

345

C287a Carmona Pérez, Adán

Aspectos teóricos y prácticos para la defensa penal en los delitos de violencia contra las mujeres / Adán Carmona Pérez – 1ª. edición – Heredia, C.R.: Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas, 2020.

128 p. **978-9930-552-41-4**

Derecho penal 2. Defensa penal 3. Delitos 4. Violencia
 Mujeres 6. Violencia domestica 7. Proceso penal 8. Costa Rica
 I. TITULO

Créditos

Autor

Adán Carmona Pérez

Validación y presentación

Gary Bonilla Garro

Asesoría metodológica

Marilyn Rivera Sánchez Milagros Sánchez Araya

Revisión filológica

Irene Rojas Rodríguez Filóloga Escuela Judicial

Diseño de portada

Henry Padilla Fuentes

Productor en recursos multimedia Subproceso de Gestión de la Capacitación Gestión Humana

Diagramación

Minor Canales Meléndez Profesional Departamento de Artes Gráficas

Impresión

Departamento de Artes Gráficas

Responsable

Proceso de Gestión del Conocimiento de la Defensa Pública

CONTENIDO

Dedicatoria Pag.: 7

Agradecimientos Pag.: 9 Agradecimientos especiales Pag.: 11 Presentación Pag.: 13 Introducción Pag.: 15 Justificación Pag.: 17 Consideraciones preliminares Pag.: 19 Capítulo I Aspectos generales de la penalización de la violencia contra las mujeres Pag.: 21 Sección I. Violencia contra las mujeres y derecho penal Pag.: 21 Sección II. Dimensión normativa de la penalización de la violencia contra las mujeres Pag.: 24 1. Marco normativo de carácter internacional Pag.: 24 1.1 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Pag.: 24 1.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Pag.: 25 2. Marco normativo en el ámbito nacional Pag.: 26 2.1. Ley contra la Violencia Doméstica Pag.: 26 2.2. Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres Pag.: 31 Capítulo II Apuntes de derecho penal sustantivo en torno a los delitos de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres Pag.: 35 Sección I. Ámbito de aplicación de la LPVcM Pag.: 35 1. Posición restrictiva Pag.: 35 2. Posición extensiva Pag.: 40 3. La posición ecléctica Pag.: 42 4. Argumentos para rebatir posiciones diversas a las restrictivas Pag.: 43 Sección II. Reflexiones generalísimas sobre la tipicidad de los delitos de la LPVcM Pag.: 46 1. Particularidad del sujeto activo y pasivo: el hombre y la mujer respectivamente Pag.: 46 2. Son tipos dolosos Pag.: 47 3. Son tipos penales especiales Pag.: 47 4. Se aplican las reglas generales del Código Penal Pag.: 47 5. Circunstancias agravantes de los tipos penales contemplados en la LPVcM Pag.: 47 6. Elementos normativos del tipo penal que permean la mayoría de los delitos de la LPVcM Pag.: 47 Sección III. Aplicación de la teoría de los errores en los delitos de la LPVcM Pag.: 48 1. Precedentes jurisprudenciales sobre la figura del error en materia de penalización de violencia contra las mujeres Pag.: 48 2. Error de tipo Pag.: 50 3. Error de prohibición Pag.: 52 4. Error de tipo psíguicamente condicionado Pag.: 54 Sección IV. Unidad de acción y concursos Pag.: 56 1. Algunos motivos de la aplicación deficiente de estos institutos Pag.: 56 2. Aspectos esenciales que se deben valorar en el tema de la unidad de acción y concursos Pag.: 57

3. Determinación de la tipología concursal en la aplicación de la LPVcM en la jurisprudencia Pag.: 58

Capítulo III. Aspectos exopenales relativos a la tramitación de causas de penalización de violencia contra las mujeres Pag.: 63

