados (como sería el caso del oprobio, entre otros) o medios institucionalizados (como es el caso del Derecho Penal).

---

<sup>124</sup> El empleo de este concepto, no se refiere al utilizado por los autores de las teorías funcionalistas y estructuralistas, lo anterior para evitar confusiones en relación con las tesis que se manejaron para fundamentar esta investigación.

En este sentido, el Derecho Penal se convierte en un mecanismo de control social, que busca cumplir con sus fines estableciendo ciertas sanciones ante la realización de determinados comportamientos:

*“[...] el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que estas se conectan son –en principio –los más intolerables para el sistema social.” (Bacigalupo, 1996:1)*

Ahora bien, el Derecho Penal se caracteriza por ser un mecanismo sumamente lesivo de los derechos de quienes reciben el desencadenamiento de éste, pues su sanción última es la pena privativa de libertad, y no sólo eso, sino que ésta trae consigo una carga social (que se traduce en la estigmatización del sujeto por el resto del grupo social), que no sólo afecta al sujeto, sino también a su familia (ello sin tomar en cuenta otras consecuencias colaterales, como sería el caso de la afectación económica que se le causa a las familias que quedan sin el/la proveedor/a)<sup>125</sup>, es por ello que se considera que el Derecho Penal es un mecanismo que debe ser utilizado como *ultima ratio*, en los casos más extremos.

En razón de lo anterior, es imperativo que al momento de definir si se abrirá la posibilidad de hacer uso del Derecho Penal, para tratar una situación determinada, el legislador recurra a otras ciencias (tales como la sociología, la psicología, antropología, entre otras) para determinar, en principio si dicho

<sup>125</sup> En este sentido, Hassemer y Muñoz Conde consideran que el legislador, antes de optar por la utilización del Derecho Penal para tratar una situación en particular, debe responder, primero, cuatro preguntas: “-¿No sería mejor, que como veremos más adelante, para conseguir sus metas, se empleara el derecho social o protector de menores antes que el Derecho penal? -¿Se refieren las prohibiciones penales a conductas que “realmente” producen un daño y, por tanto, lesionan un bien jurídico?

**-¿Produce el aumento de la gravedad de las penas “realmente” el esperado efecto intimidatorio?**

**-¿Están materialmente fundadas las expectativas en la resocialización del delincuente en las actuales circunstancias?** (Hassemer y Muñoz Conde, 1989: 36) El subrayado no es del original.

mecanismo es el adecuado, y de serlo así, cómo debe enfocarlo para que sus resultados sean los óptimos<sup>126</sup>.

En este sentido, y con miras de evitar las secuelas fatídicas que podría acarrear el Derecho Penal en muchos casos, Hassemer y Muñoz Conde hablan de crear un *“Derecho Penal orientado a las consecuencias”*, el cual debe tomar en cuenta dos puntos importantes: **1)** que las decisiones de todas las instancias jurídico-penales deben medirse a partir de las consecuencias favorables que ellas generen. Y, **2)** que todas aquellas decisiones que produzcan consecuencias desfavorables, deben ser eliminadas, a pesar de que éstas sean consideradas adecuadas desde un punto de vista normativo, con la finalidad de corregir al Derecho Penal como sistema de control social, y su funcionamiento.

Lamentablemente, en la actualidad al momento de la creación de las normas, no se han tomado en cuenta otras ciencias sociales para plantear diferentes e innovadoras formas de enfocar al Derecho Penal, sino que se han basado en tres fundamentos para la creación de normas penales: **1)** el aumento del número de víctimas de delitos, sin tomar en cuenta las circunstancias que giran en torno a la comisión de esos delitos, así como, las posibles causas sociológicas o antropológicas de las mismas; **2)** la esperanza de que las conductas contrarias al Derecho puedan ser erradicadas totalmente de la sociedad, lo cual no es posible por cuanto: *“[...] la aceptación cognitiva y emotiva de las normas penales no siempre significa que éstas vayan a ser obedecidas.”* (Hassemer y Muñoz Conde, 1989: 32) por todos). Y, **3)** la creencia de que el Derecho Penal por sí solo, posee la capacidad de constituirse como el mecanismo por antonomasia más eficiente de prevención

---

<sup>126</sup> *“Así, por ej., las explicaciones socioestructurales pueden ilustrar al legislador cuando elabora las leyes penales sobre las condiciones en las que pueden incidir la regulación planeada y con las que debe contar (desempleo, condiciones de la vivienda, drogodependencia, violencia, etc.). También puede ilustrar, tanto al legislador como a los Tribunales y al sistema penitenciario, las explicaciones teóricas sobre los defectos sociales y administrarles conocimientos sobre las consecuencias que pueden esperarse de sus decisiones (desde la receptividad de determinados grupos a determinadas intervenciones del Derecho penal, hasta la prognosis que se formula en el momento de la determinación de la pena, pasando por los presupuestos materiales de la resocialización o, por lo menos, de la no desocialización en el sistema penitenciario).”* (Hassemer y Muñoz Conde, 1989: 55)

en una sociedad (siendo que en muchos de los casos, los sujetos, al momento de actuar, no piensan en las consecuencias que esto les puede acarrear).

Las consecuencias de esa forma de pensamiento se reducen a la entrada radical del Derecho Penal en las sociedades, aumentado la creencia de que el Derecho Penal es la panacea para resolver todos los problemas sociales<sup>127</sup>. Esta concepción en lugar de producir una mejoría en la sociedad, más bien genera resultados negativos, toda vez que el Derecho Penal por un lado, entrará en aquellos casos en que la lesión es ínfima, imponiendo una sanción verdaderamente no proporcional en relación con la conducta realizada, o bien, se pretenderá que solucione situaciones en las cuales no es capaz de hacerlo; y por el otro, en aquellos casos en que sí le corresponde entrar, lo hará de forma inadecuada, toda vez que a quienes les corresponde no se han preocupado por perfeccionarlo y complementarlo con otras ciencias, esta última situación, es el caso de la Ley No. 8589, como se verá más adelante.

No está de más indicar que esta controversia que gira en torno al Derecho Penal, realmente se traduce en el dilema sobre cuál es fin último de esta rama del Derecho, disputa que centra gran parte de su atención en definir cuál es la finalidad de la pena (retribuir a la víctima, sancionar al perpetrador, resocializarlo, prevenir las conductas delictivas, o bien, disuadir al resto de la población presentado ejemplos concretos de las consecuencias de desobedecer las normas penales), pues según sea este, así se crearán las normas penales, estableciendo un Derecho Penal de tal o cual tendencia.

---

<sup>127</sup> Hassemer y Muñoz Conde afirman que el trato de los delitos por parte de la sociedad se realiza desde una óptica "belicosa": "La opinión pública, tal como se trasluce sobre todo en las "encuestas" periodísticas, muestra una actitud "belicosa" y en base a este sentimiento se elabora la política. Cuanto más amenazantes son o se consideran determinados delitos, tanto más materialistas son las exigencias que imponen en su tratamiento. [...]" (Hassemer y Muñoz Conde, 1989: 37). Esta situación antes de mejorar los casos analizados, realmente los aleja, cada vez más, de encontrar una solución, o por lo menos, una mejoría.



## 4.2.- Título II: Teorías sobre los fines de la pena.<sup>128</sup>

En los apartados siguientes se procederá a realizar un estudio sobre las distintas teorías de la pena (privativa de libertad), con la finalidad de indicar, según los objetivos de este trabajo, cuál es la teoría sobre la pena que debería seguir una ley penal especial contra la violencia de género; así como, indicar si la Ley No. 8589 se adecua a las exigencias de dicha teoría.

Además, cabe indicar que no se hará referencia a las Teorías Eclécticas o de la Unión, toda vez que se construyen a partir de las mismas propuestas de las Teorías Absolutas y Relativas, las cuales serán analizadas más adelante, por lo que entrar a estudiar los fines de estas teorías, sería redundar en consideraciones y críticas expuestas.

### 4.2.1.- Sección I: Teorías absolutas.<sup>129</sup>

Las Teorías Absolutas de la pena fueron impulsadas por la Escuela Clásica y ven la pena como un fin en sí mismo, esto quiere decir, que la misma pena encuentra dentro de sí, su justificación y razón de ser, por lo que no requieren de otros elementos para formar su contenido.

Tal cosa sucede, toda vez que quienes propugnan esta tesis consideran que la pena es un medio para retribuir o compensar el daño ocasionado por el autor de los hechos delictivos. En este sentido, se estima que la pena necesaria es aquella que cause un mal al sujeto activo, y con ello, se le cause una disminución a sus derechos; una vez que éste haya cumplido con la

---

<sup>128</sup> Muy acertadamente indica Bacigalupo: *“En realidad, no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en el último término. Por tanto, las “teorías” de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el “ser” de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?”* (Bacigalupo, 1996:12)

<sup>129</sup> *“Las teorías absolutas (el modelo es Kant) tienden a retribuir para garantizar externamente la eticidad cuando una acción contradiga objetivamente la misma, infiriendo un dolor equivalente al injustamente producido (talión).”* (Zaffaroni, 2000: 54)

sanción, esto es, haya *“expiado su culpabilidad”* (González y Mora, 2004: 55), podrá reingresar a la sociedad.

En este sentido, los seguidores de esta tesis fundamentan la pena en los criterios de justicia, alegando que la única pena legítima será aquella que sea justa, en otras palabras, que logre crear una verdadera retribución del mal generado por el autor de los hechos, a partir del mal que sufrirá éste, independientemente de si ésta es útil o no.

Bacigalupo, considera como aspecto positivo de esta teoría el que, como la pena se complementa a sí misma, no se da espacio a la posibilidad de utilizar la sanción penal para otros fines, como sería el caso de la intimidación o la corrección. No obstante, expone como aspectos negativos, que ésta carece de cualquier fundamento empírico, y: *“[...] la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito.”* (Bacigalupo, 1996: 13).

Según los objetivos de este trabajo, esta teoría no podría fundamentar la existencia de sanciones establecidas por una ley penal especial contra la violencia de género, ya que la finalidad de la pena, según esta teoría, se limitaría únicamente a causarle un daño al agresor (esto sería limitarle su libertad, al confinarlo en algún centro penitenciario), ignorando totalmente uno de los objetivos centrales que pretenden lograr este tipo de leyes, a saber, disminuir en su máximo la violencia de género dentro de las sociedades. Pues la mera causación de un daño al hombre (el mero confinamiento del hombre en una celda), no representa en nada, un aporte para el cambio de la mentalidad del agresor o para una verdadera y materializada retribución a la mujer, dado que solamente se estaría “resolviendo” el problema de manera mediata, esto sería como reproducir las mismas consecuencias que hasta el momento nos ha brindado el CP, en cuanto a efectos sancionatorios se habla.

#### 4.2.2.- Sección II: Teorías Relativas.<sup>130</sup>

- **Teorías de la prevención general negativa.<sup>131</sup>**

La Teoría de la Prevención General Negativa, observa la pena como un medio para intimidar o disuadir de cometer delitos a aquellos individuos que se vean tentados, a partir de las sanciones impuestas a otros sujetos. En este sentido, se hace un uso utilitarista del ejercicio del Derecho Penal, por cuanto se utiliza a la persona como un instrumento para lograr los fines propios del Estado<sup>132</sup>:

*“Esta teoría penal tradicional no ve el fin de la pena en la retribución no en su influencia sobre su autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad.”* (González y Mora, 2004: 59)

Zaffaroni, expone una serie de críticas a esta tesis. En primera instancia, afirma que ésta parte de una falsa consideración, de que los individuos al constituirse como seres racionales, siempre, antes de actuar, realizan un análisis de “costos y beneficios”, por lo que se abstendrán de ejecutar cualquier conducta que represente un costo mayor a los beneficios que podría recibir.

---

<sup>130</sup> “Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una “teoría” preventivo-general de la pena. Si por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una “teoría” preventivo-especial o individual de la pena.” (Bacigalupo, 1996:13)

<sup>131</sup> “Las teorías de prevención general negativa (los modelos son Feuerbach, Romagnosi) se acercan a las absolutas cuando pretenden disuadir para asegurar los bienes de quienes podrían ser futuras víctimas de otros, puestos en peligro por el riesgo de imitación de la lesión a los bienes de la víctima y por eso necesitados de retribución en la medida del injusto o de la culpabilidad por el acto. [...] En las tres versiones la medida es una moderación de la ejemplarización.” (Zaffaroni, 2000: 54).

<sup>132</sup> “[...] el delito pierde su esencia de conflicto en el que se lesionan los derechos de una persona, para reducirse a una infracción formal o lesiva de un único derecho subjetivo del estado a exigir obediencia, con total olvido de que el estado es un instrumento de vida, y no un carcelero o un verdugo.” (Zaffaroni, 2000: 56)

Ante ello, estima que son pocas las veces en que una persona pensaría en las verdaderas consecuencias a las que podría enfrentarse si cometiese un delito.

En este mismo sentido, Hassemer y Muñoz Conde afirman que:

*“También son evidentes los problemas empíricos que presenta el concepto mismo de intimidación, pues nadie puede calcular el efecto intimidatorio que en el caso normal puede tener en los potenciales delincuentes la conminación penal, el proceso penal y la ejecución penitenciaria. Para un efecto de esta naturaleza son forzosamente necesarios dos presupuestos que sólo raras veces se dan conjuntamente: por una parte, que los delincuentes potenciales conozcan la conminación penal y su posible ejecución; por otra, que se motiven en su virtud a adoptar una conducta fiel al Derecho. [...] La gente tiene del Derecho penal una idea bastante deformada, su comportamiento se rige más por normas sociales que no siempre coinciden con las penales y está motivado por diversos factores que poco tienen que ver con la pena y el Derecho penal y, en última instancia, si comete algún delito lo hace pensando en no ser descubierto.”* (Hassemer y Muñoz Conde, 1989: 160)

Asimismo, Zaffaroni indica que con base en esta teoría se insta a que las penas cada vez sean mayores, en nombre de la disuasión. Irónicamente, como se siguen cometiendo delitos, las penas siguen en aumento hasta llegar a niveles irracionales<sup>133</sup>. Por ello, considera que este tipo de teorías solamente podrían tener éxito en los casos de los “estados de terror”, en los cuales a partir de un ejercicio arbitrario del poder, los detentadores de éste invaden los espacios de libertad social, y “suprimen y neutralizan las agencias judiciales”.

Finalmente, afirma que el dolor causado al sujeto, en aras de disuadir al resto de personas, irá aumentando dependiendo de la capacidad de atemorizarse de éste.

---

<sup>133</sup> *“Las teorías preventivas de la pena llevan al desconocimiento de este principio, en razón de que, invocando inverificables efectos preventivos, las agencias políticas –y aun las judiciales, con condenas ejemplarizantes –se atribuyen la facultad de establecer penas en forma arbitraria, desconociendo cualquier jerarquía de bienes jurídicos afectados. Esta es otra de las formas en que la falsa (o no verificada) idea del bien jurídico tutelado o protegido (fundada en cualquier teoría preventiva de la pena) neutralizada en efecto limitativo u ordenador del concepto de bien jurídico afectado o lesionado.”* (Zaffaroni, 2000: 124)

Esta teoría tampoco podría ser la seguida por las leyes penales especiales contra la violencia de género, en tesis de principio porque son contrarias a la dignidad humana, por cuanto se valen de la utilización y causación de un mal sobre una persona, con la finalidad de sentar un precedente (a manera de amenaza), para evitar que el resto del grupo social efectúe una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico.

De igual forma, estas teorías presuponen la idea de que el individuo no cometerá este tipo de acciones, por temor a recibir un castigo similar al expuesto por las autoridades públicas. Lo cual no sería apegado a la realidad de los casos de violencia en contra de las mujeres, ya que se trata de hombres agresores que ejercen ciclos de violencia, situaciones que devienen de un condicionamiento estructural consecuencia del sistema patriarcal, por lo que no se hallan frente a contextos en los cuales tiendan a realizar razonamientos lógicos y calculados fríamente, sino que son conductas que se producen y reproducen a partir de la misma socialización y psicología del sujeto.

Además, este tipo de teorías tampoco se preocupan por dar una atención a las personas involucradas, ni podrían mejorar la realidad de la violencia contra las mujeres actual, por cuanto, al igual que las tesis anteriores, únicamente “resuelven” el problema de forma mediata, y centran toda su atención en generar temor en otras personas que podrían caer en este tipo de delincuencia, que al igual que los sujetos que ya han caído en estas conductas, no se sentirán atemorizados o amenazados, ya que este tipo de comportamientos los ejecutan dada la socialización a la que han sido sometidos durante toda su vida.

- **Teorías de la prevención general positiva.**

Estas teorías, al igual que las anteriores, hacen un uso de la pena pública, pero sus efectos sobre el resto de la sociedad no son de carácter disuasorio, sino que buscan su consenso, para generar confianza en el sistema social y mantener el *status quo*.

De esta manera, el Estado utiliza el uso del poder punitivo como medio para generar cohesión y obediencia por parte de los miembros de una sociedad. En esta teoría la: “[...] *criminalización sería un símbolo que se usa para sostener la confianza en el sistema, de modo que también mediatiza (cosifica) a una persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona, tanto al autor como de la víctima.*” (Zaffaroni, 2000: 58). En este sentido, en el tanto no se demuestre mayor confianza del sistema por parte de los individuos, se ejercerá mayor violencia institucionalizada sobre éstos, porque se considera que de esta forma se genera mayor consenso.

Por otra parte, Hassemer y Muñoz Conde, rechazan esta teoría manifestando que:

*“[...] la pena pública impone intencionalmente un mal, sin poder justificar si este mal favorece a alguien, al condenado, a la sociedad o a la víctima. Una legitimación de la pena que se construye con conceptos y categorías tales como “negación de la injusticia”, “restitución de la Justicia violada”, etc., y no en interés del hombre, es una teoría arrogante y puramente de papel.”* (Hassemer y Muñoz Conde, 1989: 150)

Esta teoría tampoco podría ser sustento de una ley penal especial contra la violencia de género, por cuanto lesiona la dignidad humana, al valerse de una persona para generar un efecto preventivo sobre el resto de la sociedad. Asimismo, de igual forma que las tesis anteriores, ésta no presenta la capacidad de tratar verdaderamente la problemática de la violencia de género, toda vez que los sujetos involucrados en el conflicto (víctima y agresor), son abstraídos por el Estado, ante la necesidad de cumplir con sus fines últimos.

- **Teorías de la prevención especial positiva.**

Mediante esta teoría, se legitima el uso del poder punitivo, asignándole a éste una función de mejora del infractor de las normas. Zaffaroni, afirma que frente a ello, se habla de las “*ideologías re*”, las cuales pretenden la

*“resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reindividualización y reincorporación”* del sujeto. En este sentido, se considera que la pena se convierte en un bien para la persona que la sufre, ya que ésta no se constituye en un castigo propiamente hablando, sino en un período durante el cual se le tratará con la finalidad de reinsertarlo a la sociedad:

*“Para esta teoría de la prevención especial, su finalidad se subdivide en tres fines de la pena: intimidación (preventivo-individual), resocialización (corrección) y aseguramiento. Mientras la intimidación y la resocialización pueden ser concebidas como objetivos positivos, en tanto buscan reincorporar al autor a la comunidad, el aseguramiento da expresión al aspecto negativo de la resignación en la recuperación del autor para la comunidad.*

*Sólo cuando la influencia resocializadora sobre el autor no ofrezca perspectivas de éxito, la medida de la pena se orienta conforme a la necesidad de aseguramiento de la colectividad, donde se acaba toda la posibilidad de corrección.”* (González y Mora, 2004: 57)

Asimismo, estas tesis consideran que la pena privativa de libertad no debería ser utilizada, por cuanto es una institución que tiene un efecto *“deteriorante”* sobre las personas:

*“Se sabe que la prisión comparte las características de las instituciones totales o de secuestro y la literatura coincide en su efecto deteriorante, irreversible en plazos largos. Se conoce su efecto regresivo, al condicionar a un adulto a controles propios de una etapa infantil o adolescente y eximirle de las responsabilidades propias de su edad cronológica.”* (Zaffaroni, 2000: 60)

Una de las críticas realizadas a estas teorías, es que en aras de resocializar al individuo, no se logran fijar límites a la pena impuesta, por cuanto ésta quedará sujeta a la decisión de quienes se encargan de dirigir el proceso resocializador (el sujeto podrá ser libre hasta el momento en que se considere que éste ya ha cambiado):

*“Dado que toman como medida para la pena no la gravedad del juicio de culpabilidad, sino la peligrosidad social del autor (en especial la probabilidad de reincidencia), para lo cual el hecho cometido tiene sólo el valor de síntoma, no pueden dar una*

*medida para la pena: no se puede determinar en ningún hombre qué efecto va a tener la pena y cuán grande es el peligro de reincidencia; por eso, llegan a resultados injustos e incluso inauditos.” (González y Mora, 2004: 58)*

Por último, Zaffaroni argumenta que siguiendo el pensamiento propugnado por estas teorías, el Estado tendería a convertirse en un “Estado paternalista, clínico o moral”, toda vez que le correspondería a éste imponer valores en personas que no los creen, o por lo menos, no los posicionan en el mismo rango dentro de su escala valorativa.

Se observa que una de las falencias centrales de estas tesis, recae en la concepción de utilizar los procesos de resocialización únicamente como un argumento para cumplir con un fin estatal, a saber, el lograr legitimar el ejercicio del poder punitivo sobre ciertos miembros de la sociedad; ya que, los procesos en cuestión se verían enfocados en última instancia, a pesar de que no se acepte abiertamente, en producir un beneficio a la sociedad, independientemente de si en efecto se produce una mejoría del individuo (es por ello que, ante el fracaso de esta teoría, se redireccionan las mismas a las Teorías de Prevención Especial Negativas, como se verá más adelante).