Sección I. Aspectos exopenales y endopenales y el derecho de defensa Pag.: 63

Sección II. Cuestiones relativas a la aplicación de la LcVD Pag.: 64

- 1. La legitimidad en la solicitud de las medidas de protección Pag.: 64
- 2. La legitimidad sustantiva de las medidas de protección Pag.: 64
- 3. La oportunidad de ejercer el derecho la defensa en el proceso de violencia doméstica Pag.: 65
- 4. La debida notificación de las medidas de protección Pag.: 66
- 5. Aplicación de la LcVD y notificación en casos de personas que se presume que padecen una alteración mental o una afectación psicosocial. Pag.: 67
- 6. El plazo de vigencia de las medidas de protección Pag.: 68
- 7. Aspectos relativos al derecho de abstención Pag.: 68
- 8. La debida fundamentación de las medidas de protección Pag.: 68

Sección III. Tópicos relacionados con los derechos y las obligaciones devenidas de las relaciones familiares Pag.: 69

- 1. La definición, requisitos y efectos de la unión de hecho Pag.: 69
- 2. La determinación y la susceptibilidad en la gananciabilidad de los bienes Pag.: 70
- 3. Patria potestad de la persona menor de edad y sus derivados Pag.: 70

Sección IV. Aspectos civiles con incidencia en la cuestión penal Pag.: 72

Capítulo IV Aspectos endopenales teóricos y prácticos en torno a la defensa penal en delitos de violencia contra las mujeres Pag.: 73

Sección I. Aspectos endopenales Pag.: 73

- 1. Ejercicio del derecho de defensa técnica y material desde el primer momento de la persecución penal Pag.: 74
- 2. Aspectos relativos a la declaración sobre los hechos (intimación) Pag.: 74
- 3. Medidas cautelares Pag.: 79
- 4. Derecho de abstención Pag.: 81
- 5. Identificar actos defectuosos y/o prueba espuria Pag.: 87
- 6. ¿Qué, cuándo y el cómo de las peticiones probatorias? Pag.: 89
 - 6.1. Las atinentes al estado de salud física y mental de la persona imputada, así como las relacionadas a algún tipo de adicción Pag.: 90
- 7. Soluciones alternas en materia de penalización Pag.: 91
- 8. Imputación de hechos acusados Pag.: 94
- 9. Valoraciones en torno a la aplicación de procedimiento abreviado Pag.: 95
 - 9.1. Aspectos de naturaleza administrativa Pag.: 95
 - 9.2. Aspectos de índole jurídico Pag.: 96
 - 9.3. ¿Cuáles extremos respecto a la pena pueden negociar las partes en un procedimiento abreviado? Pag.: 96
 - 9.4. Valorar aspectos de oportunidad y conveniencia Pag.: 97
- 10. Solicitud de cesura Pag.: 98

Sección II. Aspectos endopenales relacionados con las penas alternativas a la prisión en materia de penalización Pag.: 99

- 1. Fundamento legal Pag.: 100
- 2. Tipos de penas contempladas en la LPVcM Pag.: 100
- 3. Requisitos de procedencia de la pena alternativa Pag.: 101
- 4. Revocatoria de la pena alternativa Pag.: 102
- 5. Autoridades involucradas en la ejecución de las penas alternativas Pag.: 103
- 6. Forma de imposición de las sanciones alternativas ¿De oficio o a solicitud de parte? Pag.: 103
- 7. Algunos criterios no aceptados por la jurisprudencia para la denegatoria de las penas alternativas Pag.: 104
- 8. Valoración de los criterios de oportunidad y conveniencia en la solicitud de penas alternativas Pag.:104

Sección III. Apuntes en relación con la impugnación en materia de penalización de la violencia contra las mujeres Pag.: 105

- 1. Revisión de aspectos exopenales Pag.: 106
- 2. Examen relativo a los aspectos propios del proceso penal Pag.: 107
- 3. Revisión de aspectos relativos al juicio (exo decisorios) Pag.: 107
- 4. Revisión de aspectos decisorios (relativos a la sentencia) Pag.: 108

Capítulo V. Apuntes generales relacionados con la etapa de ejecución de la pena en delitos de penalización Pag.: 109