Lo anterior, tal y como se verá más adelante no significa que se tache, por inadecuadas las medidas de resocialización en el caso de las leyes penales especiales contra la violencia de género, sino su uso para legitimar la utilización del poder punitivo por parte de Estado frente a la sociedad, lo cual pierde de vista el objetivo último de una ley de este tipo, cual sería el lograr una, cada vez mayor, armonía y respeto en la convivencia entre hombres y mujeres.



- **Teorías de la prevención especial negativa.<sup>134</sup>**

Estas teorías consideran que la pena debe ser dirigida a la persona que comete la acción delictiva; siendo que se le ejerce un mal en beneficio del resto de la sociedad:

*"[...] lo importante es el cuerpo social, o sea que responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad, que es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse. La característica del poder punitivo dentro de esta corriente es su reducción a coacción directa administrativa; no hay diferencia entre ésta y la pena, pues ambas buscan neutralizar un peligro actual." (Zaffaroni, 2000: 61)*

En este sentido, cuando se observó que las "ideologías re" no lograban cumplir con su cometido, esta tesis se originó afirmando que cuando el sujeto no puede ser resocializado, deberá, entonces, ser neutralizado y eliminado; por lo que se le impondrá una pena severa de manera arbitraria, en beneficio y protección del resto del grupo social.

Tampoco se estima que esta teoría se apegue adecuadamente a los objetivos que debería seguir una ley penal especial contra la violencia de género, por cuanto ésta propone que el sujeto sea aislado del resto de la sociedad, porque es tildado como peligroso, sin buscar mayor solución al problema. Además, se torna en una tesis contraria al *Derecho de la Constitución*, ya que mira al sujeto como si éste fuera un parásito, por lo que la única manera de evitar que siga cometiendo actos delictivos es apartándolo de la sociedad, y confinándolo en algún centro de manera indefinida, en beneficio del resto de los integrantes de la sociedad.

---

<sup>134</sup> "Las teorías de la prevención especial negativa (el modelo es Garofalo) asignan a la pena la función de eliminación o neutralización física de la persona para conservar una sociedad que se parece a un organismo o a un ser humano, a la que ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad biopsicosocial de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa su inferioridad." (Zaffaroni, 2000: 54)

#### 4.3.- Título III: La finalidad de la pena en las leyes penales especiales contra la violencia de género.

Como se ha visto a lo largo de los apartados anteriores, las teorías de los fines de las penas, han sido fuertemente criticadas por los dogmáticos del Derecho Penal, siendo que sus críticas también han sido interpretadas para enfocarlas a los objetivos que debería seguir una ley penal especial contra la violencia de género.

En vista de lo anterior y frente al cuestionamiento sobre a cuál fin de la pena debería adscribirse este tipo de leyes penales, se considera que si ha de asignarse alguna finalidad a la pena, ésta debe verse tanto como una retribución por parte del sujeto que ocasionó el daño hacia la persona quien lo sufrió; y por otra parte, como un proceso de *resocialización* al que debe ser sometido el agresor, lo cual le da un doble direccionamiento.

Tal y como se indicaba supra, a pesar de las críticas que se le han lanzado a este tipo de tesis (las Teorías de Prevención Especial Positiva), las cuales han sido muy atinadas hasta cierto punto, se estima que esta perspectiva teleológica sí sería adecuada para los casos de violencia contra las mujeres, en contraste con cualesquiera otros delitos sancionados; sin embargo, debe quedar claro desde este momento que se habla de una *resocialización* particular, que no precisamente proviene del encierro carcelario sino de una metodología de abordaje individual y colectivo como se verá.

Ahora bien, no se puede perder de vista que la violencia contra las mujeres es un mal estructural, y por ende, se encuentra arraigado dentro de la misma sociedad, lo cual le permite reproducirse y legitimarse continuamente. Dado a esa característica, las personas son socializadas bajo pautas patriarcales, y van desarrollando un proceso de razonamiento y formas de pensar adscritas a los lineamientos establecidos por el sistema patriarcal. De esta manera, la construcción de la masculinidad y la femineidad establecen los mismos lineamientos que originarán la violencia de género: *“La vida en el mundo patriarcal produce en la gente, en particular en las mujeres, un estado*

*de ánimo cargado de inseguridad, recelo y miedo, y en los hombres una disposición a agredir, excluir, controlar, apropiarse de las personas y de las cosas, competir y ganar al derrotar, mandar y dirigir en exclusiva.” (Lagarde, 1996: 121)*

En razón de lo anterior, los hombres que cometen actos violentos en contra de una mujer o bien que discriminan al género femenino, por lo general son personas que han sido educadas y condicionadas en ambientes sumamente patriarcales<sup>135</sup> y que consecuentemente, han llegado a creer y a incorporar dentro de sus pensamientos, que las conductas de esta índole no son incorrectas, y peor aún, que son aceptadas:

*“Desde la óptica que se pretende en este reporte, se parte del hecho que buena parte del fenómeno de la violencia doméstica tiene que ser concebida sobre la base del cómo está construida o diseñada la masculinidad (y por ende también la feminidad). Eso no quiere decir que la masculinidad sea equivalente a violencia doméstica. Lo que se pretende es aportar elementos de comprensión a este fenómeno social, partiendo de la base que tal y como está construida la masculinidad propicia en gran medida la emergencia y sostenimiento de la violencia doméstica.” (Salas, n.f)<sup>136</sup>*

<sup>135</sup> Salas afirma que los hombres deben aprender a vivir bajo un código de violencia, como parte de los legados que el sistema patriarcal le deja en su ser, con miras de auto legitimarse y “mantenerse con vida”; de ahí deviene su capacidad de tolerar la violencia y su incapacidad de verla: “[...] esta codificación de lo masculino debe ser entendida como parte fundante y herencia directa del patriarcado. Este sistema sociocultural nace y permanece en tanto aplica dosis impresionantes de violencia para poder mantenerse sin mayores problemas. Portadores de esos mandatos son todos los varones, lo cual trae como consecuencia que sea difícil que ellos vean la necesidad de modificar el sistema, aun cuando para sí mismos esté siendo dañino e implacable. Claro está que tal despliegue de violencia debe ser entendido, no sólo en la manifestación por parte de los sujetos particulares, sino también en aquella institucionalizada, ritualizada y transmitida de manera sistemática por los grupos sociales, vía instituciones formalmente establecidas.” (Salas, 2002: 19)

<sup>136</sup> Según Kaufman y refiriéndose a la masculinidad, indica que: “Mucho de lo que nosotros asociamos con la masculinidad gira sobre la capacidad del hombre para ejercer poder y control”). Al punto de que PODER es el término clave a la hora de referirse a la masculinidad hegemónica, “y se equipara el hecho de ser hombre con tener algún tipo de poder”. (Campos, 2007: 27). En este sentido, la construcción de la identidad de un hombre de acuerdo con la idea de masculinidad que impera dentro de una sociedad, se basa en cuatro arquetipos: **1)** el “rey” (el hombre nace como un rey, y por ende, todos deben tratarlo como tal); **2)** el “guerrero” (el hombre debe defender lo que le pertenece, debe mostrarse frío, calculador y fuerte); **3)** el “mago” (siempre debe demostrar que todo lo conoce y siempre tiene la razón); y **4)** el “amante” (sobrealora la sexualidad, por lo que se vive según los impulsos sexuales, sin importar las consecuencias de sus conductas). (Campos, 2007). De conformidad con lo anterior, afirma Salas que los arquetipos de “el rey” (se encuentra muy a gusto en su posición de supremacía, y tiende a sentirse angustiado por permanecer en ella, cuando se siente amenazado recurre a la violencia para recobrar el control) y de “el guerrero” (no tolera aquello que no se ajusta a los

Según Corsi, luego de realizar un análisis de distintos grupos de “*hombres golpeadores*” (como él denomina a los hombres que ejercen violencia en contra de sus parejas), concluyó que como producto del mismo cumplimiento subconsciente de las exigencias sociales derivadas del sistema patriarcal, estos hombres suelen presentar una serie de características generales:

*“Los hombres que ejercen violencia física en la relación conyugal suelen representar la caricatura de los valores culturales acerca de lo que “debe” ser un varón, de los mitos culturales de la masculinidad, que ya hemos anunciado. Aun cuando no lo digan abiertamente, están sosteniendo formas de relación que tienden al control y la dominación de quien consideran inferior.”* (Corsi, 2004: 32)

Entre esas características, Corsi se refiere a la falta de seguridad experimentada por esos hombres, en el sentido de que perciben su autoridad amenazada cada vez que existe conflicto, por lo que tienden a la violencia para recobrar rápidamente el control sobre sus parejas y su “hogar”; además, poseen un “*analfabetismo comunicacional*” (son incapaces de expresar libremente sus sentimientos, pues ello los convierte en seres débiles) (Corsi, 2004), el cual les impide resolver los conflictos de manera pacífica y utilizando las palabras, por lo que recurren a la violencia:

*“[...] el arsenal afectivo masculino se ve reducido a muy pocas posibilidades de expresión y contacto. Así, los hombres, contrario a lo que han aprendido, ven debilitadas sus opciones de contacto humano. Se trata, pues, de una subjetividad masculina frágil y endeble, cuyo abanico de variación y maleabilidad es limitado.”* (Salas, 2002: 27)

También, son personas que no asumen la responsabilidad de sus acciones, racionalizan sus conductas y buscan excusas para justificar sus

---

parámetros sociales, arremete contra lo que se considera débil y vulnerable), son aquéllos que establecen con mayor fuerza las características propias con las que cumplen los hombres que denomina como “*con problemas de poder y control*”, es decir, hombres que recurren a la utilización de la violencia (en todas sus acepciones) en contra de sus parejas (u otros miembros de la familia nuclear), con el objetivo de mantenerlos bajo su autoridad y sentir dominio de las situaciones; es decir, los sujetos activos contemplados por la Ley No. 8589 (Salas, 2002).

acciones (la mujer los provocó, es incapaz de controlarse, cuando se enoja no piensa, etc.); ello produce una idea en ellos de que el problema proviene de “afuera”, y al no reconocerse como el origen de éste, tampoco sienten la necesidad de pedir ayuda.

Igualmente, viven en un “aislamiento emocional” (Corsi, 2004), lo cual no les permite tener relaciones (amorosas, familiares o de amistad, entre otras) en las que puedan sentirse seguros de hablar sobre sus sentimientos y conflictos, por lo que todo ello tienden a “almacenarlo” dentro de sí, generando mayor tensión en sus vidas. En vista de que no pueden expresarse en otros ambientes, en sus hogares se sienten a salvo de hacerlo, pero ello se traduce en forma violenta.

Todas estas características dificultan que los hombres entiendan que sus acciones no son correctas:

*“Esta concepción sexista que encontramos en la mayoría de los hombres golpeadores es muy difícil de modificar, dado que muchas veces está recubierta por una capa de racionalizaciones que muestran todo lo contrario: ellos aprendieron, a través del tiempo, a decir “Hombres y mujeres somos iguales, no hay diferencia, tenemos iguales derechos”. Pero debajo de esa capa superficial de racionalizaciones siempre encontramos un sistema de creencias apoyado en el sexismo.” Si queremos hablar de multiplicidad de causas, en la base de la pirámide causal está esa concepción sexista.” (Corsi, 2004: 32-33)*

Por ello es que una ley penal especial contra la violencia de género, considerando todas esas necesidades particulares de los hombres, debería proceder a la resocialización del individuo en vez de sancionarlo únicamente, ayudándole a entender que esas acciones no son correctas, y procurando que el agresor *reconceptualice* su idea de masculinidad (tratando de eliminar la idea de que existe un dominio por parte de los hombres sobre el cuerpo y mente de las mujeres)<sup>137</sup>, revalorice el funcionamiento de su vida en sociedad, y

---

<sup>137</sup> En un estudio realizado por miembros del Instituto Costarricense para la Acción, Educación, e Investigación de la Masculinidad, Pareja y Sexualidad (Instituto WEM), en el cual se encuestaron varios hombres de distintas clases sociales, se concluyó que: “En primer lugar, uno de los elementos que más llama la atención en la investigación es el hecho que el hombre

encamine su conducta al mantenimiento y producción de una verdadera armonía en la convivencia.

En este sentido, la sanción penal debería ser enfocada en generar dentro de la mente del agresor una “*decodificación del pensamiento biologista*” (Batres, 1997: 240), y a eliminar los patrones patriarcales que estructuran su personalidad y comportamiento; dejando de lado, el fin de imponer un mero castigo simplemente por reprimir determinadas conductas<sup>138</sup>, que al final de cuentas sólo da contención al conflicto momentáneamente, ya que el sujeto que ha sido sancionado no cambiará su forma de razonar y de actuar (pues no se le hará ver nunca lo errado de su conducta); y podría incluso, incitarlo a actuar de manera más violenta en caso de posibles reincidencias en su comportamiento, pues a sus ojos se le está sancionando por una acción que estima adecuada, lo que podría generar su resentimiento y odio hacia el mismo sistema social y las mujeres.

Como primera crítica que se le ha hecho a las Teorías de la Prevención Especial Positiva, como se señaló en apartados anteriores, se ha dicho que este tipo de concepciones acerca de la pena, pretenden obligar al individuo a incluir o reorganizar dentro de su escala axiológica una serie de valores en contra de su voluntad; lo cual por un lado se constituye en una acción estatal sumamente intrusiva en la vida de éste, y por otro, no se establece como un método eficaz por cuanto al ser contrario a la voluntad del individuo, éste no tendría efectos positivos.

Esa crítica palidece si se mira la lógica en que funciona el Derecho Penal, cual es establecer una serie de normas (que nacen a partir de valores sociales), a las cuales las personas deberán adecuar sus conductas y de no

---

*no concibe a la violencia doméstica, ejercida por varones, como producto de un proceso sociohistórico, con determinaciones procesales. Todo lo contrario, la imagen que persiste es la de una masculinidad y un ejercicio de la violencia doméstica como hechos dados de por sí. El hombre es así. El hombre agrede porque es así. Aun cuando en algunos tramos, sobre todo del trabajo en grupo, se insinúa una tímida referencia a proceso, el peso del análisis recae en las características estáticas del hombre como tal.”* (Salas, n.f.).

<sup>138</sup> “De esta forma, contradice la dignidad humana el convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado, por lo que en materia penal, el inculpado no puede ser reducido a la condición de mero objeto de la pretensión estatal de castigo.” (Vargas, 1998: 103)

hacerlo, afrontarán las sanciones preestablecidas dentro de las mismas normas; esto es a fin de cuentas, una conminación hacia los sujetos con miras a que su actuar sea de conformidad con ciertos valores considerados importantes para la sociedad, para un todo, lo cual sería similar a lo que denuncia la crítica expuesta, la única diferencia es que en caso de la resocialización pretendida dentro de un encierro carcelario, se le explicarían las razones e importancia de esas prohibiciones y paralelamente se desarrollará su resocialización.

Por otro lado, en relación con la segunda crítica que se le hace a las Teorías de la Prevención Especial Positiva, se comparte la idea de que los procesos de resocialización no son procedentes en cualquier tipo de delito (por ejemplo los relacionados con venta o tráfico de drogas, estupefacientes, etc, que según nuestra ley penal perjudican a la Salud Pública, entre otros), dada a las diferentes realidades que se enfrentan en cada uno de ellos. No obstante, en el caso de los delitos de violencia contra las mujeres, sí podría utilizarse este medio, ya que se habla de una situación que se origina a partir del condicionamiento del sujeto que actúa, y que deviene de los mismos procesos de socialización a los que ha sido sometido durante toda su vida; por lo que los tratamientos psicoterapéuticos y psicológicos podrían tener mayores y mejores efectos en éste; como ciertamente sucede, puesto que se han desarrollado diferentes tratamientos psicoterapéuticos para el tratamiento de este tipo de hombres, tales como los que plantea Corsi y el Instituto WEM, que serán referidos más adelante.

De igual manera, se estima que el uso de métodos de resocialización se legitima específicamente en este tipo de delitos, dada la realidad en que se desarrollan éstos; al tratarse de acciones que devienen de un condicionamiento mental (construido por la misma sociedad) del sujeto que comete el delito, por lo que se valora como viable que necesariamente debería darse una resocialización para ayudarlo, en primera instancia, a entender el porqué su conducta no es aceptada por el Derecho Penal (y en suma por la sociedad), y en segunda instancia, a asistirle a reconceptualizar su idea de masculinidad y femineidad (de conformidad con las pautas de las Teorías de Perspectiva de

Género y estudios de la Masculinidad), para que aprenda a convivir en armonía con el género femenino y consigo mismo:

*“[...] la terapia debe brindar a estos hombres instrumentos concretos, prácticos, con efectividad para que puedan modificar sus pautas de interacción con sus parejas. La comprensión de la dinámica de la violencia masculina y de la distribución del poder en la relación de pareja, así como la identificación de los mandatos de la socialización masculina, ayuda a los hombres a reconocer y tomar conciencia de su condición de hombres con problemas de poder y control, y que conductas que antes consideraban como normales y naturales, sean vistas luego como parte de los privilegios que proceden de la desigualdad genérica.”* (Campos Guadamúz, n.f.)

De esta forma por ejemplo, al realizar sus análisis, Corsi opina que el método más adecuado para tratar a los “hombres golpeadores” es el “*modelo de grupo para hombres violentos, contextualizado en un espacio público-institucional*”<sup>139</sup> (Corsi, 2004) (a diferencia de los tratamientos que podrían darse en el ámbito privado –consultorios privados, por ejemplo –o, aquéllos impartidos de manera individual). Así, los hombres se verán rodeados por otros hombres que comparten su forma de pensamiento, sentir y actuar, y podrán ver en ellos las características que niegan ver en sí mismos:

*“[...] la experiencia obtenida hasta el momento en el campo de los programas de recuperación de hombres violentos nos indica la conveniencia de utilizar modelos específicos, con formato grupal y en contextos institucionales, ya que de ese modo se contribuye a romper con el aislamiento y la privacidad, elementos que perpetúan la violencia como método para mantener el control dentro de las relaciones íntimas.”* (Corsi, 2004: 136)

Corsi, indica que el método por él apoyado, se divide en dos niveles de trabajo: **1) nivel inicial** y **2) nivel avanzado**. El primero trata un grupo de hombres, quienes son entrevistados previamente a su inclusión al mismo, con el fin de determinar si el individuo posee la aptitud para ser admitido dentro de

---

<sup>139</sup> Es el que mejor responde para: “1. Controlar y detener la conducta violenta. 2. Mejorar las habilidades sociales y comunicacionales. 3. Promover la flexibilización de los roles de género estereotipados. 4. Disminuir el aislamiento social. 5. Revisar creencias culturales que contribuyen a legitimar la violencia. 6. Incrementar la autoestima y la asertividad.” (Corsi, 2004: 135)



la agrupación<sup>140</sup>. Dentro de este grupo se incluyen los coordinadores del mismo, así como otros hombres que tendrían distintos tiempos de pertenencia a éste; ello con la finalidad de que el hombre que se incorpora recientemente pueda observar la actitud de responsabilidad presentada por los individuos de más tiempo dentro del grupo, y también, de que los miembros más antiguos puedan transmitir sus experiencias a los miembros más recientes.

Siguiendo la metodología descrita y luego de que el sujeto exprese su necesidad de cambio y haya cesado completamente su conducta violenta, se le ascenderá al *nivel avanzado*, en el cual se le dará un tratamiento más individualizado, centrando la atención en sus sentimientos, emociones y conductas alrededor de éstas, se pretende que el individuo redefina su forma de resolver los conflictos, sin utilizar la violencia, lo cual requiere de autocontrol.

Por su parte, en Costa Rica, Instituto WEM se ha dado a la tarea de realizar estudios sobre estas temáticas, y ha considerado que dentro del trabajo terapéutico que deben recibir los hombres, el trabajo en grupo:

*“[...] no implica o significa simpatía o compasión hacia su persona (refiriéndose al hombre) por las acciones gravosas cometidas, sino por el contrario, una guía para que el sujeto participante pueda enfrentar lo que siente y piensa, pero que no puede ver en forma clara. Precisamente, uno de los objetivos que se debe tener siempre presentes en el trabajo terapéutico grupal con hombres violentos, consiste en reiterarles constantemente que el propósito de grupo es el de poder enfrentar su comportamiento agresivo y parar los patrones o formas de abuso, aprendiendo a evitarlos y a encontrar formas alternativas a la violencia; así como de establecer relaciones de pareja más igualitarias, equitativas, solidarias y de respeto mutuo.” (Sánchez, 2002: 109)*

Asimismo Sánchez, afirma que un punto medular en este tipo de tratamientos psicoterapéuticos, consiste en lograr lo que llama *“la revelación”*, momento en el cual el individuo reconoce su comportamiento agresivo en

---

<sup>140</sup> Corsi, resalta que en algunos países en los cuales ya se ha creado legislación penal referida a los casos de violencia contra las parejas mujeres, se le da la opción al sujeto de someterse a un tratamiento psicoterapeuta, o de cumplir una condena.

contra de su pareja, y procede a contarle al resto del grupo los medios a través de los cuales lo ha llevado a cabo, así como las situaciones en las cuales ha actuado de esa manera. De esta forma, los encargados de los grupos pueden determinar a partir de los relatos del sujeto: “[...] *la dinámica del abuso, su ciclo y los patrones específicos, mediante aclaraciones, señalamientos, reflejos de sentimientos y confrontaciones, que favorezcan un mejor entendimiento de los sentimientos y pensamientos presentes [...]*” (Sánchez, 2002: 110)

#### 4.3.1.- Sección I: La finalidad de la pena en la Ley No. 8589.

En relación con la Ley No. 8589, a pesar de que se estableció en el artículo 16<sup>141</sup> la posibilidad de someter al sujeto activo a programas especializados para ofensores, se le concedió mayor relevancia a la aplicación de la pena privativa de libertad como pena principal (y todas las consecuencias que ésta encierra, tal y como se refirió en desarrollo de los apartados anteriores), ello de acuerdo con el artículo 9<sup>142</sup>; viendo la posibilidad de resocialización como una pena alternativa, lo cual parece atribuirle una posición secundaria cuando realmente debería ser, en la mayoría de los casos, la primordial; y que además, sólo podrá operar bajo ciertas circunstancias<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> **“ARTÍCULO 16.- Pena de cumplimiento de instrucciones.** La pena de cumplimiento de instrucciones consistirá en el sometimiento a un plan de conducta en libertad, el cual será establecido por el juez que dicta la sentencia o por el juez de ejecución de la pena y podrá contener las siguientes instrucciones: [...] **b)** Someter a la persona a un programa especializado para ofensores, orientado al control de conductas violentas y a tratamientos completos, psicológico y psiquiátrico. [...]”