Sección I. Aspectos técnico-administrativos iniciales correspondientes a la etapa de juzgamiento y a la fase de ejecución de la pena Pag.: 109

- 1. Paso de la etapa de juzgamiento a la de ejecución de la pena Pag.: 109
- 2. Trámite técnico-administrativo que la persona defensora de la etapa de juzgamiento debe realizar una vez firme la sentencia condenatoria con la finalidad de entrelazar ambas etapas Pag.: 110

Sección II. Recomendaciones relacionadas con la etapa de ejecución de sentencia en caso de que se aplique pena de prisión en delitos de penalización Pag.: 110

- 1. Valorar la posibilidad de pedir la unificación de pena bajo criterios de legalidad, oportunidad y conveniencia Pag.: 110
- 2. Informar al sentenciado sobre el proceso grupal o individual de violencia intrafamiliar que debe llevar en su estadía en prisión Pag.: 111
- 3. Posibilidades de optar por el beneficio de libertad condicional versus la solicitud de pena alternativa en la etapa de ejecución Pag.: 112

Sección III. Recomendaciones relacionadas con la etapa de ejecución de sentencia en caso de que se apliquen penas alternativas dispuestas en la LPVcM Pag.: 112

- 1. Solicitar y/o verificar el plazo de las penas alternativas impuestas Pag.: 113
- 2. Verificar las clases de penas alternativas impuestas en sentencia Pag.: 113
- 3. Incompatibilidad de las penas alternativas con otras formas de ejecución y/o beneficios Pag.: 113
- 4. Solicitar que el fallo indique los nombres de las autoridades que se encargarán de la ejecución de las penas alternativas Pag.: 114

Bibliografía Pag.: 115

Legislación Pag.: 117

Abreviaturas

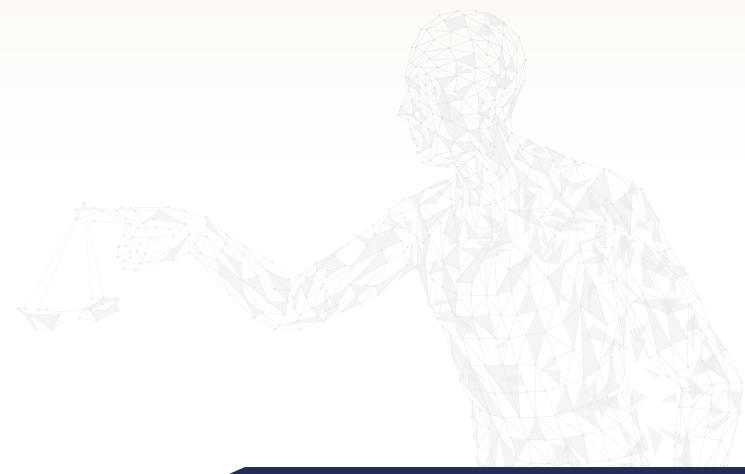
C. Pol	Constitución Política de Costa Rica
C.A.D.H.	Convención Americana sobre Derechos Humanos
C.F	Código de Familia
C.P.P.	Código Procesal Penal
C.P.	Código Penal
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación
	Contra la Mujer
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Convención de Belém do Pará	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la
	Violencia contra la Mujer
INAMU	Instituto Nacional de la Mujer
LcVD	Ley contra la Violencia Doméstica
LPVcM	Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres
ONU	Organización de Naciones Unidas
S. Const	Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
S.T	Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia
TASPSR	Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón (Alajuela)
TASPC	Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago
TASPG	Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz (Guanacaste)
TASPJSJ	Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil de San José
TASPSJ	Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José (Goicoechea)
TCPC	Tribunal de Casación Penal de Cartago
TCPSJ	Tribunal de Casación Penal de San José
TFSJ	Tribunal de Familia de San José
UDPDVM	Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres



Dedicatoria

A mi familia, a quien le agradezco por permitirme sacrificar parte del tiempo que me correspondía compartir con ella para dedicarlo a la redacción del presente texto.