<sup>142</sup> **“ARTÍCULO 9.- Clases de penas para los delitos.** Las penas aplicables a los delitos descritos en la presente Ley serán:

1.- Principal:

a) Prisión.

2.- Alternativas:

a) Detención de fin de semana.

b) Prestación de servicios de utilidad pública.

c) Cumplimiento de instrucciones.

d) Extrañamiento.

3.- Accesorias:

a) Inhabilitación.”

<sup>143</sup> **“ARTÍCULO 11. Imposición y reemplazo de penas alternativas.** Cuando a una persona primaria en la materia de violencia contra las mujeres, se le imponga una pena de prisión menor de tres años, dicha pena, de conformidad con el artículo 9º de esta Ley podrá ser reemplazada por dos penas alternativas de las señaladas en esta Ley; una de ellas será, necesariamente, la pena de cumplimiento de instrucciones, excepto que se aplique la pena de extrañamiento.

No obstante, a pesar de que se entiende que en los casos en que la conducta sancionada lesiona de manera gravísima los Bienes Jurídicos de la mujer, como sería los casos específicos del “*Femicidio*”, y los delitos de carácter sexual, el Estado se ve obligado a restringir la libertad del sujeto, en vista de la magnitud del acometimiento; tampoco se acepta que esto se reduzca a la mera neutralización del individuo, sino que, adicionalmente, y con mucha más razón dada las circunstancias, se establezca un acompañamiento de medidas de apoyo psicológico y psiquiátrico particular al tipo y caracteres del delito. Por lo que deberían considerarse tales medidas como una regla, no así como una disposición que pueda ser impuesta a criterio del juez.

En relación con lo anteriormente expuesto, y después de una revisión de las diferentes clases de penas, se valora de mayor importancia la pena de “*cumplimiento de instrucciones*”, porque ésta se dirige directamente a la atención individualizada del agresor (su tratamiento psicológico, etc.), no así a satisfacer los fines generales del Estado. Esta condición no se detecta en las demás clases de penas (artículos 12, 13, y 17 a 19), las cuales simplemente se dirigen a imponerle un mero castigo al sujeto, sin valorar las potenciales actitudes de cambio que podría tener el hombre.

Vinculado con lo anterior, se encuentran las disposiciones de la Ley No. 8589, que encomiendan al Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU), como encargado de acreditar a otras instituciones o grupos que deseen brindar un tratamiento a los hombres ofensores por violencia contra las mujeres, lo cual de alguna manera demuestra cierto interés por un manejo responsable de ese tipo de sanción (Artículos 9, 16, 18 y Transitorio único<sup>144</sup>); sin embargo actualmente

---

*También, a solicitud de la persona condenada, podrán aplicarse las penas alternativas, cuando dicha persona sea primaria en materia de violencia contra las mujeres, se le haya impuesto una pena superior a tres años, y haya descontado al menos la mitad de esta. La pena alternativa no podrá superar el monto de la pena principal impuesta.”*

<sup>144</sup> ARTÍCULO 18.- *Rehabilitación. La persona condenada a la pena de inhabilitación podrá ser rehabilitada cuando haya transcurrido la mitad del plazo de esta, si no ha violado la inhabilitación y si ha reparado el daño satisfactoriamente de la víctima [...].”*

El Transitorio único de la Ley No. 8589, indica lo siguiente: “*En un plazo de tres meses, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, las instituciones públicas y las organizaciones privadas interesadas en desarrollar programas de atención especializada a ofensores, según el artículo 18 de la presente Ley, deberán gestionar su acreditación ante el Instituto Nacional de las Mujeres.”*

el Sistema de Acreditación de los Programas de Atención para Ofensores (SAPAO), no ha logrado acreditar a ninguna organización, institución o grupo a fin, entre otras cosas, por el grado de responsabilidades que esa asignación implica, pues se pretende que la acreditación sea sinónimo de calidad y manifestación de una Ley de Derechos Humanos, tanto para la mujer-víctima como para los hombres (Entrevista Monge, 2009).

#### **4.4.- Título IV: Los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad en el análisis de la pena.**

##### **4.4.1.- Sección I: Principio de Proporcionalidad.**

Vargas define el Principio de Proporcionalidad como:

*“[...] un principio del Derecho constitucional, que tiene como función el garantizar los Derechos fundamentales o humanos, que se impone a la actuación de los órganos estatales que ostentan legitimación para la restricción de éstos Derechos, y que propugna porque sus actuaciones no traspasen el límite del contenido esencial. Esta labor la realiza a través de la “puesta en relación de los valores que atienden las normas para la resolución de conflictos, mediante el justo equilibrio de los intereses enfrentados”. (Vargas, 1998: 91)*

Dado a lo establecido por dicho principio, se requiere que todas las restricciones a los derechos fundamentales que el Estado realice, sean previstas por una ley. Asimismo, esas restricciones deben ser adecuadas y necesarias, para cumplir con los fines<sup>145</sup> para los cuales se creó la norma.

De acuerdo con lo anterior, y en aras de no lesionar el Principio de Prohibición de Exceso, *“[...] el legislador no puede definir cuando (sic) y como*

---

<sup>145</sup> *“Al ser la proporcionalidad un concepto jurídico indeterminado, el fin es de particular importancia, y para la determinación de este último deben de tenerse en cuenta los límites que la Constitución establece con relación a los Derechos fundamentales, sobre todo los relativos a su contenido esencial, y además al hecho de que sean socialmente relevantes.” (Vargas, 1998: 93)*

*(sic) se le antoje cuáles conductas deben ser consideradas como delito, ni tampoco es libre de reprimir indiscriminadamente esas conductas con las penas y medidas de seguridad que arbitrariamente decida imponer [...]*" (Vargas, 1998: 86-87)

Por ello, Vargas considera que el Principio de Proporcionalidad en un sentido amplio, se vincula con el Principio de Prohibición de Exceso, por cuanto se impiden aquellas restricciones a los Derechos Humanos que sean consideradas sumamente gravosas e innecesarias, en relación con el fin que se desea alcanzar.

En este sentido, el Principio de Proporcionalidad posee un carácter garantista a favor de los miembros de una sociedad ante el Estado, por cuanto lo obliga a valorar de antemano en cada caso concreto, si el interés estatal que justifica la norma que restringe los derechos fundamentales, tiene la relevancia necesaria, como para mantener dichas consecuencias; por lo que: *"[...] no basta que en abstracto, esté autorizada por la legislación la intervención estatal, sino debe hacerse un balance en el caso concreto, para determinar si la injerencia estatal es intolerable atendiendo los intereses en juego."* (Vargas, 1998: 90)

En la legislación nacional, el Principio de Proporcionalidad no se encuentra regulado expresamente, por lo que varios autores como Llobet, lo han derivado de los artículos 1º (Principio del Estado de Derecho) y 40 (Principio de la Dignidad Humana) de la Constitución Política:

*"Del principio del Estado de Derecho, por ser "una de las características de éste la garantía de los Derechos fundamentales", estudiándose con ello la proporcionalidad desde el punto de vista del Estado actuante, mientras que con el principio de la dignidad humana se estudia desde la perspectiva del individuo o administrado, quien será el sujeto pasivo de la imposición de una sanción por parte del Estado."* (Vargas, 1998: 102)

Vargas, indica que el Principio de Proporcionalidad tiene dos requisitos para poder operar: intrínsecos y extrínsecos. Los primeros aluden a los sujetos

que aplican la limitación y a los medios por los cuales se valen para ejercerla (es decir, debe de tratarse de un juez competente, acatando los lineamientos normativos respectivos, y por medio de una resolución debidamente fundamentada). Este primer requisito relacionado con el Derecho Penal, denota la función que desempeña el juez de “portillo” (Zaffaroni, 2000), para liberar el poder punitivo, razón por la cual se le exige de manera insistente que la fundamentación que exponga en sus resoluciones debe ser lo más clara posible.

El segundo requisito, se relaciona con el derecho que poseen los individuos de acceder a la justicia para defender aquellos derechos que le han sido lesionados de manera injusta.

Por otra parte, el Principio de Proporcionalidad es constituido por tres subprincipios: el de Idoneidad, el de Necesidad, y el de Proporcionalidad en sentido estricto<sup>146</sup>.

- **Subprincipio de idoneidad.**

Este subprincipio establece que la medida que sea asumida por el Estado debe ser adecuada (idónea<sup>147</sup>) para alcanzar los fines que originaron su creación, por lo que ello debe justificar que la injerencia en los derechos fundamentales de los individuos, facilita alcanzar el fin perseguido:

*“Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada.*

---

<sup>146</sup> Pulido clasifica los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en dos grupos: por un lado, cuando éstos se refieren a ejercer una defensa en contra de las intervenciones estatales injustas en el ámbito privado de los individuos (la interdicción del exceso). Y, por otra parte, cuando éstos aluden a los derechos de protección de los sujetos, y observa las omisiones legislativas o las regulaciones parciales de la protección de los derechos (la prohibición de protección deficiente). Dado a las limitaciones de este trabajo de investigación, éste se centrará únicamente en el primer grupo.

<sup>147</sup> “Con relación a este punto indica Rivero, retomando ideas emanadas del Tribunal Constitucional Alemán, que: “Idoneidad significa que los medios de que se vale el legislador deben ser razonablemente adecuados para alcanzar la meta legal propuesta. En especial debe analizar el tribunal constitucional si las medidas adoptadas por el legislador son inapropiadas o inútiles para alcanzar y fomentar el fin o fines perseguidos por la ley” (Vargas, 1998: 95).

*En cuanto a la primera exigencia, para que una medida penal no sea legítima debe ser que no busque proteger ningún derecho fundamental, ni otro bien jurídico relevante. Por su parte, de acuerdo con la segunda exigencia, para que dicha medida (el tipo penal o la pena) no carezca de idoneidad debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.” (Pulido, 2002: 188)*

- **Subprincipio de necesidad.**

Según este subprincipio, una medida estatal que restrinja un derecho fundamental, debe existir solamente cuando no concorra otro medio menos lesivo que permita cumplir con el mismo fin que se propugna. Este mandato obliga a los poderes públicos a realizar una labor comparativa con otros medios menos lesivos, para determinar si estos últimos no pueden cumplir los fines que se pretenden obtener: *“Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza (1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.” (Pulido, 2002: 189)*

La finalidad de la existencia de este subprincipio, versa en otorgar una protección a los individuos sin que sus derechos sean innecesariamente sacrificados con una medida determinada, existiendo otras que representan, no representan o presentan una menor lesión a sus derechos, esto es, que se traten de una medida sustitutiva: *“[...] lo suficientemente apta para alcanzar el fin, recalándose lo de «suficientemente aptas», ya que no es necesario que sean de igual aptitud.” (Vargas, 1998: 96)*

- **Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.**

El Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto establece:

*"[...] para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental."* (Pulido, 2002: 189-1990)

En este sentido, se obliga al Estado a realizar una comparación entre el fin de la medida que se desea impulsar, y la afectación del derecho que se pretende realizar.

El Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto se relaciona con el Derecho Penal, en cuanto a la determinación que realiza el legislador, de la pena para cada tipo penal. En razón de lo anterior, dependiendo del bien jurídico que sea lesionado por la acción tipificada, así será la sanción que sea establecida por el legislador, evidentemente, entre más grave se considere que sea aquélla, mayor será la pena indicada por el tipo penal, y viceversa. Pulido afirma que también sería contrario a este principio, así como al Principio de Igualdad -y también consideramos que al Principio de Lesividad-, cuando se le atribuya una sanción mayor a un hecho punible menos grave que la impuesta a uno más grave.

Concretamente, en cada proceso penal, este subprincipio se debe aplicar al momento de determinar la pena que debe ser impuesta de conformidad con la culpabilidad del sujeto; es decir, entre: *"[...] mayor sea la culpabilidad, más razones existirán para que la conducta sea prohibida y sancionada con una pena más severa"*. (Pulido, 2002: 191-193). Este aspecto excede los cometidos en estudio, pues se estaría hablando del escaño de la culpabilidad dentro de la Teoría del Delito.



#### 4.4.2.- Sección II: Principio de Razonabilidad.

El Principio de Razonabilidad se establece, según Vargas, como una garantía de la libertad de los individuos ante el Estado, por cuanto los protege contra los abusos de los órganos administrativos y judiciales. En este sentido, el Principio de Razonabilidad entra cuando sea necesario resolver el conflicto originado entre la libertad individual que cada ser humano posee y el ejercicio de los poderes estatales; toda vez que el Estado no podría, dentro de su manifestación Democrática de Derecho, limitar un derecho fundamental si dicha restricción fuera irrazonable:

El principio estudiado hace referencia a la relación existente entre medios y fines, así como a la relación existente entre el “*supuesto de hecho-consecuencia jurídica-fin de la norma*”. Así, “[...] es racional una ley, resolución o acto administrativo si los medios utilizados son acordes con los fines, y si esos fines tienen como fundamento el respeto de los Derechos fundamentales o humanos.”<sup>148</sup> (Vargas, 1998: 111)

Por otra parte, Vargas clasifica dos tipos de razonabilidad jurídica: la *razonabilidad de ponderación* y la *razonabilidad de selección*. La primera exige que exista una igualdad o equiparación entre el antecedente y consecuente establecido por la norma:

*“También podría explicarse como la relación entre la conducta a regular, su cumplimiento, y la sanción por ese incumplimiento, que debe tener como base unos determinados hechos sociales, que fueron los que motivaron la creación de la norma, y que es tarea del Legislador el proceder a realizar una lectura adecuada de los mismos para proceder en base a ellos a crear las normas. Es precisamente esa interpretación adecuada a la realidad social, lo que el test de la razonabilidad controla o mide, en el caso de la producción legislativa.”* (Vargas, 1998: 114)

---

<sup>148</sup> “Así, una medida que imponga un límite a un derecho fundamental debe, además de ajustarse a la legalidad, ser razonable, en el sentido de ser adecuada y proporcionada para el fin perseguido, esto con el propósito de adecuar la legislación al caso concreto y a las exigencias constitucionales, y al mismo tiempo evitar la arbitrariedad y el capricho de los aplicadores del Derecho.” (Vargas, 1998: 119)

A partir de esta clasificación, se podría realizar un test de razonabilidad de la norma en sentido amplio, el cual comprendería tres pasos: **1)** la averiguación de los motivos que llevaron a la promulgación de la norma; **2)** la determinación de los fines que pretendía alcanzar el legislador por medio de la promulgación de la presente ley; y, **3)** la constatación de que las normas se encuentran de acuerdo con los valores constitucionales.

Mediante la razonabilidad de selección se determina si la norma lesiona el Principio de Igualdad, al tratar dos situaciones iguales de diferente manera. Vargas indica que ésta consiste en:

*“[...] la determinación del hecho antecedente de la endorma, o sea los supuestos de hecho que una norma cobija, siendo que al ser determinados por el legislador, pueden dejarse por fuera situaciones iguales a las normadas. Así, pese a ser iguales, quedarán reguladas de forma diversa, con lo que se introduce una distinción que debe valorarse en base a parámetros de justicia o razonabilidad. Se trata por lo tanto del principio constitucional de la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 33 de la Carta Magna.” (Vargas, 1998: 177)*

El Principio de Razonabilidad relacionado con la materia penal, obliga a que el sistema penal adapte su funcionamiento a los derechos fundamentales, con la finalidad de que éste adquiera una tendencia más humanista, dadas las consecuencias y el impacto que éste tiene sobre las vidas de las personas que se ven enroscadas en sus “engranajes”.

#### **4.4.3.- Sección III: Análisis de la pena en la Ley No. 8589, a la luz de los principios de Proporcionalidad y Razonabilidad.**

Antes de iniciar propiamente el análisis comparativo entre las penas establecidas por los tipos penales y los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad, se debe hacer una explicación con respecto de los Subprincipios de Idoneidad y Necesidad.

A lo largo de este trabajo de investigación se ha demostrado cómo una ley penal especial contra la violencia de género, se podría constituir en el medio adecuado para el tratamiento, por parte del Estado, de los comportamientos que atacan los Derechos Humanos de las mujeres.

Tal y como se indicó en el Capítulo III, existe una separación entre lo que es la descripción de la conducta indeseada, y la pena que a ésta se le endilga, ambos elementos conforman el tipo penal. En cuanto al primer elemento, se destaca que su necesidad e idoneidad es viable dentro del sistema penal, toda vez que, tal y como se ha repetido en muchas ocasiones, el CP no ofrece una estructura apta ni establece un reconocimiento de los comportamientos diferenciados que lesionan Bienes Jurídicos de las mujeres, con respecto a los hombres. En este sentido, se estima que ya se ha abarcado y justificado el cumplimiento por parte de las normas penales especiales de género, de los Subprincipios de Idoneidad y Necesidad que se explicaron supra.

En el caso de la Ley No. 8589, sí se cumplen con los Subprincipios de Necesidad e Idoneidad, al contener tipos penales que reconocen la situación de violencia contra las mujeres; sin embargo, se considera que esa construcción pudo haberse hecho de mejor forma, sin violentar los demás principios constitucionales que rigen el Derecho Penal.

Ahora bien, una vez que se tiene presente que el tipo penal se estructura de manera bífida (las conductas descritas que contrarían los valores de la sociedad, y las sanciones o penas), y aceptando una determinada forma de reconocer esas descripciones de conductas (como primer elemento del tipo penal al que ya se hizo referencia), es posible proceder a estudiar críticamente el segundo elemento de los tipos penales, a saber, las sanciones establecidas por aquéllos; pero no desde la finalidad que se le debe atribuir –función resocializadora de la pena- (por cuanto ya se discutió este tema en el Título IV. de este Capítulo), sino como un *“quantum puniendi”*.

Este estudio crítico se hace a la luz del Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto y el Principio de Razonabilidad. A diferencia del abordaje que se le dio al análisis de los tipos penales de la Ley No. 8589, en el cual no se considera válido realizar un parangón con las estructuras o las fórmulas típicas del CP; para el estudio de las penas de esta misma ley, sí se determina adecuado realizar dicha comparación, por cuanto los Bienes Jurídicos contemplados son similares, indistintamente de que en la norma y en el CP, la formulación de las conductas que las afectan se hagan de manera diferente, por los requerimientos que ya se vieron. Lo anterior permite hacer críticas en los *quantum* de la pena de los tipos penales establecidos por la Ley No. 8589.

Por otro lado, se han presentado las críticas realizadas tanto a nivel internacional, como a nivel nacional, en cuanto a las leyes de corte penal de género, tales como las manifestadas por Polaino en las siguientes palabras: *“Las reformas operadas por la LO 1/2004, en el texto del Código penal, con la creación de nuevos tipos y subtipos agravados, responden a motivos coyunturales y confluyen a la inflación del Derecho penal [...] (Polaino, 2006: 712)<sup>149</sup>*

Se sigue el criterio propiamente en concordancia con la Ley No. 8589, que estos tipos de argumentos no tienen asidero, ya que en principio no se da una *“hiperinflación del Derecho Penal”* porque los Bienes Jurídicos contemplados por la norma nacional, son similares a los que ya fueron recogidos por otras leyes penales. Además, se establecen tipos penales ya señalados por el CP, sólo que aquéllos se han redactado de acuerdo con las particularidades propias de las situaciones de violencia contra las mujeres (específicamente, el ciclo de violencia); no obstante, sí se reconocen algunas novedades que responden al reconocimiento que se hizo de esa situación de violencia especial, lo cual se justifica porque se trata de conductas que no habían sido observadas por los legisladores, dado al velo que ha puesto en sus ojos el mismo sistema patriarcal.

---

<sup>149</sup> El autor hace referencia a la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Ley 1/2004 de España a la que ya se hizo referencia en el Capítulo II.

Asimismo, la Ley No. 8589 determina para los tipos penales un aumento de las penas (tanto del mínimo, como del máximo) en comparación con las establecidas por el CP; sin embargo, en la generalidad de ellos, sin contar con un caso excepcional al cual se hará referencia más adelante, se estima que este aumento se justifica ya que se acentúa la reprochabilidad de la conducta, por cuanto existe una situación especial que presenta manifestaciones de control y poder, así como su abuso y aprovechamiento, por parte del hombre sobre la mujer, para perpetrar los hechos; y según lo expuesto por Pulido, al referirse al Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto, cuanto mayor sea la culpabilidad del sujeto, mayor deberá ser la cuantía de la pena.