A todas las personas usuarias del servicio de defensa penal que la Defensa Pública del Poder Judicial brinda, cuya existencia justifica, sin lugar a dudas, la creación del presente texto.







Agradecimientos

A mi querida institución, la **Defensa Pública del Poder Judicial de Costa Rica**, tanto por la confianza para la elaboración de este conveniente proyecto, así como por concederme el tiempo requerido para su realización.

A mis compañeros y compañeras de la Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres, quienes con gran tenacidad, perseverancia y mística se esfuerzan cada día por realizar una defensa digna de los intereses de nuestras personas usuarias. Además, les agradezco, su apoyo y aportes en la preparación del presente texto. En especial doy un particular reconocimiento a mi compañera y amiga, la M. Sc. Susana Araya Orozco, por su oportuno acompañamiento y sugerencias brindadas en la redacción de este documento.

A la coordinación de la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública y al grupo de trabajo que la componen, por gestionar lo correspondiente a la parte administrativa de este proyecto.

A la M. Sc. Rosaura Chinchilla Calderón, a la M. Sc. Marianela Corrales Pampillo, a la Dra. Viviana Obando Méndez y al M. Sc. Danicio Fernández Berrocal por sus oportunas sugerencias.







Agradecimientos especiales

A la jefa, **M. Sc. Diana Montero Montero**, y al subjefe, **Dr. Erick Núñez Rodríguez**, ambos de la Defensa Pública del Poder Judicial de Costa Rica, quienes desde un inicio mostraron gran interés en el presente proyecto, priorizando su realización. Les agradezco que, de manera sabia, comprendieran que la elaboración de este texto implicaba una forma mediante la cual se podía mejorar el servicio público que brinda nuestra institución.

A mi estimado compañero y amigo, **Lic. Gary Bonilla Garro**, defensor público, quien ocupando el puesto de coordinador de la Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres (2013-2016), desde un inicio, con una visión envidiablemente progresista, propulsó la realización del presente proyecto, apostando de forma muy atinada a la creación de este insumo para facilitar una constante preparación de las personas defensoras públicas, en aras de lograr una defensa penal de excelencia. Además, debido a su amplio conocimiento en la materia de penalización, fue el designado para revisar esta obra, labor que cumplió con colosal entereza, atino y responsabilidad.







Presentación

Gary Bonilla Garro Defensor Público

Es un gran honor y en mi caso personal, una gran satisfacción presentar esta obra que es producto del arduo trabajo, experiencia y dedicación que, durante años, ha realizado la Defensa Pública de Costa Rica, materializando con ello, la visión institucional de contar con los recursos idóneos para que las personas defensoras públicas ejerzan sus labores con calidad, eficacia y eficiencia dirigidas al resguardo y respeto de los derechos de las personas usuarias de nuestros servicios.

Desde sus inicios, la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, no solo implicó un esfuerzo por parte del Poder Judicial y de la Defensa Pública, para adecuar sus servicios a esta otra novedosa normativa, sino, conllevó afanosas y profundas discusiones jurídicas las cuales muchas se mantienen hasta el día de hoy.

De esta manera, el presente texto denominado "Aspectos teóricos y prácticos para la defensa penal en los delitos de violencia contra las mujeres" a cargo del MSc. Adán Carmona Pérez, busca enfatizar esas consideraciones jurídicas que se mantienen vigentes, pues su análisis e ilustración son de vital interés desde la óptica del derecho de defensa.

Durante el desarrollo de la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, la Defensa Pública, a través de la creación de la Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las mujeres, implementó la capacitación especializada en esta materia, incluyó la capacitación y evaluación dentro del proceso de reclutamiento y selección de las personas aspirantes al cargo de persona defensora pública, y como parte de sus objetivos propios de esta unidad, sistematiza anualmente los instrumentos jurídicos y jurisprudenciales, relacionados con la materia, poniéndolos a disposición y discusión de los integrantes de la institución.

Estas buenas prácticas, han permitido en primer lugar, construir posiciones jurídicas, que obedezcan al estudio y aplicación normativa, conforme al respeto de los derechos y garantías de las personas imputadas por esta ley y, en segundo lugar, a lo largo del tiempo, han traído beneficios muy importantes, que hoy se traducen como ejemplo en la redacción del presente texto.

Sobre el autor debo destacar que, mientras ocupaba la coordinación de la Unidad de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres en el año 2015, el MSc. Adán Carmona Pérez, se nos unió al equipo de esta unidad, aportando su amplia experiencia como defensor público en diferentes materias, así como su insistente interés por la discusión académica, siendo que a partir del año 2017, asumió la Coordinación de la Unidad de Penalización, logrando con esto, dar continuidad a los objetivos que se han trazado, desde los albores de esta unidad, que hoy se materializan en el presente texto.

Este libro se circunscribe dentro de las tareas encomendadas, mediante la metodología de gestión de proyectos, por parte de la Jefatura al MSc. Adán Carmona, quien ha puesto sus atestados académicos y profesionales al servicio de la Defensa Pública, para la redacción del presente documento.

El contenido del presente libro, cumple con el objetivo propuesto de construir una guía teórica y práctica, como insumo y orientación, para el fortalecimiento de la defensa letrada, de las personas usuarias de la defensa pública, así como, el crear una herramienta de consulta y actualización, para uniformar conocimientos en las personas defensoras públicas, a quienes corresponde atender personas imputadas por delitos contenidos principalmente en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

De la lectura del presente texto, se extrae un amplio y exhaustivo análisis de factores jurídicos y extrajurídicos, de los elementos más importantes, que las personas defensoras públicas, deben de valorar a la hora de representar los intereses de una persona, dentro de un proceso por delitos de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.



El texto cuenta con una distribución mediante la cual, en la primera parte se establecen aspectos generales e introductorios de la temática de violencia contra las mujeres, su regulación nacional e internacional, para posteriormente irse introduciendo en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

Se aborda un tema que se ha considerado medular en el estudio de la Ley de Penalización de la violencia contra la Mujeres, como lo son las diversas posiciones interpretativas respecto al análisis del concepto de "unión de hecho", elemento que ha dado mucha discusión en esta materia por tratarse no solo del ámbito de aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujeres, sino también por tratarse de un elemento normativo de la mayoría de los tipos penales contenidos en esta ley.

El autor aprovecha para hacer consideraciones estratégicas, sobre la aplicación del error de tipo, el error de prohibición y el error psíquicamente condicionado y su aplicación en el litigio en esta materia, con especial atención al delito de incumplimiento de medida de protección. Además, aborda ampliamente los temas de la unidad de acción y de los concursos, dotando de herramientas necesarias para su aplicación en la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujeres.

En este desarrollo, se van realizando reflexiones jurídicas, sobre la pertinencia y destrezas para atender la defensa oportuna, en los delitos de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

Resulta interesante, la metodología utilizada por el autor para establecer lo que ha distinguido como aspectos exopenales y endopenales, que deben de tenerse en cuenta a la hora de la tramitación de las causas de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

Describe las primeras como aspectos necesarios que deben de conocerse fuera del mismo proceso penal, como el conocimiento de la Ley de Violencia contra las Mujeres y su proceso, el respeto del debido proceso, la legitimidad y el derecho defensa en ese proceso, así como el análisis que deben realizar los defensores y defensoras públicas, de los elementos probatorios extraídos del expediente de violencia doméstica, o en relación con conceptos de derechos y obligaciones devenidas de las relaciones familiares.

Por su parte, puntualiza a través de esta metodología, lo que ha denominado, aspectos endopenales para destacar los aspectos y conceptos propios, que deben de ser manejados a la hora de litigar en materia de penalización de la violencia contra las mujeres y que obedecen al mismo proceso penal, en específico lo relacionado a los derechos procesales de la persona imputada, al derecho de abstención con el que cuentan habitualmente las partes en estos procesos, las medidas cautelares, el examen mental obligatorio, el manejo de adicciones, la prueba ilícita, la conciliación, el procedimiento abreviado, las penas alternativas, entre otros.