El caso específico que llama la atención, y expresando las críticas al respecto, se encuentra el artículo 23, el cual recoge el Bien Jurídico libertad de tránsito (no así, el Bien Jurídico integridad física, como parece ser de la lectura del capítulo sobre violencia física en el cual se incluyó). Sin embargo, aún reconociendo ese ciclo de violencia en el que se pueda ver afectada la libertad de las mujeres, y el mayor reproche que se pueda dar porque las personas ejecutantes de esas acciones son sus parejas, ello no justifica, y es más, se califica como desproporcionado un aumento del mínimo y el máximo de la pena, en relación con el artículo 191<sup>150</sup> del CP (estos aumentos concretamente son: en el mínimo de un año y medio, y en el máximo, de siete años). Tampoco del estudio del expediente legislativo que contiene la propuesta de la Ley No. 8589, se desprende el fundamento de este irracional aumento en la cuantía de la pena.

#### **4.4.4.- Sección IV: Valoración del acople de la Ley No. 8589 con los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad de la Pena, por parte de las/os funcionarias/os públicas/os del Poder Judicial de Costa Rica.**

Una forma de medir la condición práctica de estos principios, se hizo por medio de las expresiones emitidas por los funcionarios/as judiciales, realizando el parangón entre las nociones de esos principios con el nivel general del

---

<sup>150</sup> **“ARTÍCULO 191. Privación de libertad sin ánimo de lucro. Será penado con prisión de seis meses a tres años el que sin ánimo de lucro, privare a otro de su libertad personal.”**

*quantum* de las penas establecidas por la Ley No. 8589. La vía para medir eso, fue por medio de la siguiente pregunta: “¿Considera usted que las sanciones establecidas por los tipos penales de la Ley No. 8589 son adecuadas y conformes a los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad?”

Como resultado de dicha pregunta, se obtuvo que un 18% de las personas participantes indicaron que la norma sí es contraria a dichos principios, otro 18% opina lo contrario, y un 65% no respondió la pregunta. (Anexo No. 5)

En cuanto a los empleadas/os judiciales que consideraron que la norma sí se adecua a los lineamientos de los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad, la totalidad respondió que ello se da porque las sanciones establecidas son correlativas a las conductas que se tipifican.

En cambio, quienes opinan que la ley es contraria a esos principios, lo hacen justificándose en que las penas rebasan los límites de los principios, tanto porque establecen penas muy altas en relación con las afectaciones de los bienes jurídicos, así como porque elevan las penas considerablemente con respecto a las establecidas por el CP.

#### **4.5.- Título V: La víctima en las leyes penales especiales contra la violencia de género.**

Las víctimas de la Ley No. 8589, son mujeres que se encuentran dentro de relaciones de poder y control, en las cuales se ejercen distintos tipos de violencia por parte de sus parejas, situación por la cual su tratamiento debe hacerse observando siempre esa situación de mujeres- víctimas.

#### 4.5.1.- Sección I: Concepto de victimología y su aplicación en las leyes penales especiales contra la violencia de género.

La Victimología se constituye en un proceso científico que centra su atención en la víctima de los delitos, sus dificultades, necesidades y derechos:

*“[...] se atribuye a la Victimología el objetivo de desarrollar, a través del estudio en profundidad de la víctima, un conjunto de reglas generales y de principios comunes que contribuyan al progreso y evolución de las ciencias criminológicas y jurídicas, facilitando la comprensión del fenómeno criminal, de la dinámica criminógena y de la personalidad del delincuente.” (Landrove, 1998: 19)*

Esta ciencia surge como respuesta al desplazo que sufrió la idea de víctima, ante el auge de la Criminología, que centró toda su atención en el delincuente, y los efectos del Derecho Penal sobre su persona, olvidando que el mismo concepto de delincuente nace a partir de la existencia de una víctima (quien es la persona que sufre la lesión o peligro de sus Bienes Jurídicos). Y, actualmente, la función del Derecho Penal se ha desvirtuado a tal punto que ya no se tiene reparo en la víctima, y se ha pretendido utilizar este Derecho como una herramienta para la opresión y la sujeción de las personas:

*“[...] la víctima en la mayoría de los casos desconoce sus derechos, sólo sabe que sus intereses fueron afectados por alguien y quisiera que ese alguien fuera castigado, salvo que se asesore por un abogado, lo que implicaría que tuviera que hacer otras erogaciones o algunas otras maniobras si quiere que se haga justicia. Si no tiene recursos es muy probable que nunca vea satisfechos sus intereses afectados; situación que, si bien está vinculada con la conducta delictiva que originalmente la convirtió en víctima, depende ahora de la propia forma de funcionar del sistema penal en la aplicación concreta de ley por los encargados del proceso penal.” (Moreno, 1998: 360)*

En relación con las leyes penales especiales contra la violencia de género, la abstracción de la víctima es una situación que en ningún momento podría tener lugar, por cuanto ello sería recaer una vez más en la invisibilización de la problemática de violencia contra las mujeres. Una idea de ley penal especial contra la violencia de género, si parte verdaderamente de las

propuestas feministas y del Derecho de la Constitución integralmente concebido, no podría cometer los mismos errores que el Derecho Penal convencional. Sobre todo si tomamos como base el texto especificador de la Convención de Belem do Pará, en sus artículos 7 y 8, que manifiestamente procuran comprometer a los Estados, para crear o fortalecer sus sistemas de justicia, direccionándolos a una atención adecuada de las mujeres-víctimas de violencia.

La mujer en situación de violencia por parte de sus parejas, ha sufrido una doble discriminación dentro del sistema penal, primero por su condición de mujer, y segundo cuando se constituye en la persona cuyos Bienes Jurídicos fueron afectados o puestos en peligro.

Tomando en cuenta lo anterior, y que el tratamiento de las víctimas ha sido de reciente aparición en el Derecho Penal, en el caso de mujeres-víctimas, una ley penal especial contra la violencia de género se constituye como la oportunidad para el Derecho Penal de reivindicarse frente a éstas<sup>151</sup>, además de que ofrece muchas oportunidades para el desarrollo de la Victimología, pues permite un entrenamiento para las potencialidades de esta ciencia (y para la ciencia del Derecho Penal), porque se deben tomar en cuenta necesidades específicas, esto es, saber entender el funcionamiento del ciclo de violencia<sup>152</sup> en el que se han visto sometidas, así como las condiciones que éste genera dentro de las vidas de las víctimas, y por ende, los requerimientos que esto

---

<sup>151</sup> *"La constatación del dato de que durante décadas el Derecho penal ha revictimizado a las víctimas, ha hecho surgir el siguiente interrogante: si las penas y las otras consecuencias jurídicas del delito pueden volverse en contra de las propias víctimas, será posible también articular un sistema capaz de neutralizar esos efectos. En particular, el ámbito de la violencia de género, es idóneo para llevar a cabo una lectura de los fines de la pena prestando atención a sus víctimas, sin necesidad de modificar la letra de la ley, pues el juez está obligado a concretar la pena, teniendo en consideración todos los datos concurrentes, entre otros, la situación en que se queda la víctima con la imposición de la pena."* (Acale, 2006: 309)

<sup>152</sup> Según la Oficina de Atención a la Víctima del Ministerio Público del Poder Judicial, el ciclo de violencia se integra por tres fases: "1) *La Fase de Tensión: Comienza con pequeños actos violentos. El agresor humillará e insultará a la víctima con cualquier pretexto. La víctima asume el papel de complacer y hacer cualquier cosa para estar bien con la persona agresora.* 2) *La Fase de Agresión: El agresor descarga sus tensiones con acciones violentas físicas, psicológicas o sexuales; perdiendo toda forma de comunicación y entendimiento.* 3) *La Fase de Arrepentimiento y Reconciliación: Etapa en donde se da la reconciliación y promesas de no volver a maltratar. Por un tiempo se da el cese de los abusos, el cual no es definitivo, ya que la violencia puede volver a aparecer e iniciar de nuevo el ciclo en la fase tensión."* (Boletín En Apoyo, edición No. 2, Año 2009)



demanda para su adecuado tratamiento por parte de las instancias de la Administración de Justicia:

*“Finalmente, también en ocasiones en que se emprenden reformas penales para proteger a las mujeres, parece que esta protección fuera simplemente alcanzable con la redacción de más tipos penales o endureciendo las penas de los ya existentes. Sin embargo, la intervención del sistema penal, conlleva algo más que crear un nuevo tipo penal. En mi opinión reclamar la intervención del sistema penal implica cuando menos dos cuestiones: a) articular un proceso penal que pueda atender a las necesidades (de protección, económicas, y de participación que surjan en el proceso; b) establecer un derecho penal que dé respuestas a las diversas demandas de las víctimas.” (Larrauri, 2008: 320).*

Es importante que quede claro que el manifiesto apoyo por la existencia de una ley penal especial contra la violencia de género, no se limita simplemente a su mera existencia, si no que el Derecho Penal tenga más que aportar a las mujeres, que sólo las sanciones para sus agresores. Se apela a que se les dé el tratamiento que no sólo como víctimas requieren, sino como mujeres-víctimas. Condición que es valorada en la siguiente forma por Acale:

*“[...] se trata de personas especialmente vulnerables en las que existe un grado estadístico de reiteración de conductas muy elevado y que además se caracteriza por «la existencia de una dependencia económica, social y/o psicológica de la víctima, con respecto a la persona agresora, lo que suele generar un incremento de la incapacidad de resistir a la violencia».” (Acale, 2006: 73)*

Las críticas en este apartado, no van dirigidas sólo a las leyes, sino al mismo sistema penal, que funciona a partir de lineamientos androcéntricos, como institución del sistema patriarcal que es.

En vista de lo anterior, la víctima debería ser atendida enfocando las labores a partir del reconocimiento de sus Derechos Humanos, los cuales deben, de conformidad con los lineamientos del Derecho de la Constitución, permeare todo el sistema penal referido, tomando en cuenta de manera principal a la víctima, tal y como lo establecen las convenciones internacionales,

verbigracia la CEDAW, que establece de primera entrada, el reconocimiento por sí de su discriminación sobre la base del género, en su artículo 1°.

Tomando en cuenta que esta problemática encierra una gran gama de Derechos Humanos, se abren las puertas para que el Derecho Penal, en su ámbito de aplicación propiamente, deje de lado su miedo de recurrir a una verdadera interdisciplinaria, con la finalidad de dar una real atención individual tanto al agresor (con miras a lograr su *resocialización*), y a la víctima, con la idea de crear los mecanismos necesarios para que todas las necesidades (que nacieron a partir de la situación de violencia) se vean atendidas y/o canalizadas para su posterior satisfacción.

Ahora bien, se propone la idea de que el abordaje de las mujeres agredidas por sus parejas, por parte del Derecho Penal, debe ser dual: **1)** en lo que sería la tramitación del proceso y la atención de la víctima durante su desarrollo; y, **2)** la imposición propiamente de las sanciones al agresor.

En cuanto al punto **1)**, es claro que el momento clave mediante el cual la mujer tiene el primer acercamiento al sistema penal, es el instante en que se presenta a denunciar a su agresor. Hay que darle el valor que este acto merece, a través de una atención individualizada a la víctima, de tal forma que, al momento de la narración que ella haga de las conductas que le han afectado, debe existir un acompañamiento de un profesional en psicología o trabajo social; así como en un ambiente privado (en recintos apartados de terceras personas). Esto para evitar la revictimización, y que además, dicho profesional determine la estrategia de abordaje para el caso particular, toda vez que se requiere que de inmediato se le remita a tratamientos psicológicos que, con el paso del proceso penal, le permitan darle un empoderamiento a la víctima, para que así ella se sienta capaz de afrontar el proceso y a su agresor; y que por razones del ciclo de violencia en el que se encuentra sometida, no se vea en la necesidad de retirar la denuncia.

Asimismo, la presencia de un profesional en estas materias, podría ayudar a que la mujer sienta confianza en el sistema, así como sus

funcionarias/os, con la finalidad de que ella pueda expresar detalladamente los hechos que desea denunciar. Adicionalmente, el mismo funcionario/a público/a debe utilizar un lenguaje llano y explicarle el funcionamiento del proceso y sus fases<sup>153</sup>. Evidentemente, este último punto no podría establecerse dentro de una ley penal especial contra la violencia de género, pero sí, como parte de las políticas de capacitación que debería brindar el Poder Judicial.

De igual forma, en este primer momento, debe darse una valoración sobre los riesgos en estos casos, con el objetivo de tomar mano de una red de apoyo que permita brindar condiciones materiales a la víctima (y a sus hijos, en caso de tenerlos) para detener el ciclo de violencia, como sería el caso por ejemplo, de brindarle un albergue para que salga del hogar.

También, en los casos en que se considere oportuno, se le debería brindar ayuda económica a las mujeres que, por las condiciones en que se veían insertas, crearon una dependencia económica con su agresor, y no podrían mantenerse en ese momento por sí mismas (sobre todo porque en muchos de los casos, las mujeres retiran sus denuncias en vista de que no tienen el dinero suficiente para su sobrevivencia, y para la de sus hijos) (Entrevista Arcia, 2009).

En ese sentido Larrauri indica:

*“Ahora bien, desde el momento en que se insiste en que la mujer «denuncie» se trata de plantearnos en concreto si el sistema penal puede contribuir a solucionar lo que se cree que es*

<sup>153</sup> “Consejos para brindar una atención adecuada a la víctima de violencia:

- 1- Escuche con atención a la persona, permítale hablar de las situaciones que está viviendo y respete sus silencios, sin ejercer presión alguna.
- 2- No pierda la calma aunque la otra persona se encuentre fuera de control.
- 3- Proporcione a la víctima información exacta y pertinente.
- 4- Evite cualquier juicio de valor o interpretación de su parte.
- 5- Asuma una actitud que transmita comprensión, empatía y sensibilidad.
- 6- Procure crear un espacio privado para recibir la denuncia de una persona en crisis. Evite hacerlo delante de terceros.
- 7- Refiera a la víctima con el personal interdisciplinario de cada fiscalía, o a la Oficina de Atención y Protección a la Víctima.
- 8- Cuando la víctima presente lesiones que pueda representar peligro para su vida o integridad física, previo a recibir la denuncia se debe valorar la conveniencia de remitirle al centro de salud más cercano.” (Boletín En Apoyo, edición No. 2, año 2009)

*el principal motivo para soportar las situaciones de malos tratos: la dependencia económica.” (Larrauri, 2004:9)*

En vista de lo anterior se propone que a las mujeres-víctimas se les entregue dinero para su manutención momentánea, hasta que, como parte de las labores de esa red de apoyo, se les pueda ubicar como personas económicamente activas. Esto también fue considerado por Oliver y Valls:

*“Bell propone que más que ayudar a la mujer económicamente (una necesidad y un punto de partida que no hay que abandonar), abría que ayudarla a encontrar trabajo para que pueda ser más independiente, a mejorar sus posibilidades de educar a sus hijas e hijos, y a centrarse en su capacidad de mejorar su bienestar, pues en buena parte sus necesidades son semejantes a las de muchas otras mujeres con parecidas necesidades económicas.” (Oliver y Valls, 2004: 77).*

Igualmente se estima adecuado que durante el desarrollo del proceso, tanto trabajadores/as sociales, como psicólogos/as deban emitir peritajes periódicos ya sea al fiscal, como a los jueces, según el momento procesal en el que se encuentre. Esto deriva dos puntos importantes, primero que necesariamente, durante el proceso se mantenga un tratamiento psicológico constante para la persona agredida; y segundo, para determinar si la víctima se encuentra en las condiciones aptas, tanto para afrontar el proceso, así como para decidir sobre la posibilidad de optar por una conciliación o suspensión del proceso a prueba, que realmente satisfaga sus requerimientos<sup>154</sup>.

Por otro lado, el punto 2) se refiere propiamente cuando ya se ha constatado la culpabilidad del hombre. En esta parte, se tomó la idea expuesta por Beristain, cuando alude a la propuesta de hacer una separación del debate en dos momentos: el primero que versa sobre la determinación de la culpabilidad del sujeto, y segundo, una vez fijada ésta, se proceda a fijar la pena, pero de tal forma que el juez se vea asesorado por profesionales de otras materias para medir de forma adecuada una real retribución de la víctima, según sea el caso concreto. En el caso de los delitos de violencia contra las

---

<sup>154</sup> Además, sería deseable que dentro de estas medidas de resolución alternas, siempre debería incluirse como requisito, que el agresor reciba un tratamiento psicológico, y un seguimiento de sus progresos.

mujeres, sería el juez asesorado por profesionales en psicología, trabajo social, etc).

Se torna importante aclarar que dicha propuesta versa sobre una figura similar a la de *Cesura* contemplada por el CPP (establecida en el artículo 323); sin embargo, la aquí propuesta no se realizaría a instancia del imputado, sino como una etapa más dentro del proceso, la cual debe realizarse de oficio.

Esta propuesta se realiza tanto en beneficio del imputado, como de la víctima; por cuanto con esta segunda fase dentro del debate se pretende que el juzgador se asesore con otros profesionales en distintas ciencias sociales, con el fin de establecer una pena que implique efectivamente la *resocialización* del individuo (la determinación del tratamiento psicoterapéutico más adecuado para el agresor), así como una verdadera retribución a la víctima, de frente a los daños (patrimoniales y morales) sufridos.<sup>155</sup>

Aludiendo a las recomendaciones realizadas por la CIDH, en su Informe titulado “*Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*”, también debería existir un registro sobre los casos de violencia contra las mujeres a nivel de Administración de Justicia, por cuanto:

*“Si bien los casos que llegan a los tribunales penales representan una muestra muy pequeña y no representativa de los casos de violencia contra la mujer, las estadísticas judiciales son importantes. Pueden hacer un aporte a la comprensión de la respuesta del sistema de justicia penal ante la violencia contra la mujer. En particular se puede evaluar la eficacia de las leyes y sanciones destinadas a proteger a las mujeres utilizando las estadísticas de reincidencia. Sin embargo, en numerosos países no hay una adecuada retroinformación de los tribunales al ministerio de justicia.”* (CIDH, 2007: 85)

La mujer agredida como víctima dentro del proceso penal actual, es fuente de amplias oportunidades para desarrollar aún más la Victimología,

---

<sup>155</sup> Cabe indicar que esta propuesta no se hace considerando que debe ser aplicada de manera exclusiva a los procesos de penalización de los actos de violencia de género, no se excluye la posibilidad de que ésta también sea aplicada en otros casos en los cuales ésta fuera pertinente.

como ciencia dentro del sistema penal, de tal forma que la idea de una ley penal especial contra la violencia de género, centrando su atención en tratar de manera particular las necesidades de la mujer-víctima, y tomando en cuenta las circunstancias que nacen a partir de su misma condición, se podría dejar de lado la constante invisibilización y doble discriminación a la mujer; todo esto redundando en un adecuado tratamiento dentro del proceso, adicionado a las sugerencias que se plantearon anteriormente, con respecto al tratamiento individualizado tanto de la víctima, como del perpetrador.

#### 4.5.2.- Sección II: Atención a las víctimas dentro de los procesos de infracción a la Ley No. 8589.

En el Informe suscrito por la CIDH, No. OEA/Ser.LV/II, Documento No. 68, del 20 de enero de 2007, titulado “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, se indicó lo siguiente:

*“[...] la CIDH observa que a pesar del reconocimiento formal y jurídico de los Estados de que la violencia contra las mujeres constituye un desafío prioritario, existe una gran brecha entre la incidencia y la gravedad del problema y la calidad de la respuesta judicial ofrecida. Si bien la Comisión reconoce los esfuerzos de los Estados por adoptar un marco jurídico y político que permita abordar la violencia contra las mujeres, **aún persiste una enorme distancia entre la disponibilidad formal de ciertos recursos y su aplicabilidad efectiva**. La mayoría de los casos de violencia contra las mujeres no son formalmente investigados, juzgados y sancionados por los sistemas de administración de justicia en el hemisferio.” (Lo subrayado no es del original) (CIHD, 2007: viii)*

Dentro de la Ley No. 8589, se encuentra una primera falencia en relación al tratamiento de las víctimas, ésta se traduce en la poca participación que se le otorga para la propia definición de sus derechos e intereses. En este sentido, la misma ley únicamente le permite al juez escuchar la opinión de la víctima en un único momento, que es el establecido por el artículo 10<sup>156</sup>. En los

<sup>156</sup> **“ARTÍCULO 10.- Pena principal.** La pena principal por los delitos consignados en esta Ley será de prisión. El juez podrá optar por penas alternativas si con ello no se colocan en riesgo la vida o la integridad de la víctima o si esta es perjudicada en el ejercicio de otros derechos. Para tal efecto, el tribunal de juicio, de previo al reemplazo de la pena de prisión deberá ordenar otro

otros casos, se rige por los lineamientos del CPP, el cual no contempla siempre las particularidades de este tipo de víctimas.

Ese tipo de participación que podría otorgarse a las mujeres-víctimas, es entre otros darle efectivamente su espacio para expresar adecuadamente sus intereses concretos con el proceso penal, su posibilidad por ejemplo de buscar el reconocimiento del daño moral sufrido, por lo que se requiere un apoyo necesario de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima del Ministerio Público, aspecto que actualmente no se ha desarrollado satisfactoriamente (Entrevista Monge, 2009).

De igual manera, se han realizado críticas por parte de la CIDH en cuanto al empleo de la conciliación como medida alterna de resolución al conflicto, dentro de los procesos en los cuales se tramitan delitos por razón de violencia de género, por cuanto:

*“Es de reconocimiento internacional que la conciliación en casos de violencia intrafamiliar no es recomendable como método para resolver estos delitos. [...] Han manifestado que al hacer este delito conciliable, el delito se vuelve sujeto de negociación y transacción entre la víctima y el victimario. La conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. En varios países ha quedado claro que los acuerdos realizados en el marco de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad en las relaciones de poder entre la víctima y el agresor. Los acuerdos generalmente no son cumplidos por el agresor y éstos no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí.” (CIDH, 2007: 70)*

Particularmente, la Ley No. 8589 sí admite la posibilidad de arribar a una conciliación entre las partes. Siguiendo el tema de la anterior cita, la primera crítica expuesta y contrario a lo que el informe anterior dicta, se considera que en estos casos sí debería existir la posibilidad de conciliar; sin embargo, antes

---

*examen psicológico y psiquiátrico completo, si lo considera necesario; además, deberá escuchar el criterio de la víctima en caso de reemplazo por descuento de la mitad de la pena, el juez de ejecución de la pena deberá escuchar a la víctima previamente, si esta se encuentra localizable.”*

de recurrir a cualquier tipo de medida alterna al conflicto, el juez debería siempre informarse, por medio de dictámenes periciales elaborados por las/os funcionarias/os respectivos, si la víctima se encuentra en las condiciones aptas para proceder a llegar a un acuerdo de esta naturaleza. Asimismo, en el momento procesal indicado para elaborar el acuerdo, debería hacerse con presencia de un/a trabajador/a social o psicólogo/a, con la finalidad de que aporte sus conocimientos para realizar un acuerdo efectivo y adecuado a las circunstancias del caso concreto (Entrevista Arcia, 2009).

Una segunda falencia, que no deviene propiamente de la letra de la ley, sino de la práctica judicial (y falta de capacitación de los/as funcionarios/as por parte del Poder Judicial), va en el sentido de que los/as funcionarios/as públicos/as han observado la oposición de la víctima en continuar con el proceso, como una acción achacable a la mujer que les estropea el caso, de tal forma que lo ven como una pérdida de prueba trascendental, para arribar a una posible culpabilidad del hombre (Entrevista Salazar, 2009).

Esta forma de pensamiento instrumentaliza a la víctima, por cuanto se le ve únicamente como un elemento de prueba necesario para “ganar” el proceso, no como un ser humano que está ejerciendo su derecho de acceso a la justicia y retribución de los males causados en su contra. Se trata de una reducción de la problemática de la violencia contra las mujeres a meras estadísticas de cuántos expedientes terminan en una sentencia condenatoria, en comparación con aquéllos que concluyan en un sobreseimiento definitivo o desestimación, por lo que lamentablemente los Derechos Humanos de las mujeres se resumirían a números.

En este sentido la CIDH, en su Informe No. OEA/Ser.LV/II, Documento 68, mediante el cual se efectuó una evaluación del acceso a la justicia por parte de las mujeres que han sido víctimas de violencia por concepto de género, y evaluando a los Estados pertenecientes a dicha organización internacional, se concluyó que:



*"[...] la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se refleja en la respuesta y en el tratamiento de los casos de violencia por parte de los funcionarios de la administración de la justicia y de la policía. En consecuencia, es evidente la necesidad de que los Estados diseñen y fortalezcan programas de capacitación para funcionarios del sistema de justicia y de la policía sobre el problema de la violencia contra las mujeres como una grave violación a los derechos humanos y su obligación de ofrecer un trato digno y humano a las víctimas cuando intentan acceder a instancias judiciales. A pesar de la proliferación de los programas de capacitación orientados a funcionarios de la administración de la justicia y de la policía, la CIDH ha verificado que el impacto de éstos ha sido heterogéneo y que muchos de ellos carecen de la institucionalización y de los mecanismos de responsabilidad necesarios para poder lograr cambios sostenibles."* (CIDH, 2007: x)

Incluso dentro de dicho Informe los representantes de Costa Rica que participaron en su elaboración, indicaron que uno de los mayores obstáculos a los que se enfrenta el país, era el resultado de la influencia del medio cultural y social que existía sobre los funcionarias/os judiciales, por cuanto ello no le permitía: *"Mantener las acciones de capacitación y actualización del personal policial y judicial para erradicar las prácticas sexistas que restringen el ejercicio del derecho a la justicia de personas afectadas por la violencia."* (CIDH, 2007: 62-63)<sup>157</sup>

La ausencia de una sensibilidad por parte de los funcionarios/as públicos/as, tiene un impacto desde el momento en que la víctima se presenta a denunciar a su agresor, por cuanto: *"[...] los sistemas de justicia no protegen*

<sup>157</sup> *"Durante las reuniones de trabajo, la Relatoría fue informada de frases y conceptos utilizados por los jueces en el juzgamiento de casos de violencia contra las mujeres que evidencian parcialidad en el procesamiento de estos casos favoreciendo al agresor. Una representante de la Defensoría de la Mujer de Costa Rica, en la reunión de expertas y expertos organizada por la CIDH sobre América Central, presentó como ejemplo un caso documentado en el que una mujer denunció una violación y el juez llegó a la conclusión que: "las únicas víctimas en este caso fueron los agresores sexuales, quienes no sabían que atacaban a una mujer con problemas mentales" [...] Entrevistas llevadas a cabo por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (en adelante "ILANUD") en el contexto de sus proyectos para promover la incorporación de género en las actuaciones de la administración de justicia, **revelan que las juezas mujeres pueden temer adoptar decisiones a favor de mujeres agredidas para que no se les acuse de "feministas" o ellas mismas tener que enfrentar sus situaciones de abuso. En este mismo sentido, los jueces hombres temen verse afeminados o poco hombres.**" (El subrayado no es del original) (CIDH, 2007: 69)*

*de manera suficiente la dignidad y la privacidad de las víctimas dentro del proceso de investigación.” (CIDH, 2007: 58). Ese primer contacto de la mujer-víctima con la Administración de Justicia, es crucial para evitar que las mujeres se vean revictimizadas por circunstancias como relatar en múltiples ocasiones los hechos que le sucedieron a varios funcionarios/os públicas/os (policías, auxiliares judiciales, fiscales, trabajadores/as sociales, doctores/as de medicina forense, defensoras/es y jueces/zas, entre otros), personas que muchas veces no poseen la receptividad o empatía necesaria para tratar víctimas de esta naturaleza, precisamente por carencias en su capacitación<sup>158</sup>.*

La importancia de ese primer contacto de la mujer-víctima con la Administración de Justicia, es trascendental no sólo como la primera impresión que impacte confianza, sino que su adecuada realización puede tener efectos procesales importantes, como por ejemplo (en los espacios para la participación de cuales se habló líneas atrás), en los intereses que se tengan sobre el cobro de posibles daños morales o patrimoniales; por lo que la información y el brindar las oportunidades necesarias a las mujeres en estos temas es trascendental, y puede cubrirse mínimamente incluso con sólo explicarles y preguntarles si desean delegar la Acción Civil Resarcitoria, mínimo derecho del que lamentablemente se carece (Entrevista Monge, 2009).

La falta de sensibilización por parte de los funcionarios/os judiciales, tiene un impacto sobre las resoluciones, frente a lo anterior la CIDH:

*“[...] ha tomado conocimiento de la resistencia y del desconocimiento de algunos jueces sobre la aplicación e interpretación de tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno, particularmente los aplicables en los casos de mujeres. Los problemas para la aplicación del marco jurídico orientado a combatir la violencia contra las mujeres, forman parte de un problema generalizado sobre la correcta implementación e interpretación de los tratados internacionales.” (CIDH, 2007: 97)*

---

<sup>158</sup> Algunas soluciones propuestas para evitar esta grosera forma de revictimización, han sido la toma de la denuncia no solamente con el acompañamiento de profesionales en psicología, sino la recepción de la misma empleando cámaras de video, para evitar precisamente que las denunciantes tengan que repetir sus manifestaciones y se haga una única declaración (Entrevista Monge, 2009).

Por otro lado, el tratamiento y abordaje de las víctimas en el Poder Judicial, se filtra a través de la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Ministerio Público, la cual una vez que recibe a las víctimas y desde un primer momento busca un abordaje interdisciplinario, básicamente integrado por psicólogos/as y trabajadores/as sociales. De tal forma que una vez que se recibe a la víctima se realiza una valoración según la existencia o no de riesgo para sí y sus familiares (por ejemplo los hijos), en los comportamientos que ella denuncie.

A partir de ese momento, se le da un tratamiento a nivel psicológico, y paralelamente, a través de las/los profesionales en trabajo social, se recurren a otras instituciones estatales (Instituto Mixto de Ayuda Social, INAMU, Ministerio de Trabajo, etc.), para otorgarle a la víctima ayudas temporales para su subsistencia (Entrevista Arcia, 2009).

Específicamente, las/os psicólogas/os realizan su labor a través de terapias individuales y grupales, cuyo tema central son las *“técnicas de empoderamiento”*, que se dirigen a dar recursos y fortalecer habilidades de las mujeres para que se vean capaces de tomar decisiones asertivas, y para que puedan percatarse de que se encuentran dentro de una relación de poder y control; se destaca la utilidad de las labores grupales con las mujeres víctimas, al constituirse en una herramienta de apoyo para todas y cada una de las participantes pues les permite: *“[...] dar una nueva denominación, dar un nuevo significado o dar un significado por primera vez a experiencias y vivencias, transformarlas de algo que se experimenta individualmente en algo que se denuncia públicamente por tener una causa social.”* (Pitch, 2003: 260)

Asimismo, se les ofrece una preparación para afrontar el proceso, que va desde explicarles sus derechos como víctimas, hasta enseñarles las salas de juicio, el lugar en el que estarán ubicadas durante las diligencias judiciales, explicarles sobre la participación que tendrán las partes, las personas juzgadoras, los auxiliares, entre otras.

Lamentablemente, a pesar de que se califican las labores de esta oficina de suma importancia, al no establecerse en la norma, de manera expresa la remisión de la víctima en el momento oportuno, no siempre sucede que ésta sea efectuada por parte del Ministerio Público, y lo es en muy pocos casos, como sería lo deseable (Entrevista, Arcia, 2009 y Monge, 2009).

La atención proporcionada y su continuidad por parte de la Oficina de Atención y Protección a la Víctima, queda a la entera voluntad de la persona víctima, pues depende de ella aceptar y continuar las terapias, ayudas, etc; por lo que son muchas las personas que no asisten o dejan de asistir (Entrevista Arcia, 2009). Sin embargo, eso no podría reprochársele a la víctima, puesto que no pueden obviarse las circunstancias de las cuales proviene (como su sumergimiento en el ciclo de violencia, dependencias emocionales con el agresor, etc), y corresponde al Poder Judicial crear las estrategias necesarias de convencimiento (no coacción) para atraerlas a los programas, lo cual no se hace hasta el momento.

Se ha observado una falta de información hacia las víctimas tanto sobre el proceso penal y su tramitación, así como de sus derechos dentro del mismo (Entrevistas Arcia, 2009 y Bosa, 2009), en forma prioritaria porque los/as mismos/as funcionarios/as públicos/as no les orientan adecuadamente. Las personas profesionales en este campo, consideran que ese desconocimiento se constituye en una de las razones del por qué las mujeres-víctimas de violencia retiran sus denuncias, o deciden no presentarse a declarar o a la Oficina de Atención a la Víctima; toda vez que desconocen los alcances del mismo proceso y temen por su seguridad (así como la de sus hijos si los tienen); además, esa falta de atención genera su desconfianza en los empleadas/os y en el mismo sistema judicial<sup>159</sup>.

En relación con las observaciones realizadas supra, se torna de suma importancia hacer referencia a las recomendaciones realizadas por la CIDH en

---

<sup>159</sup> *"De la misma manera, la CIDH destaca con preocupación la falta de información de que disponen las víctimas y sus familiares sobre la forma de acceder a instancias judiciales de protección, sobre el procesamiento de los casos y sobre cómo contribuir a la investigación y esclarecimiento de los hechos."* (CIDH, 2007: x)

su Informe titulado “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, ya que en el mismo se denota que los obstáculos y falencias que fueron expuestos por dicha Comisión, existen en todos los países integrantes, por lo que se podría concluir que a pesar de que se han ido creando mecanismos legales para atacar la violencia contra las mujeres, éstos no gozan de la deseada efectividad ni eficiencia, anulando o disminuyendo los esfuerzos estatales efectuados en este sentido; esas recomendaciones constituyen un llamado de atención que debería ser tomado muy en cuenta por las instituciones estatales en general, al momento de realizar las mejoras de los instrumentos ya existentes, al igual que al instituir los próximos:

*“Las recomendaciones tienen tres objetivos específicos. En primer lugar, los Estados deben diseñar una política estatal integral, respaldada con recursos públicos adecuados, para garantizar que las víctimas de violencia tengan un acceso adecuado a la justicia y que los actos de violencia se prevengan, investiguen, sancionen y reparen en forma adecuada. En segundo lugar, tienen como objetivo exhortar a los Estados a crear las condiciones necesarias para que las mujeres puedan usar el sistema de administración de la justicia para remediar los actos de violencia sufridos y reciban un trato digno por parte de los funcionarios al acudir a las distintas instancias judiciales. Por último, están encaminadas a motivar que los Estados adopten medidas públicas para redefinir las concepciones tradicionales sobre el rol de las mujeres en la sociedad, y promover la erradicación de patrones socioculturales discriminatorios que impiden su acceso pleno a la justicia.” (CIDH, 2007: xii–xiii)*

#### **4.5.3.- Sección III: Valoración del tratamiento de la víctima por la Ley No. 8589, por parte de los/as funcionarios/as del Poder Judicial de Costa Rica.**

Es importante apuntar que ninguna persona encuestada consideró que la Ley No. 8589 ofrece los mecanismos necesarios para el tratamiento y seguimiento de las víctimas (Anexo No. 6).

Se constituyen en un llamado de atención los fundamentos expuestos por los funcionarios/as judiciales, específicamente porque concluyen en que la Ley ni siquiera define los procedimientos que deben seguirse para tales

efectos, así como los recursos que se deben destinar para ello. Tanto es así que un/a funcionario/a indicó que: *“Lo que existe es un manual de buenas intenciones, lo cual no es malo sólo que debe afinarse, avanzar y reformarse, pues de momento esas buenas intenciones no son del todo aplicables, lo que hace un tanto inaplicable la ley. Eso ocurre por ser tan novedoso el tema de tratamiento y seguimiento.”* Ello es compartido en este trabajo, en relación con el tratamiento de la víctima.

#### **4.6.- Título VI: La Ley No. 8589 como mecanismo para tratar la violencia de género.**

Compaginando los criterios expresados sobre el adecuado tratamiento que debe dársele tanto a los hombres agresores, como a las mujeres agredidas; los cuales ya una vez en el plano del proceso penal, adquieren respectivamente las condiciones de imputado-sentenciado y víctima, es posible concluir en la demostrada insuficiencia de la Ley No. 8589 para cubrir las necesidades de cada una de las partes, cuando según los criterios ya expresados, una ley penal especial contra la violencia de género debería cubrir los vacíos y falta de respuestas que el Derecho Penal viene arrastrando desde hace mucho tiempo.

En este sentido, se elaboró una encuesta a un grupo de funcionarias/os judiciales, mediante la cual se les presentó la siguiente pregunta: *“¿Opina usted que la Ley No. 8589 se constituye en un mecanismo adecuado para tratar la problemática de la violencia de género, como manifestación del sistema patriarcal dentro de la sociedad costarricense?”* (Anexo No. 7)

Como resultado se obtuvo que un 8% indicó que la Ley No. 8589 sí se constituía en un mecanismo adecuado para tratar la problemática de violencia de género, un 27% manifestó que la norma no es apta para tales fines, y un 65% no respondió la pregunta.

Cabe mencionar que los/as empleados/as públicos/as que dijeron que sí es un mecanismo adecuado, el 100% se desempeña como jueces/zas. Todos ellos fundamentaron su opción indicando que esta ley cumple con dicha característica, siempre y cuando, se una con otras herramientas, las cuales partan de distintos enfoques al Derecho, y se desarrollen en otras áreas sociales.

Quienes dijeron que la Ley No. 8589 no es un mecanismo adecuado para tratar la violencia de género dentro de la sociedad costarricense, aludieron básicamente a que el Derecho Penal no es un medio apto para tratar este tipo de problemática, la cual debe ser abordada con otros enfoques y otras herramientas.

En este caso, llama la atención que los funcionarias/os públicas/os expresan cierta desesperanza en el mismo sistema del Derecho Penal, incluso en una de las encuestas se indicó que no se puede combatir la violencia con más violencia, ello denota incluso una desconfianza hacia el Derecho Penal en el sentido de que es incapaz de resolver cualquier conflicto, por cuanto su única respuesta será la violencia estatal.

Lo anterior es un punto que debería ser tomando en cuenta, ya que los mismos operadores del Derecho Penal costarricense, lo observan como un instrumento sin otro fin más que la represión, y ello parece que anula cualquier idea de mejorarlo o actualizarlo a las necesidades y nuevos descubrimientos sociales. Podría considerarse que esa actitud deviene de la misma especialización de los/as mismos/as funcionarios/as, por cuanto no se observó nunca la posibilidad de que la rama del Derecho referida se viese conjugada con otras disciplinas, para reenfocar la acción de la primera.<sup>160</sup>

También, estas respuestas preocupan en el sentido de que de las mismas se colige que existe cierta minimización de la problemática de la

---

<sup>160</sup> Es importante aclarar que con los argumentos anteriormente expresados no se está "glorificando" al Derecho Penal, toda vez que no se considera que sea la única solución a los conflictos sociales de esta índole, no obstante, sí se estima que éste puede aportar, sumado con otras acciones públicas, elementos necesarios para disminuir la violencia de género.

violencia de género, a tal punto que en una de ellas se respondió que: “(el Derecho Penal) *No ha resuelto problemas de la delincuencia más graves, no va a resolver problemas de género.*” Esta forma de pensamiento definirá la calidad de la atención que se le brindará a los/as usuarios/as de la Administración de Justicia, lo cual si se considera que se trata de un problema insignificante, evidentemente no será tratado con la seriedad y la diligencia requerida.

Por otro lado, igualmente, dentro de la encuesta realizada, se efectuó la siguiente pregunta: “*A partir de su respuesta anterior (refiriéndose a la pregunta anteriormente citada en este apartado), ¿considera usted que en general una respuesta desde el ámbito penal o concretamente una ley penal, es una opción viable para abordar la violencia de género en Costa Rica?*” (Anexo No. 8).

Como resultado se concluyó que el 10% de encuestados respondieron que sí, el 18% indicó que no, y el 73% no respondió la pregunta.

Igualmente, en este caso, quienes respondieron que sí, el 100% son personas que se desempeñan como jueces/zas, e indicaron que como condición a su respuesta, es necesario que una ley de esta naturaleza se vea inmersa dentro de un programa que acuda a medidas de diferentes enfoques y disciplinas. Incluso llamó la atención una respuesta en la cual se logra observar un verdadero reconocimiento de la magnitud de la problemática de la violencia de género: “*Desgraciadamente sí, y digo desgraciadamente porque lo deseable es la menor existencia de leyes penales pero ante una grave acción debe haber grave reacción y por ahora, históricamente, la contingencia parece ser necesaria ante la violencia de género en Costa Rica.*”

Finalmente, el 100% de los/as funcionarios/as judiciales que respondieron que una ley penal no es un medio adecuado para tratar la violencia de género, indicaron que el Derecho Penal no es apto para resolver este tipo de situaciones, ya sea porque el conflicto no puede ser resuelto desde la raíz, o bien, porque su labor entra luego de que los hechos han ocurrido. Tal y como se afirmó en líneas anteriores, se denota una desconfianza por parte de



los funcionarias/os públicas/os en esta rama del Derecho, y una sensación de incapacidad en sus funciones para tratar problemáticas de esta índole.

## CONCLUSIONES

- 1) El género es una construcción social e histórica que determina el papel social con el que deberán cumplir hombres y mujeres. Lo cual incidirá en el comportamiento, pensamiento, características, roles y funciones de cada uno. Esta construcción es diferente a lo que se conoce por sexo, por cuanto éste se refiere a las características biológicas del ser humano, mientras que el primero incide en las conductas y razonamientos de unos y otras.
- 2) El género se constituye en un elemento importante para determinar la estratificación social dentro de una sociedad, por cuanto ésta, se estructura sobre lineamientos patriarcales que otorgan mayor poder al género masculino, y por ende se considera que el género femenino es inferior y debería someterse al primero. La estratificación que se hace entre hombres y mujeres se fundamenta en supuestas concepciones biologicistas.
- 3) Los sistemas patriarcales se estructuran en el ejercicio de relaciones de poder de hombres sobre mujeres, que a su vez se fundamentan en la ideología del sexismo lo cual aumenta la discriminación en contra de ellas.
- 4) Los sistemas patriarcales se legitiman y subsisten a sí mismos por medio de las instituciones sociales, las cuales son manipuladas por el grupo dominante (hombres) para beneficio propio, y reproducen en consecuencia la discriminación de las mujeres. Este es el caso del Derecho como institución social.
- 5) Los sistemas patriarcales originan las concepciones androcéntricas de las instituciones sociales, invisibilizando la mujer a sus ojos. En el Derecho, esta invisibilización se traduce en la creación de normas aparentemente neutrales pues parten de una visión androcéntrica, que

no dan cabida a una igualdad material; así como la existencia de discriminación en contra de las mujeres en la aplicación de las normas.

- 6) En las últimas décadas se ha producido un nuevo despertar por parte de las mujeres en la discriminación que les aflige. Ante lo cual, se han creado las Teorías de Perspectiva de Género, que han dado a conocer la realidad sexista en la que viven los seres humanos y han buscado la manera de solucionarla pretendiendo una equiparación entre hombres y mujeres a través de diferentes medidas (*"Mainstreaming"*, *"Discriminación Positiva"*, entre otras).
- 7) A la luz de las Teorías de Perspectiva de Género, se ha demostrado que el Derecho Penal *"clásico"* no tiene la capacidad para afrontar los delitos de violencia contra las mujeres, en virtud de que se ha conformado a partir de pautas androcéntricas.
- 8) Las Teorías de Perspectivas de Género emplearon los Derechos Humanos como una herramienta para abrirse su espacio en el Derecho. Como resultado de ello surgieron a nivel internacional, cuerpos normativos de tutela de las mujeres (CEDAW y Convención de Belem do Pará), que trataron de solventar las discriminaciones que éstas sufren.
- 9) Las nuevas creaciones normativas se cristalizaron en Costa Rica (y en el exterior, como en España, Argentina o México D.F.) a través de leyes que propugnaron por el reconocimiento de la violencia contra las mujeres, y a partir de esto, se trató de promover una igualdad material. En este ambiente se inició la discusión de la propuesta de la Ley No. 8589.
- 10) Las convenciones internacionales que tratan sobre Derechos Humanos de las mujeres, según el Derecho de la Constitución, deben ser aplicadas de manera prevalente en relación con la misma Constitución Política, en el caso en que aquéllas amplíen los Derechos Humanos, por lo que de manera implícita, y en correcta aplicación de ese cúmulo, se

deberían infiltrar las pautas de las Teorías de Perspectiva de Género, en todo el ordenamiento jurídico costarricense; todo ello siguiendo los argumentos expuestos por la Sala Constitucional en su sentencia número 5759-1993.

- 11) Las leyes penales especiales contra la violencia de género se constituyen en acciones positivas, toda vez que pretenden que las mujeres tengan un mayor, mejor o más eficaz acceso a la justicia, en cuanto a los delitos cometidos en su contra por sus parejas, por lo que no son contrarias al Principio de Igualdad. La Ley No. 8589, por su parte recibió el impulso como una acción positiva, sin embargo su contenido y alcances no lograron los cometidos propios de una acción positiva ya que perdió uno de sus aportes más valiosos: la frase *“relaciones de poder y confianza”*.
- 12) La Ley No. 8589, a pesar del reconocimiento que hace en su texto de ciertas particularidades de la violencia contra las mujeres, no cumple con los otros dos criterios de constitucionalidad de las acciones positivas (expuestas por Rodríguez, 1999 y Arroyo, 2002), con los que debe cumplir toda acción positiva a saber: **1)** en su aplicación genera lesiones a los derechos de los imputados (criterio número dos), y **2)** no logra cumplir con sus objetivos en cuanto al tratamiento de las mujeres y los hombres involucrados dentro de un proceso penal de esta índole (criterio número uno).
- 13) Las resoluciones dictadas por la Sala Constitucional, como respuesta a las consultas facultativas presentadas por los/as diputados/as de la Asamblea Legislativa, presentan argumentos androcéntricos, basados en criterios del *“familismo”*, que minimizan o ignoran del todo las relaciones de violencia que sufren las mujeres en Costa Rica.
- 14) Existen inconstitucionalidades insalvables en algunos tipos penales de la Ley No. 8589, principalmente por la apertura que poseen, lo cual hace que se les califique como tipos penales abiertos, otros establecen

excesos en su tipificación. Se hace referencia, específicamente, a los artículos 23, 26, 27, 30, 34, 35, 37 y 38 de la mencionada ley.

- 15) Los criterios que la Sala Constitucional tomó para el análisis, y finalmente, eliminación de los artículos 22 y 25 de la Ley No. 8589, si bien es cierto se refieren a criterios técnicos derivados del Principio de Legalidad, también están inmersos en pensamiento androcéntrico.
- 16) Las diferentes teorías de la pena expuestas para legitimar el ejercicio del poder punitivo, a excepción de la Teoría de la Prevención Especial Positiva, no son aptas para justificar la pena dentro de una ley de corte penal especial contra la violencia de género.
- 17) La finalidad de la pena de una ley penal especial contra la violencia de género debe ser la *resocialización* del agresor, viendo esta función no como una manera para justificar el ejercicio de los poderes estatales, sino como una forma para evitar la reincidencia en estos mismos delitos, por medio de tratamientos psicoterapéuticos que le permitan al agresor reconceptualizar su idea de masculinidad y femineidad. Así como entender lo inadecuado de sus conductas por medio del conocimiento del sistema patriarcal en el que él mismo se encuentra imbuido.
- 18) La Ley No. 8589 no establece las pautas necesarias para cumplir la función resocializadora de la pena, que se consideran dentro de este trabajo, como las convenientes a seguir por parte de este tipo de leyes. En virtud de que siguen las corrientes de la teoría de la pena vigentes en la política criminal actual.
- 19) La Ley No. 8589 establece la pena privativa de libertad como la regla, y la posibilidad de acceder a tratamientos psicológicos o psicoterapéuticos como algo accesorio o alternativo, cuando debería ser lo contrario. La sanción penal en este caso, debería ser el obligar al hombre a someterse a tratamientos psicoterapéuticos (similares a los descritos por Corsi o el Instituto WEM), y no sólo eso, sino aprobar dichos tratamientos. La sanción privativa de libertad debería ser la excepción.

- 20) Se considera que el aumento de las penas en los tipos penales de la Ley No. 8589, se justifica dado el aumento del reproche de esas conductas por parte del legislador, y que éstas se cometen basándose en el aprovechamiento del agresor, en virtud de su posición de poder sobre la mujer.
- 21) No existe una *hiperinflación del Derecho Penal* ante la creación de la Ley No. 8589, toda vez que los Bienes Jurídicos recogidos por ésta, ya habían sido contemplados por el mismo CP; sin embargo, mediante aquella ley se redireccionan los tipos penales para que su aplicación sean reconocidas las particularidades existentes en las situaciones de violencia contra las mujeres.
- 22) No obstante lo anterior, se considera que el artículo 23 de la Ley No. 8589, sí lesiona el Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto y el Principio de Razonabilidad, ya que representa un aumento irracional en el mínimo y en el máximo de la pena.
- 23) Una ley penal especial contra la violencia de género no debe invisibilizar a la víctima dentro del proceso, porque sería una nueva invisibilización por parte del sistema penal de la misma violencia contra las mujeres.
- 24) Para darle un mayor tratamiento a la víctima, y una verdadera retribución ante los males que le fueron causados, el juez debe asesorarse por profesionales de otras materias para determinar qué se consideraría como la más adecuada retribución en cada caso concreto. Es por ello, que dentro del proceso debe efectuarse una especie de cesura (que no debe confundirse con la existente en el CPP) en la fase de debate, por lo que éste debería dividirse en dos partes: la primera, para el establecimiento de la culpabilidad; y la segunda para la imposición de la pena (cabe indicar que la división de dos partes del debate no queda a solicitud del imputado), y con la finalidad de que el juez se instruya de mejor manera antes de establecer la pena.

**25)**La Ley No. 8589 no cumple con los requerimientos necesarios para cubrir las necesidades de la mujeres agredidas, porque no le da una participación, salvo en un caso específico, y donde le da la posibilidad de participar se remite al CPP, el cual, al igual que el CP, no está preparado o no tiene el condicionamiento necesario para dar un efectivo tratamiento a las víctimas de este tipo de violencia, lo cual da como resultado la invisibilización de la víctima.

**26)**En definitiva, se demuestra, a lo largo del presente trabajo, que la hipótesis lanzada al inicio sí era correcta; por cuanto la Ley No. 8589 es inconstitucional porque no cumple con los requerimientos técnicos que se derivan del Derecho de la Constitución. Asimismo, no logra las finalidades en el tratamiento, tanto para la víctima, como para el agresor, siguiendo con las exigencias propias de una acción positiva o afirmativa.

## RECOMENDACIONES

- 1) Ampliar el pensamiento crítico sobre las leyes penales, de tal forma que se puedan reconocer los defectos de una ley como la Ley No. 8589, proponiendo leyes punitivas con perspectiva de género, para innovar con nuevos conceptos no sostenidos por la doctrina tradicional androcéntrica, sin rozar con principios constitucionales en la redacción de las normas, sean de corte penal o no; esto es, sin generalizar los defectos e inapropiadas formas de la Ley No. 8589, para lograr verdaderos prototipos de leyes penales especiales contra la violencia de género (inclusión de las Teorías de Perspectiva de Género en la creación de las normas). (Supra Capítulos I y III)
- 2) En la construcción de las leyes penales contra la violencia de género, el legislador debe establecer conceptos específicos (relaciones de poder y confianza, problemas de poder y control, dominación, asimetría o cualquier otro concepto que especifique las relaciones de violencia ejercida por los hombres en contra de sus parejas) provenientes de otras ciencias sociales como la psicología, sociología, etc; así como conceptos de las Teorías de Perspectiva de Género y los estudios de masculinidad, con el fin de reducir la amplitud de la interpretación por parte de los jueces, todo para brindar mayor seguridad jurídica y mejor tratamiento a las mujeres-víctimas, así como a los ofensores. (Supra Capítulos I, II y III)
- 3) Debería ampliarse el ámbito de tutela que ofrece la Ley No. 8589, siguiendo los lineamientos establecidos por la Convención de Belem do Pará, siendo que se incluyan las relaciones de noviazgo y en las cuales no exista una convivencia actual. (Supra Capítulo III)
- 4) Se debe instaurar programas de capacitación a los/as funcionarios/as públicos/as del Poder Judicial, iniciando por el más alto nivel (magistrados/as), a los legisladores/as y a los/as oficiales de policía en general; que no sólo se limiten a tratar el tema de sensibilización sobre



la violencia de género y sobre la construcción alternativa de la masculinidad, sino que se les instruya a pensar desde la Perspectiva de Género, y con ello, asumir un mejor tratamiento o atención a las víctimas, así como a arribar a sentencias o argumentaciones jurídicas basadas en esta perspectiva. (Supra Capítulos I y IV)

- 5) Creación de más grupos de atención y abordaje a los cuales se puedan remitir a los hombres que violentan los Derechos Humanos de las mujeres; y que estos grupos o instituciones, posean la calidad necesaria que implique asumir seriamente las responsabilidades que los servicios de atención a los hombres ofensores implica, no sólo para los hombres (en cuanto cumplir con un verdadero resultado de mejora y concientización del individuo), sino para las mujeres-víctimas (que con su trabajo, la institución evite caer en nuevas formas de discriminación en contra de las mujeres, así como la reproducción del sistema patriarcal) y para el resto de la sociedad (que la institución tome en cuenta que la violencia de género impide el desarrollo pleno de la sociedad, por cuanto elimina la posibilidad de participación activa de una considerable parte de sus miembros: las mujeres, en todos los campos sociales –la economía, la política, entre otros –, y frente a ello, busque promocionar la eliminación de la violencia de género). (Supra Capítulo IV)
- 6) Introducción de la posibilidad de establecer como medida principal el tratamiento psicoterapéutico de los agresores, y no tener como regla la pena privativa de libertad. (Supra Capítulo IV)
- 7) Implementación en las normas procesales penales, la bifurcación de la fase de juicio, de tal forma que se cree un espacio para determinar la culpabilidad, y otra para el razonamiento de la imposición de la pena, la cual deberá definirse por medio de la asesoría del juez, por parte de profesionales en materias distintas al Derecho. (Supra Capítulo IV)

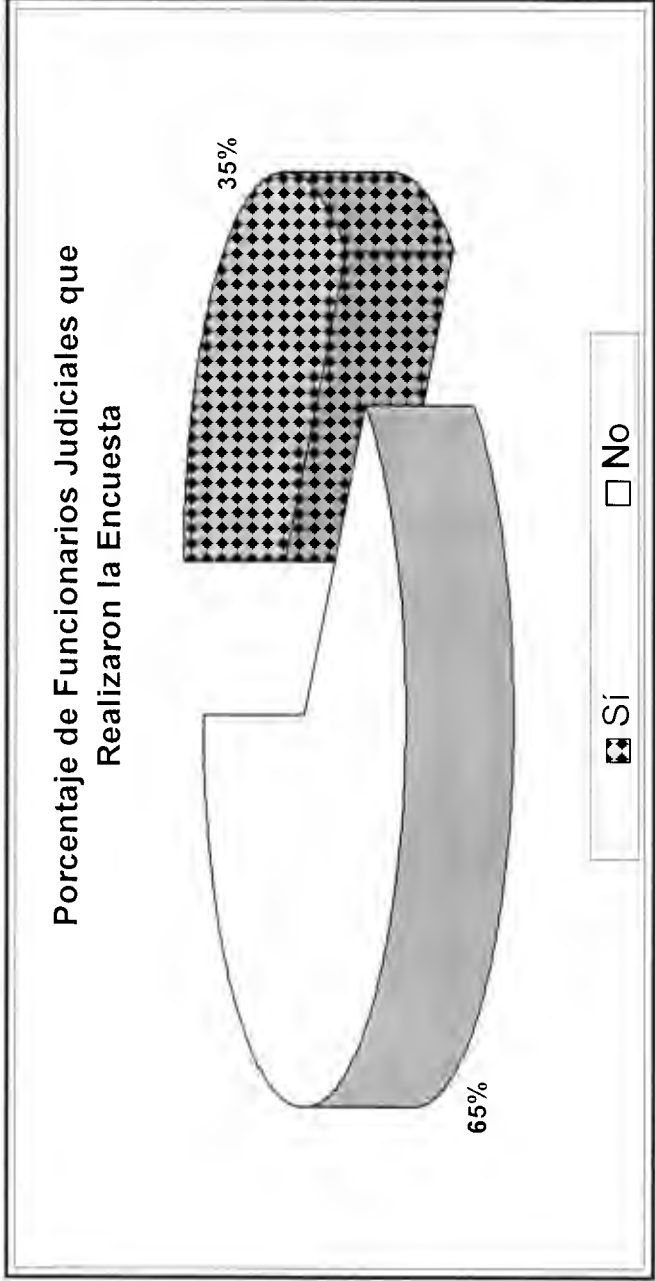
- 8) Fomento de la creación de albergues para las mujeres-víctimas, y la correlativa ayuda económica o material dentro de los procesos penales, específicamente, el ayudarles a conseguir un trabajo, en el caso de que no lo posean y dependan económicamente del agresor, mediante el cual puedan mantenerse y mantener a su familia. (Supra Capítulo IV)
- 9) Requerimiento de la presencia de un profesional en psicología o trabajo social, al momento de la toma de la denuncia, y que se dé un tratamiento por parte de los mismos, de manera prolongada, implementación de los métodos necesarios para evitar revictimización, incluyendo la grabación de su primera declaración. (Supra Capítulo IV)
- 10) Establecimiento dentro de las leyes penales especiales contra la violencia de género, de las previsiones necesarias para que cuando se remita al CPP, los lineamientos de éste se adecuen a las particularidades que presentan las situaciones originadas por la problemática de violencia doméstica a través de reformas procesales. (Supra Capítulo IV)
- 11) Instaurar protocolos que faciliten y fomenten una efectiva investigación de los delitos en contra de las mujeres, en los cuales se establezcan los mínimos elementos probatorios que deban ser recabados para obtener una fundamentación probatoria adecuada, la cual se apoye en la investigación multidisciplinaria, y que recurra a distintas opciones de elementos de prueba. (Supra Capítulo IV)
- 12) Divulgar a nivel nacional, información sobre los recursos legales existentes a favor de las mujeres-víctimas de violencia, mediante la cual se expliquen tanto los procesos judiciales a los cuales pueden acudir, así como sus alcances, sus derechos dentro de éstos, y además, las instituciones estatales en las cuales pueden buscar apoyo. (Supra Capítulo IV)

**13)** Mejora de los registros de información detallados de los casos sobre violencia contra las mujeres que son atendidos por el Poder Judicial, con la finalidad de que el Estado pueda observar el funcionamiento de la legislación nacional, así como la atención brindada por parte de los/as funcionarios/as judiciales; datos importantes para la creación de las políticas a seguir en estas temáticas. (Supra Capítulo IV)

ANEXOS

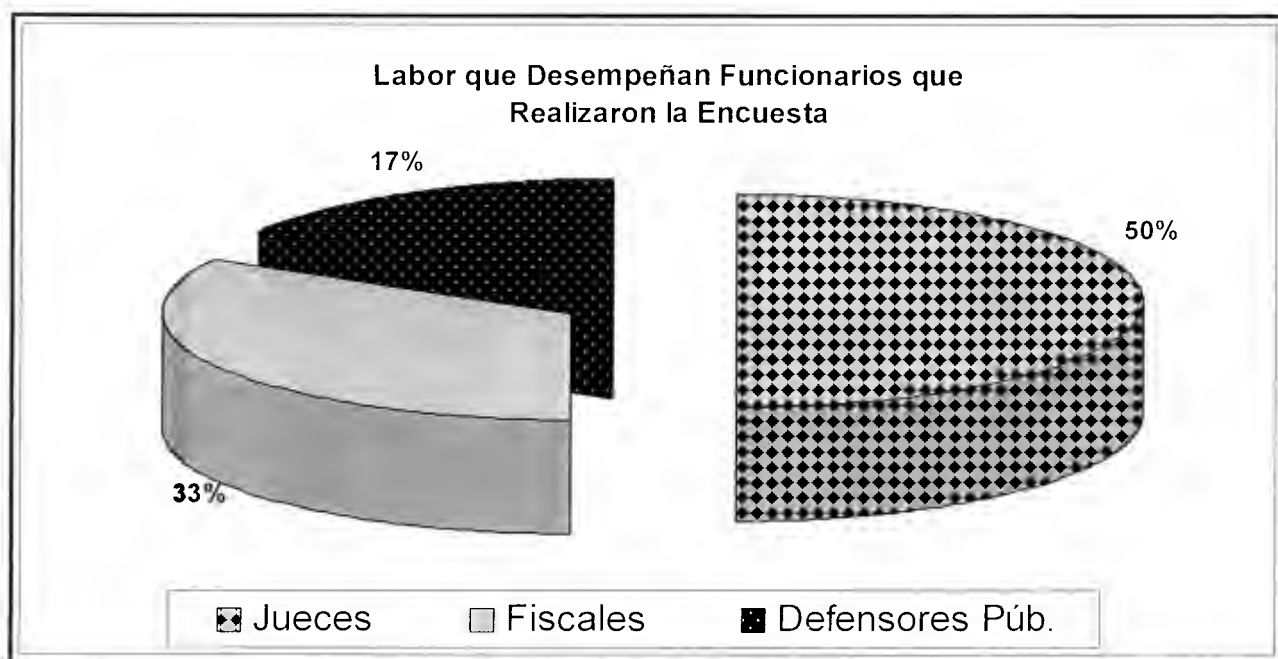
ANEXO No. 1

Funcionarios Judiciales que Realizaron la Encuesta	Personas	Porcentaje
Sí	18	35%
No	33	65%
Total	51	100%



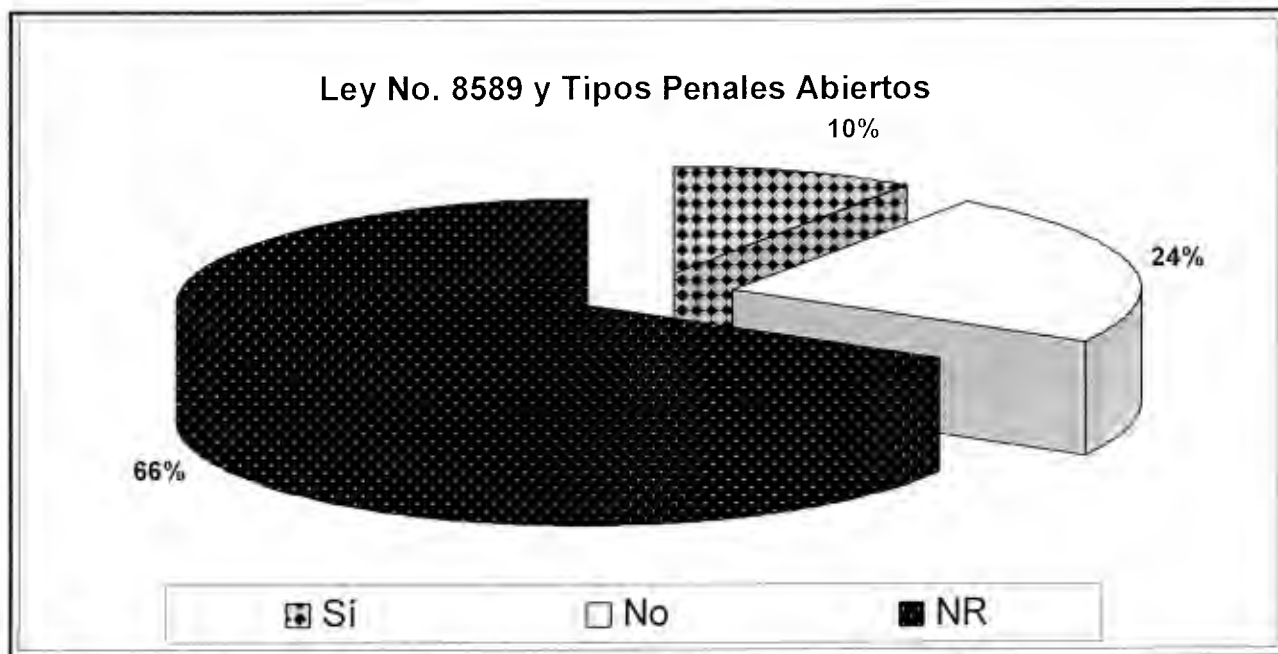
**ANEXO No. 2**

<b>Labor que Desempeñan los Funcionarios Judiciales que Contestaron la Encuesta</b>	<b>Personas</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>Jueces</b>	9	50%
<b>Fiscales</b>	6	33%
<b>Defensores Públicos</b>	3	17%
<b>Total</b>	18	100%



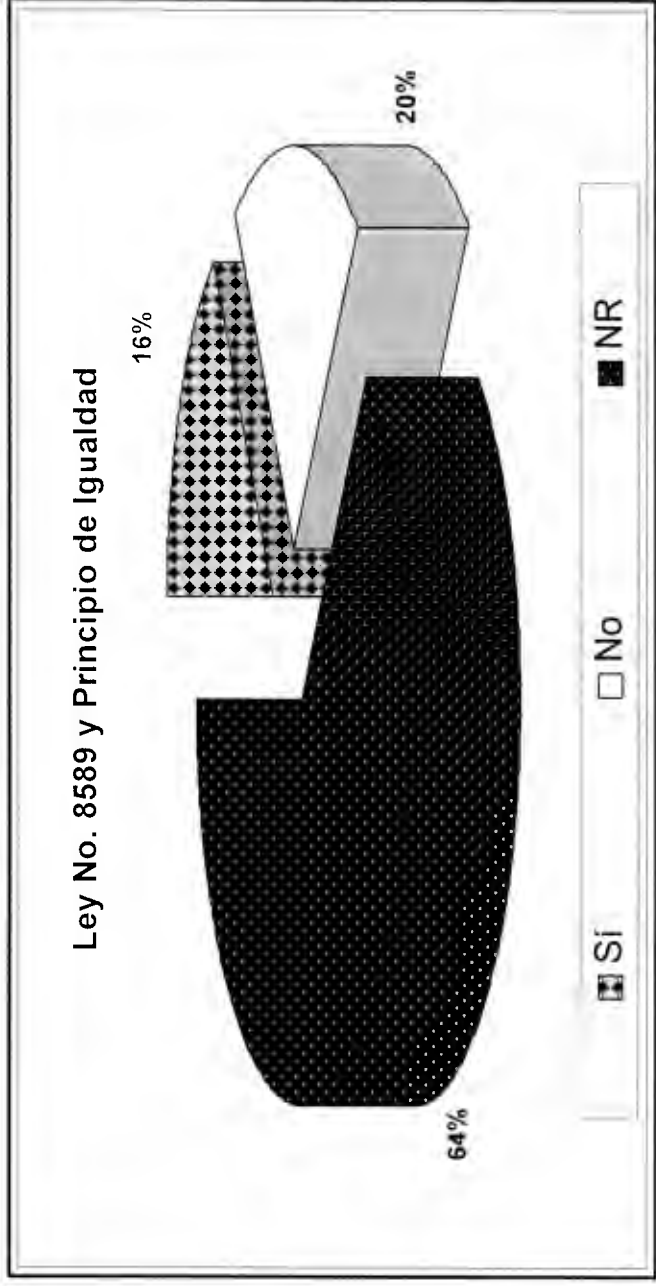
**ANEXO No. 3**

<b>¿Opina usted que los tipos penales establecidos en la Ley No. 8589 se constituyen en tipos penales cerrados (limitan la posibilidad de una amplia interpretación por parte de los jueces)?</b>	Personas	Porcentaje
Sí	5	10%
No	12	24%
NR	34	67%
<b>Total</b>	<b>51</b>	<b>100%</b>



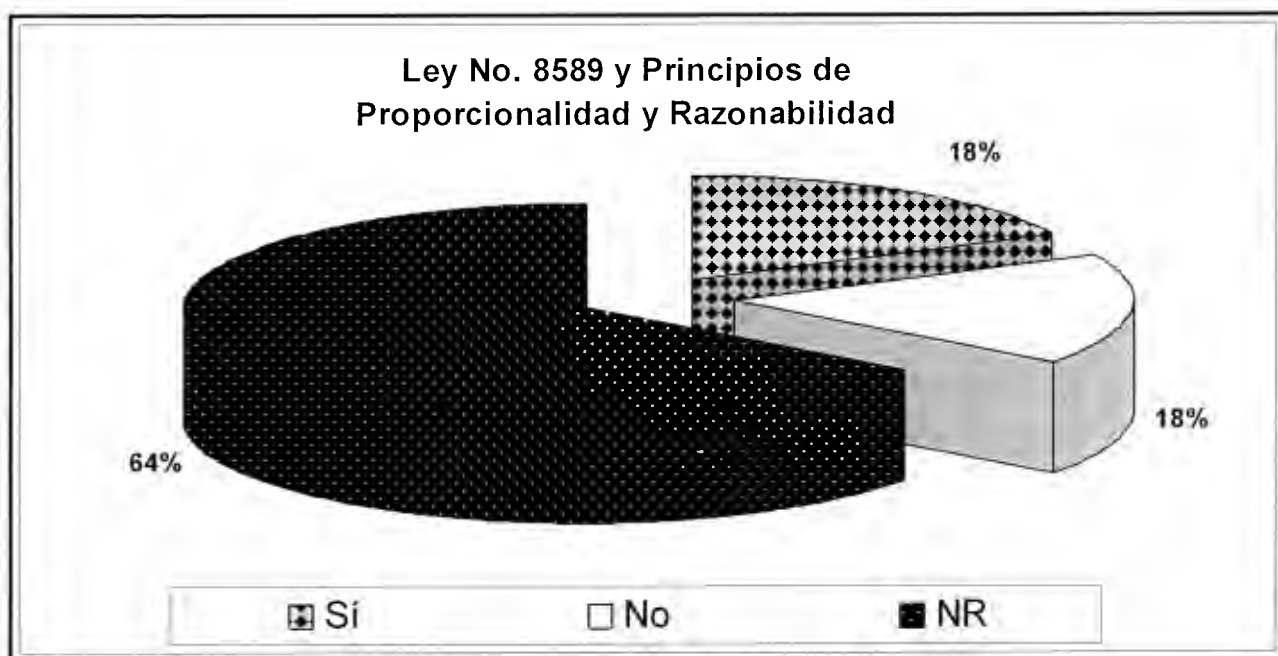
**ANEXO No. 4**

¿Opina usted que la Ley No. 8589 es contraria al Principio de Igualdad Constitucional (Artículo 33 de la Constitución Política)?	Personas	Porcentaje
Sí	8	16%
No	10	20%
NR	33	65%
<b>Total</b>	51	100%



**ANEXO NO. 5**

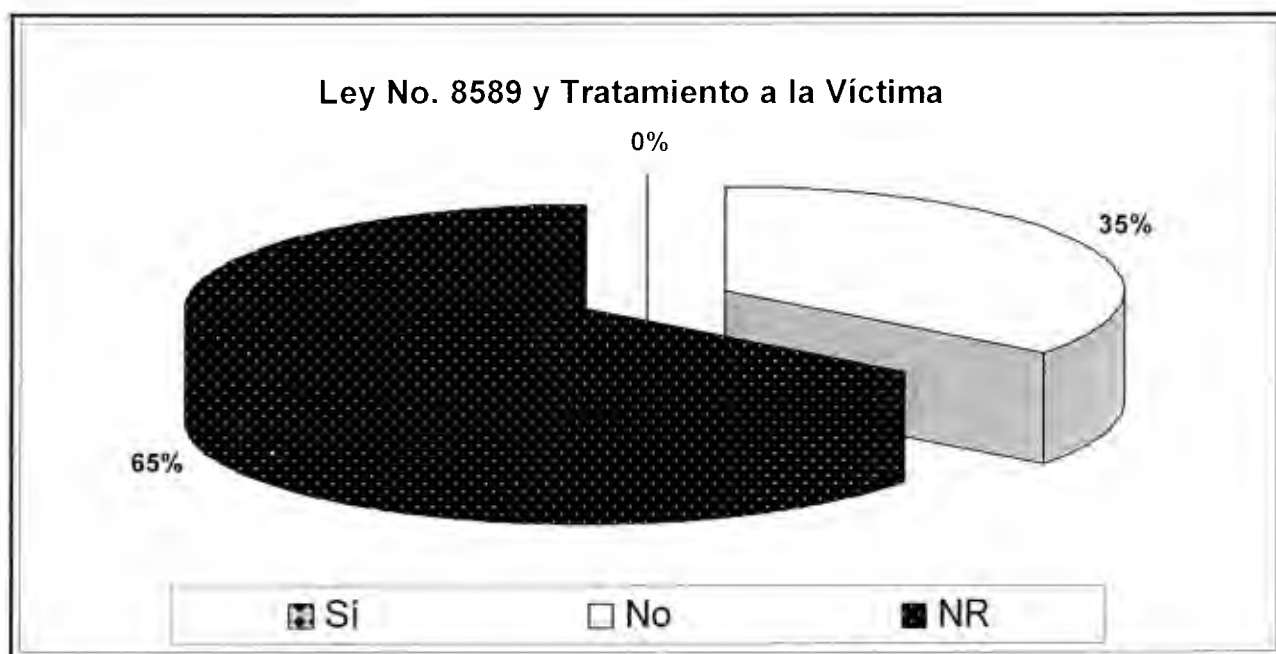
¿Considera usted que las sanciones establecidas por los tipos penales de la Ley No. 8589 son adecuadas y conformes a los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad?	Personas	Porcentaje
Sí	9	18%
No	9	18%
NR	33	65%
<b>Total</b>	<b>51</b>	<b>100%</b>





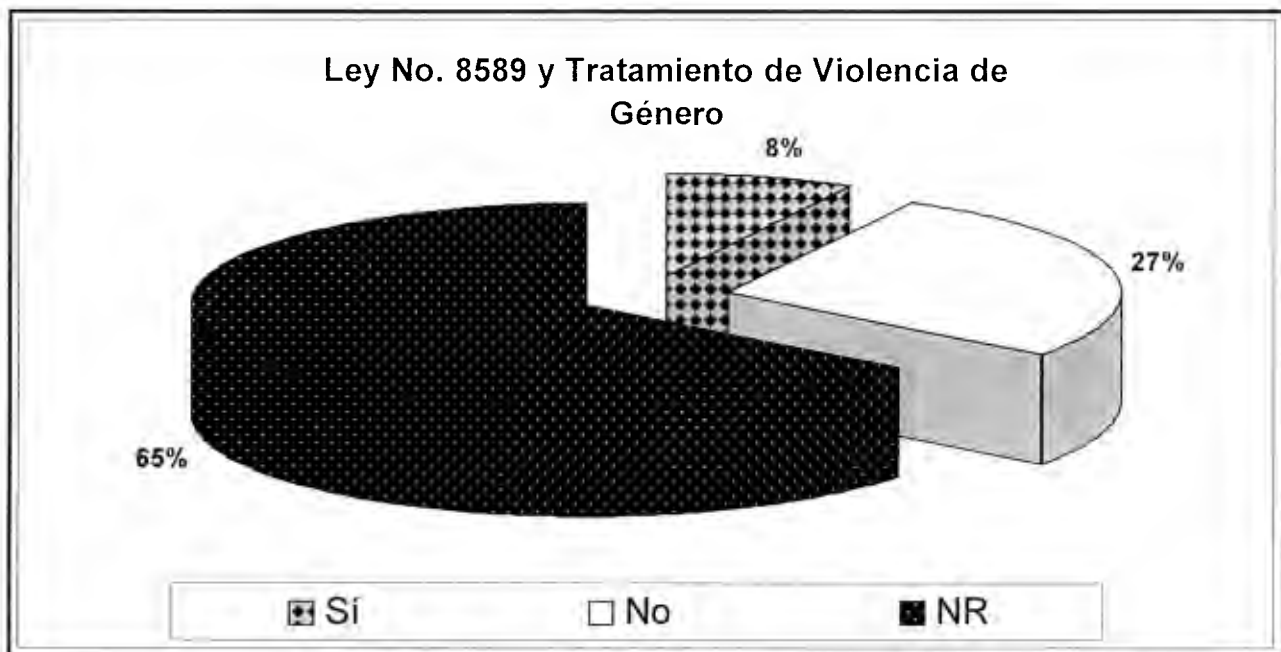
**ANEXO NO. 6**

<b>¿Considera usted que la Ley No. 8589 ofrece los mecanismos necesarios para el tratamiento y seguimiento de las víctimas de los delitos sancionados por dicha ley?</b>	Personas	Porcentaje
Sí	0	0%
No	18	35%
NR	33	65%
<b>Total</b>	<b>51</b>	<b>100%</b>



**ANEXO NO. 7**

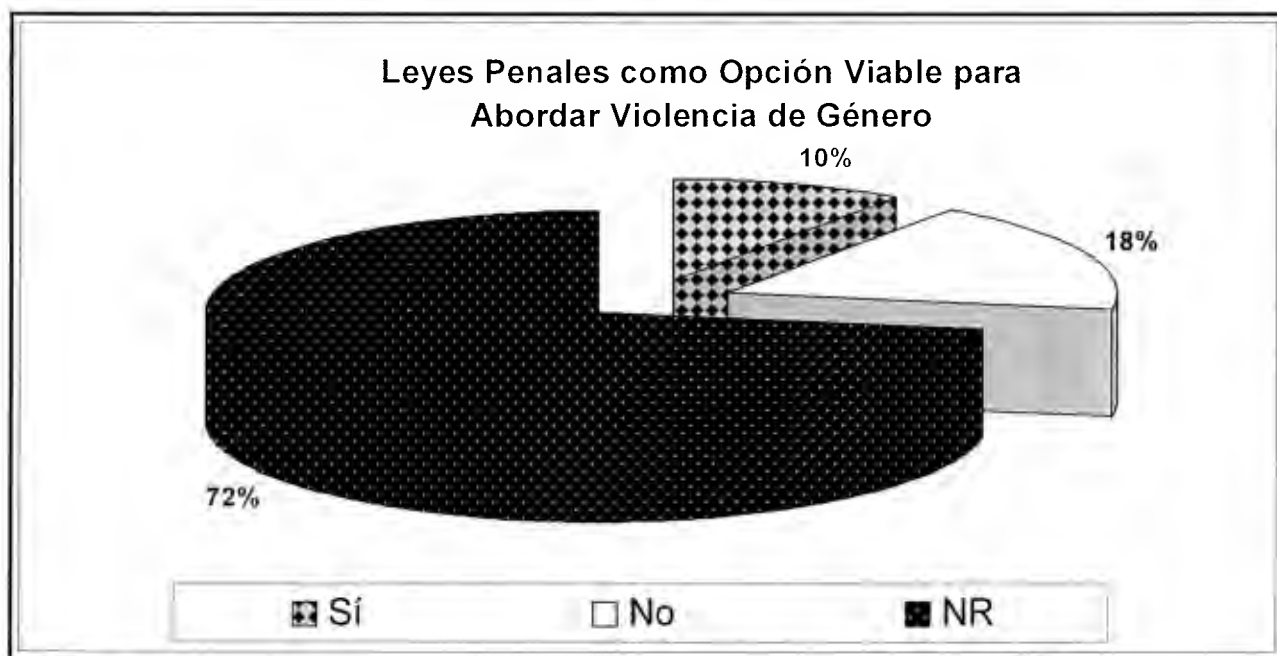
¿Opina usted que la Ley No. 8589 se constituye en un mecanismo adecuado para tratar la problemática de la violencia de género, como manifestación del sistema patriarcal dentro de la sociedad costarricense?	Personas	Porcentaje
Sí	4	8%
No	14	27%
NR	33	65%
<b>Total</b>	<b>51</b>	<b>100%</b>



**ANEXO NO. 8**

A partir de su respuesta anterior, ¿Considera usted que en general una respuesta desde el ámbito penal o concretamente una ley penal, es una opción viable para abordar la violencia de género en Costa Rica?

	Personas	Porcentaje
Sí	5	10%
No	9	18%
NR	37	73%
Total	51	100%



## BIBLIOGRAFÍA

### A) Libros.

Acale Sánchez, María (2006). La Discriminación Hacia la Mujer por Razón de Género en el Código Penal. Primera Edición. Editorial REUS. S.A. Madrid, España.

Arroyo Vargas, Roxana (2002). Las Normas sobre Violencia contra la Mujer y su Aplicación. Un Análisis Comparado para América Central. Primera Edición. Universidad Nacional, CEM-MUJER\_IEM. Heredia, Costa Rica.

Atienza, Manuel (2001). El Sentido del Derecho. Primera Edición. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España.

Bacigalupo Z, Enrique. (1994). Lineamientos de la Teoría del Delito. Editorial Hammurabi S.R.L. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina.

---- (1996). Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis S.A. Tercera Reimpresión. Bogotá, Colombia.

Balaguer, María Luisa (2005). Mujer y Constitución. La Construcción Jurídica del Género. Ediciones Cátedra. Universidad de Valencia. Instituto de la mujer. Primera edición. Madrid, España.

Ballester, Kattia; Monge, Ivannia (1993). "Lectura Crítica del Código Penal desde la Agresión contra las Mujeres en la Relación de Pareja". En Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patrones y Otros Varones (Una mirada género sensitiva del Derecho). Programa Mujer, Justicia y Género. (ILANUD). Proyecto Mujer y Justicia Penal. Primera Edición. San José, Costa Rica.

Batres, Gioconda. (1997). "Violencia Intrafamiliar e Intervención Policial". En Delitos y Seguridad de los Habitantes. ILANUD. San José, Costa Rica.

Bautista, Esperanza (2004). "La "Sacralidad" de la Familia y la Violencia Doméstica". En 10 Palabras Clave sobre la Violencia de Género. Editorial Verbo divino. Navarra, España.

Berger, Peter (1973). "Introducción a la Sociología". En Antología del curso de Sociología Básica I. Primer ciclo-2008, Sección de Sociología Básica, Escuela de Sociología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Berger, P; Luckmann, T (1976). "La Sociología como Realidad Objetiva. La Construcción Social de la Realidad". En Antología del curso de Sociología Básica II, Sección de Sociología Básica, Escuela de Sociología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Beristain, Antonio (2000). "La Victimología Creadora de Nuevos Derechos Humanos". En Victimología: Nueve Palabras Clave. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

Bertozzi Barrantes, Yolanda. (2002). Manual para Utilizar la Ley contra la Violencia Doméstica. Editorial Juricentro. Primera edición. San José, Costa Rica.

Buteler (H.), José Antonio. (1998). "Garantías y Bien Jurídico". En Teorías Actuales en el Derecho Penal. Editorial AD HOC. SRL. Buenos Aires, Argentina.

Camacho, Rosalía. (2003). Acercándonos a los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, primera reimpresión. San José, Costa Rica.

Campos Guadamúz, Álvaro (2007). Así Aprendimos a Ser Hombres. Primera Edición. Oficina de Seguimiento y Asesoría de Proyectos OSA; S.A. San José, Costa Rica.

Casas Zamora, Linda. (2008). Los Tipos Penales en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Inédito. En Antología Del Curso de Sensibilización sobre La Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Primera Edición. Gómez Cortés, María Elena y Amoretti Orozco, Héctor, compiladores. Programa de Educación Continua, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y otros. San José, Costa Rica.

Castells, Manuel; Subirats, Marina (2007). Mujeres y Hombres ¿Un Amor Imposible? Alianza Editorial. Madrid, España.

CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer) (1996). En Criminología Crítica y Enfoques de Género. Junio 1996. Lima, Perú.

Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás S. (1999). Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Quinta Edición. Valencia, España.

Creus, Carlos. (2004). Derecho Penal. Parte General. Editorial Astrea. Primera Reimpresión de la Quinta Edición. Buenos Aires, Argentina.

Corsi, Jorge. (2004). "Masculinidad y Violencia". En Violencia Masculina en la Pareja. Una Aproximación al Diagnóstico y a los Modelos de Intervención. Jorge Corsi et all. Editorial Paidós. Primer Edición. Tercera Reimpresión. Buenos Aires, Argentina.

---- (2004). "Los Programas de Asistencia a Hombres Violentos". En Violencia Masculina en la Pareja. Una Aproximación al Diagnóstico y

a los Modelos de Intervención. Jorge Corsi et all. Editorial Paidós. Primer Edición. Tercera Reimpresión. Buenos Aires, Argentina.

Delgado González, Roxana y Rosales Ortega, Sheila. (1999). Creando una Cultura con Perspectiva de Género. Primera Edición. Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. Dirección de Planificación. San José, Costa Rica.

De Sousa Santos, Boaventura. (2000). Crítica de la Razón Indolente. Contra el Desperdicio de la Experiencia. Volumen I. Para un Nuevo Sentido Común: La Ciencia, el Derecho y la Política en la Transición Paradigmática. Editorial Desclée de Brouwer, S. A. Bilbao, España.

Engels, Federico (1975). El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado. Editorial Ayuso. Madrid, España.

Facio Montejo, Alda (1993). "El Derecho como producto del Patriarcado". En Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patrones y otros Varones (Una mirada género sensitiva del Derecho). Programa Mujer, Justicia y Género. ILANUD. Proyecto Mujer y Justicia Penal. Alda Facio y Rosalía Camacho Editoras. Primera Edición. San José, Costa Rica.

----- (1996). Cuando el Género Suenas Piedras Trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal). Segunda edición. ILANUD. San José, Costa Rica.

----- (1999). "Hacia Otra Teoría Crítica del Derecho". En Género y Derecho. CIMA, LOM Ediciones/La Morada, primera edición, Santiago de Chile.

Facio, Alda y Fries, Lorena (1999). "Feminismo, Género y Patriarcado". En Género y Derecho. CIMALOM Ediciones/La Morada. Primera Edición. Santiago, Chile.

Fallas Redondo (1998). En Proceso Penal y Derechos Fundamentales. Primera Edición, Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica.

Fernández Vargas, Xinia (2008). "Construcción Social de Género: Conceptos Básicos". En Antología del Curso de Sensibilización sobre la Penalización de Violencia contra las Mujeres. Primera Edición, no indica editorial. San José Costa Rica.

González Castro, José Arnorlido; Mora Calvo, Didier (2004). La Fijación de la Pena de Prisión. Primera Edición. Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica.

Haba Müller, Enrique Pedro. (2004). Axiología Jurídica Fundamental (Axiología II) Bases de Valoración en el Discurso Jurídico. Primera edición. Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco (1989). Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Tirant lo Blanch. Valencia.

Hendler, Edmundo. (1998). "La Razonabilidad de las Leyes Penales: La figura del arrepentido". En Teorías Actuales en el Derecho Penal. Editorial AD HOC. SRL. Buenos Aires, Argentina.

Hernández Valle, Rubén. (2004). El Derecho de la Constitución. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica.

Houed Vega, Mario A y Fallas Redondo, David. (1998). "Eficacia y Garantismo en el Proceso Penal Moderno." En Proceso Penal y Derechos Fundamentales. Primera Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica.



Iguarán Arana, Mario Germán (2002). "Derecho Penal y Principio Constitucional de Igualdad". En Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Issa El Koury J, Henry y Arias María Gerarda. (2002). Derechos Humanos en el Sistema Penal. Segunda reimpresión de la primera edición. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica.

Jescheck, Hans Heinrich. (1981). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Tercera edición. Editorial Bosch. Barcelona, España.

Judel Prieto, Ángel et al. (2006). Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Cuarta edición. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, España.

Kerbo, Harold R. (1998) "Estratificación Social y Desigualdad. El Conflicto de Clases en Perspectiva Histórica y Comparada". En Antología del curso de Sociología Básica I. Primer ciclo-2008, Sección de Sociología Básica, Escuela de Sociología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Lagarde, Marcela. (1997). Género y Feminismo. Desarrollo humano y democracia. horas y Horas Editorial. Segunda Edición. Madrid, España.

Landrove Díaz, Gerardo (1998). La Moderna Victimología. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

Larrauri, Elena (1992). "Victimología". En De los Delitos y de las Víctimas (Compilado por Dr. Julio B. J. Maier). Editorial AD-HOC, S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

Light, D; Calhoun; Keller, S. (2000). "Sociología". En Antología del curso de Sociología Básica I, Primer ciclo-2008, Sección de Sociología Básica, Escuela de Sociología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Martín-Baró, Ignacio (1989). "Sistema, Grupo y Poder: Psicología Social desde Centroamérica". En Antología del Curso de Sociología Básica I. Primer ciclo-2008, Sección de Sociología Básica, Escuela de Sociología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Mora Mora, Luis Paulino y Navarro Solano, Sonia. (1995). Constitución y Derecho Penal. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, Costa Rica.

----- (2007). "Igualdad y Género en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional Costarricense. Breves Consideraciones con Ocasión de un Caso Concreto". En Humanismos y Derecho Penal. (Compiladores: Chirino Sánchez, Alfredo; González Valverde, Lorena; y Tiffer Sotomayor, Carlos). Primera Edición. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica.

Moreno Hernández, Moisés (1998). "Política Criminal y Dogmática de las Víctimas". En Teorías Actuales en el Derecho Penal. (Dirección Editorial del Dr. Rubén Villela). Primera Edición. Editorial AD-HOC, S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

Navas, María Candelaria. (1993). "Conceptualización de Género". En Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones (Una mirada género sensitiva del Derecho). Programa Mujer, Justicia y Género. ILANUD. Proyecto Mujer y Justicia Penal. Alda Facio y Rosalía Camacho Editoras. Primera Edición. San José, Costa Rica.

Oliver, Esther y Valls, Rosa (2004). La Violencia de Género. Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla. Primera Edición. Editorial El Roure. S.A. Barcelona, España.

Palazzo, Francesco. (1998). "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal." En Teorías Actuales en el Derecho Penal. Editorial AD HOC. SRL. Buenos Aires, Argentina.

Pitch, Tamar (2003). Un Derecho para dos. La Construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Editorial Trotta. Madrid, España.

Polaino Navarrete, Miguel (2006). "Entre el Derecho Penal Simbólico y el Derecho Penal del Enemigo: La Represión Punitiva de la Llamada "Violencia de Género"". En Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI (Edición a cargo de Julio Díaz Maroto y Vinarejo). Constitución y Leyes, S.A. Madrid, España.

Pulido, Carlos Bernal (2002). "El Principio de Proporcionalidad de la Legislación Penal". En Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Ramírez, Martha Alida (2002). "Género y Masculinidad: Hacia una Interpretación de la Violencia Masculina". En Antología del Curso de Sociología del Género. Primer ciclo-2008, Profesora Nancy Piedra Guillén, Departamento de Sociología, Escuela de Antropología y Sociología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Rodríguez, Marcela V. (1999). "Igualdad, Democracia y Acciones Positivas". En Género y Derecho. CIMALOM Ediciones/La Morada. Primera Edición. Santiago, Chile.

Riella, Alberto. "Violencia y Control Social: El Debilitamiento del Orden Social de la Modernidad". En Antología del Curso de Sociología

Básica I. Primer ciclo-2008, Sección de Sociología Básica, Escuela de Sociología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Salas Calvo, José Manuel. (2002). "Violencia Intrafamiliar y la Masculinidad Una Aproximación Conceptual". En Hombre con Problemas de Poder y Control. Instituto Costarricense de Masculinidad (WEM). San José, Costa Rica.

Sánchez Arroyo, Marvin. (2002). "Los Hombres, su Ciclo de Violencia y las Alternativas de Solución". En Hombre con Problemas de Poder y Control. Instituto Costarricense de Masculinidad (WEM). San José, Costa Rica.

Sánchez Romero, Cecilia. (2000). Derecho Penal. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia. Segunda Edición. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica.

UNIFEM-UNICEF (1996). La Mujer en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano. Edición UNIFEM. Quito, Ecuador.

Vitale, Gustavo L. (1998). "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal." En Teorías Actuales en el Derecho Penal. Editorial AD HOC. SRL. Buenos Aires, Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2000). Derecho Penal. Parte General. Ediar Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires, Argentina.

---- (1993). "La Mujer y el Poder Punitivo". En: Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patronos y Otros Varones (Una mirada género sensitiva del Derecho). Programa Mujer, Justicia y Género. ILANUD. Proyecto Mujer y Justicia Penal. Alda Facio y Rosalía Camacho Editoras. Primera Edición. San José, Costa Rica.

**B) Artículos de Revistas.**

Arias Madrigal, Doris María (2004). "La transversalidad en la Administración de Justicia: Acerca de la incorporación del género en la elección de jueces/ezas y magistrados/as." Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 1, número. 1, página 85, noviembre de 2004.

Arroyo Vargas, Roxana (2004). "La Respuesta de la Sala Constitucional ante la Consulta es una Reafirmación de las Tendencias más Progresistas de los Derechos Humanos y un Cumplimiento de la Diligencia Debida a los Compromisos Adquiridos Internacionalmente". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 1, número. 1, página 149, noviembre de 2004.

----- (2004). "Violencia Estructural de Género: Una Categoría Necesaria de Análisis para los Derechos Humanos de las Mujeres". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 1, número. 1, página 69, noviembre de 2004.

----- (2006). "Reflexiones Críticas sobre el Principio de Igualdad". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 1, número 2, página 35, marzo de 2006.

----- (2007). "Derechos Humanos de las Mujeres en América Latina: Un Camino para la Transformación Cultural". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 3, número 3, página 89, junio de 2007.

Bustos Ramírez, Juan. (1994). "Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático." Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 5, número 8, página 10, marzo de 1994.

Camacho, Rosalía (2003). "Acercándonos a los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres". Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Camacho Villalobos, Robert (2007). "Algunos Comentarios a la Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Frente a la Impunidad de la Violencia Doméstica Cometida contra las Mujeres por Ineficiencia de Acciones Judiciales en el Castigo de los Agresores: El Caso No. 12.501 de María Da Penha Maia Fernandes contra Brasil". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 3, número 3, página 171, junio de 2007.

Herrera Flores, Joaquín (2006). "El Derecho desde el Feminismo: Tres Mecanismos de Funcionamiento del Patriarcado". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año, 1, número 2, página 59, marzo de 2006.

Larrauri, Elena. (2008). "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?". Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 16, número 22, página 7, setiembre de 2004.

Marín Mena, Andrea (2009). "Propuesta Llenaría Vacío Legal en Penalización de la Violencia de la Mujer". Boletín Observatorio Judicial, año 6, volumen 92.

Martín Salazar, Ligia; Fernández Díaz, Laura; Castro López, Lilliana; Arand Ureña, Mariana (2007). "La Violencia de Género en contra de las Mujeres". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 3, número 3, página 211, junio de 2007.

Oficina de Atención y Protección a la Víctima. Ministerio Público. Poder Judicial. Boletín En Apoyo, año 2009, edición número 2.

Pandjarjian, Valéria (2006). "Los Estereotipos de Género en los Procesos Judiciales y la Violencia contra la Mujer en la Legislación". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 1, número 2, página 121, marzo de 2006.

Staff Wilson, Mariblanca (2004). "La Perspectiva de Género en el Derecho". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 1, número 1, página 55, noviembre de 2004.

Soto Cabrera, Tatiana (2006). "Interpretación Constitucional desde la Perspectiva de Género". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 1, número 2, página 47, marzo de 2006.

Tomasevski, Katarina (2006). "Los Derechos de las Mujeres: de la Prohibición a la Eliminación de la Discriminación". Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Investigaciones Jurídicas, S.A., año 1, número 2, página 17, marzo de 2006.

### **C) Trabajos Finales de Graduación.**

Arias Sole, Eugenia y Solera Víquez, José Antonio (1990). Los Tipos Penales en Leyes Especiales. Análisis dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica.

Enamorado Salazar, Katya (2000). Feminismo y Derecho: Fundamentos Teóricos y Metodológicos para una Interpretación del Discurso Jurídico desde el Paradigma de Género. Tesis de Grado para

optar por el título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica.

Ballestero Pernudi, Kattia y Monge Naranjo, Ivannia. (1992). Lectura crítica del Código Penal desde la agresión contra las mujeres en la relación de pareja. Tesis de grado para optar al título de Licenciadas en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Uribe Medrano, Sonia Patricia. (1994). Mujer Agredida. Una perspectiva médico legal de su salud física y mental. Tesis de Postgrado para optar al título de Especialista en Medicina Legal. Cátedra de Medicina Legal, Sistema de Estudios de Postgrado de la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Vargas Montero, Alejandra (1998). Los Principios de la Razonabilidad y la Proporcionalidad dentro del Proceso Penal. Tesis de Grado para optar por el título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica.

#### **D) Normativa Nacional.**

Asamblea Legislativa. (1961) Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Tomado de: [http://www.asamblea.go.cr/servicios\\_tecnicos/w\\_dst/contenido/investigaciones/inv\\_ral\\_dst.htm](http://www.asamblea.go.cr/servicios_tecnicos/w_dst/contenido/investigaciones/inv_ral_dst.htm) [consulta del día 15 de mayo de 2009, a las dieciocho horas con cero minutos].

Asamblea Legislativa (1996). Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Tomado de: <http://www.tramitesconstruccion.go.cr/docs/leyes/7600%20Ley%20de%20Iguualdad%20de%20oportunidades.doc>. [Consulta del día veintiocho de julio de dos mil nueve, a las quince horas con quince minutos].



Asamblea Legislativa. (2004) Ley Contra la Violencia Doméstica. Comentada, anotada con Instrumentos Internacionales, jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Familia, por: Solís Madrigal, Mauren. Editorial Investigaciones Jurídicas. S.A. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2005). Código Procesal Penal. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica.

Asamblea Nacional Constituyente. (2007). Constitución Política de la República de Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2007). Ley de Penalización de la Violencia contras las mujeres. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2007). Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. Anexo Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2008). Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2009). Código Penal. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica.

#### **E) Normativa Internacional.**

Asamblea General de las Naciones Unidas (1967). Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Resolución

número: 2263 (XXII). En <http://www.un.org/es/> [Consulta del 21 de julio de 2009, a las diecinueve horas, con ocho minutos]

Asamblea General de las Naciones Unidas (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En Acercándonos a los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, (1992) 11° período de sesiones, Recomendación general 19. U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994). En <http://www.un.org/es/> [Consulta del 21 de julio de 2009, a las diecinueve horas, con ocho minutos]

Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena. Tomado de: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument) [Consulta del 21 de julio de 2009, a las diecinueve horas, con cuarenta y tres minutos]

Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH), Organización de los Estados Americanos (OEA), Informe "Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de las Américas", No. OEA/Ser.L.V/II, Documento NO. 68, del 20 de enero de 2008. Tomado de: <http://www.cidh.org/> [Consulta del 7 de setiembre de 2009, a las nueve horas]

Asamblea General de las Naciones Unidas (1993). Resolución número 48/104, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. En <http://www.un.org/es/> [Consulta del 21 de julio de 2009, a las veinte horas, con cero minutos]

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar

la Violencia contra la Mujer. En Acercándonos a los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres.

**F) Jurisprudencia.**

Voto 5759-1993, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las catorce horas con quince minutos del diez de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

Voto 11129-2001, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las trece horas con ocho minutos del veintiséis de octubre de dos mil uno.

Voto 58-2002, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las nueve horas con cincuenta y siete minutos del tres de enero de dos mil dos.

Voto 3175-2002, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las nueve horas con cincuenta y seis minutos del cinco de abril de dos mil dos.

Voto 3441-2004, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

Voto 1800-2005, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las dieciséis horas con veinte minutos del veintitrés de febrero de dos mil cinco.

Voto 5298-2006, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las ocho horas con treinta minutos del veintiuno de abril de dos mil seis.

### **G) Expediente Legislativo.**

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Expediente Legislativo Número: 13874. Proyecto de ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres Mayores de Edad. Veintitrés tomos. Oficina de Archivo. Asamblea Legislativa. Consultas realizadas los días 22 de abril de 2009 y 6 de mayo de 2009.

### **H) Entrevistas.**

Arcia Morales, Gabriela. (2009). El Proceso de Atención y Abordaje para las Víctimas en un Proceso Penal por Infracción a la Ley No. 8589. Entrevista: Oficina de Atención a la Víctima del Ministerio Público. 1 de septiembre de 2009.

Bosa, Ana Lucía. (2009). Atención a las Mujeres Víctimas de Violencia por parte del INAMU. Entrevista: Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU). 8 de setiembre de 2009.

Monge Naranjo, Ivannia. (2009). Análisis de la Ley No. 8589 desde la Perspectiva del Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU). 17 de setiembre de 2009.

Salazar, María Eugenia. (2009). Política de Persecución penal y la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Entrevista: Fiscalía Adjunta de Delitos Sexuales y Violencia Doméstica. Ministerio Público. 10 de agosto de 2009.

### **I) Encuestas.**

Encuestas realizadas a 51 funcionarias/os públicas/os del Poder Judicial, nombrados en las plazas dispuestas para atender las causas en

las que se aplica la Ley No. 8589 (Primer Circuito Judicial de San José: 13 Juzgado Penal, 13 Tribunal Penal, 1 Defensa Pública, 4 Fiscalía Adjunta de Delitos Sexuales y Violencia Doméstica. Primer Circuito Judicial de Heredia: 5 Juzgado Penal, 9 Tribunal de Juicio, 1 Defensa Pública, 2 Fiscalía de Heredia. Perímetro Judicial de Flores: 1 Juzgado Penal, 1 Defensa Pública, 1 Fiscalía Auxiliar de Flores). Período 31 de agosto a 16 de setiembre, 2009.

#### J) Páginas de Internet.

Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.  
<http://www.cienciaspenales.org/revista24f.htm> [Consulta del día 18 de julio de 2009, a las diecisiete horas cero minutos]. En la cual se usó:

- Alpízar Chaves, Alberto. (2006). "Función de Taxatividad del Tipo Penal (mandato de certeza «lex certa»)". Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 18, número 24, noviembre de 2006.

Campos Guadamúz, Álvaro. (n.f.). La Psicoterapia con Hombres que Presentan Problemas de Poder y Control. Tomado de: <http://www.institutowemcr.org/articulos/index.htm> [Consulta del día 7 de setiembre de 2009, a las 10 horas]

----- (n.f.). Algunos Apuntes sobre la Violencia Doméstica, desde la Perspectiva de Varones. Tomado de: <http://www.institutowemcr.org/articulos/index.htm> [Consulta del día 7 de setiembre de 2009, a las 10 horas con treinta minutos]

Casco, Beatriz (no indica año). "Mainstreaming: Una Aproximación Teórica". [http://74.125.93.132/search?p=cache:uYJn4HCfPzcJ:webs.uvigo.es/pmayobre/master/textos/paloma rodriguez/mainstreaming:marco conceptual](http://74.125.93.132/search?p=cache:uYJn4HCfPzcJ:webs.uvigo.es/pmayobre/master/textos/paloma%20rodriguez/mainstreaming:marco%20conceptual)

.doc+transversalidad+mainstreaming&col=19&hl=es&ct=clnk&gl=cr.

[Consulta del quince de mayo de 2009, a las dieciséis horas con cinco minutos].

Chan Mora, Gustavo (no indica año). "La Criminalización de la Violencia contra las Mujeres: ¿Un Ejemplo de Derecho Penal "Moderno" en el Contexto del Capitalismo Cínico y del Estado Policía?". [http://www.abogados.or.cr/revista\\_elforo/foro4/lacriminalizacion.htm](http://www.abogados.or.cr/revista_elforo/foro4/lacriminalizacion.htm).

[Consulta del 15 de mayo de 2009, a las dieciocho horas].

Naciones

Unidas.

<http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/confmujer.htm> [consulta realizada el día 15 de mayo de 2009].

Naciones Unidas. <http://www.un.org/es/> [consulta realizada el 17 de mayo de 2009, a las siete horas].

Noticias Jurídicas.

[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo3-2007.t8.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo3-2007.t8.html) [consulta hecha el 6 y 21 de junio de 2009, a las diez horas]. En las cuales se revisaron las lecturas de:

- Marqués Ouviaño, Javier. (2005). "La Ley Orgánica de violencia de género y las nuevas situaciones penales a enjuiciar".
- Martínez Mollar, Rubén. (2009). "Diferencias dentro del ámbito penal entre violencia doméstica y violencia de género".

Naciones Unidas. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> [consultada el día 18 de mayo de 2009, a las veinte horas con cincuenta y nueve minutos].

Naciones Unidas. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0029.pdf>  
[consulta el día 18 de mayo de 2009, a las veinte horas con cincuenta y nueve minutos].

Lagarde, Marcela (1996). "El Género", fragmento de "La Perspectiva de Género" En "Género y Feminismo. Desarrollo Humano y Democracia". Editorial Horas y Horas, España. <http://www.proteccioncivil.gob.mx/upload/Publicaciones/especiales/LA03.pdf>. [Consulta del 15 de mayo de 2009, a las catorce horas].

Lamas, M. (2004). "Mujeres en Transición: La Perspectiva de Género". <http://www.cetrade.org/v2/revistatransicion/2004revista53loscandidatos/mujeresentransicion>. [Consulta del 15 de mayo de 2009, a las nueve horas].

Larrauri, Elena (2005). "¿Se Debe Proteger a la Mujer Contra su Voluntad?". <http://74.125.113.132/search?q=cache:THIKOUyu4eIJ:portal.uclm.es/descargas/idp:docs/doctrinas/sedebeprotegeralamujercontrasuvoluntad%255D%255D%255B1%255D.elenalarrauri.pdf+proteccion+sin+consentimiento+larrauri/cd=1/hl=es/c+=clnk/gl=cr/client=firefox-a> . [Consulta del 16 de mayo de 2009, a las 20:50 horas]

Larrauri, Elena (no indica año). "La Mujer Ante el Derecho Penal". <http://www.pensamientopenal.com.ar/dossier/0207%5B1%5D.Larrauri.pdf>. [Consulta del 16 de mayo de 2009, a las 20:00 horas].

Página Web Oficial de la Real Academia Española. <http://buscon.rae.es>. [Consulta del 11 de mayo de 2009, a las once horas].

Pérez Portilla, Karla (2005). "Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas". Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Universidad Nacional Autónoma de México. México.  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1589>. [Consulta del 16 de mayo de 2009, a las dieciséis horas].

Rigat-Pflaum, María (no indica año). "Gender Mainstreaming: Un Enfoque para la Igualdad de Género".  
[http://www.nuso.org/upload/articulos/3570\\_pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/3570_pdf). [Consulta del 15 de mayo de 2009, a las dieciséis horas con cuarenta minutos].

Salazar Carvajal, Pablo. (n.f.). "¿Qué Pasaría si los Abogadas Hablaran como la Gente?". <http://www.poder-judicial.go.cr/digesto/publi6.htm> . [Consulta del 6 de junio de 2009, a las diez horas].