Por último, un aspecto de absoluta relevancia del texto es que el análisis que se realiza no se queda únicamente en los alcances del proceso penal en su fase declarativa, sino que también contempla aspectos relacionados con la etapa de ejecución de la pena en delitos de penalización de la violencia contra las mujeres, para la cual se destaca un capítulo específico para esta temática.

De la lectura del texto concluyo que este es un texto muy completo, profundo y relevante para la institución, de lectura obligatoria para todos y todas las defensoras públicas dentro de su formación continua, así como para todos aquellos aspirantes a este cargo.

No puedo finalizar, sin reconocer y agradecer profundamente, en nombre de la Defensa Pública, el gran trabajo realizado por el MSc. Carmona quien, con mucha dedicación y empeño contribuye con su aporte a nuestra institución.

Alajuela, 27 de Julio de 2020.



Introducción

La capacitación y la actualización continua del personal que labora en el Poder Judicial, en general, y en la Defensa Pública, en particular, así como la búsqueda de herramientas para mejorar la prestación del servicio público que se brinda a las personas usuarias del sistema judicial, han sido un eje fundamental de las políticas institucionales de los últimos años.

Cabe resaltar que la apuesta institucional a la capacitación no es azarosa, ni puede catalogarse como aventurada, pues ha sido producto de una ardua y sabia decisión de los y las jerarcas del Poder Judicial, devenida de profundas reflexiones, encaminada a la búsqueda de la excelencia en la prestación del servicio público que se brinda. A partir de este proceso analítico, se ha identificado la capacitación continua como una herramienta necesaria e idónea para lograr aquel objetivo.

En definitiva, esto ha conllevado a la puesta en escena de acciones tendientes a ejecutar continuos y complejos procesos de capacitación –en su mayoría transversales– de todo su personal, independientemente del ámbito que se trate. Esta acertada inclinación ha ubicado al Poder Judicial costarricense en un lugar de privilegio y respeto, tanto a nivel nacional como internacional.

Además, la Defensa Pública, como órgano auxiliar de la Administración de Justicia, no se ha quedado atrás de aquella apuesta institucional por la capacitación. Por el contrario, ha sido estandarte tanto dentro del sistema judicial como fuera de él, en la continua preparación de su personal.

Actualmente cuenta con uno de los más complejos y sólidos procesos institucionales de selección, reclutamiento y capacitación de sus profesionales, el cual la ha llevado a posesionarse a nivel internacional como una de las Defensas Públicas más sólidas y de mayor calidad.

Lo referido hasta aquí sirve como base para entender, con mayor facilidad, el planteamiento del presente proyecto que se desarrolla a través de la **Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres de la Defensa Pública**, el cual tiene, como finalidad primordial, continuar con el mejoramiento del servicio público brindado a las personas usuarias en el marco del respeto de los derechos humanos, así como del derecho de acceso a la justicia, el derecho de defensa y del debido proceso en general.

En ese contexto, el presente proyecto centra la atención en la continuidad de un servicio de calidad, particularmente, a favor de todos aquellos usuarios que son investigados penalmente en materia de penalización de la violencia contra las mujeres. Su fin es guiar a la persona defensora pública que litiga en procesos penales que involucran, principalmente, delitos regulados en la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres N.º 8589, otorgándoles herramientas que sean de utilidad para ejercer con mayor amplitud, solidez y claridad, la defensa técnica de dichas personas.

Es importante resaltar que este proyecto tiene dos grandes objetivos. El primero de ellos, radica en construir una guía teórica y práctica como insumo y orientación para el fortalecimiento de la defensa letrada de las personas usuarias de la Defensa Pública, teniendo como norte, el mejoramiento del servicio público brindado.

El segundo objetivo tiene como meta crear una herramienta que se utilice como fuente de consulta y actualización para uniformar conocimientos de las personas defensoras públicas que litigan en la defensa penal de delitos contenidos, principalmente, en la Ley de Penalización, con el fin de allanar, en la mayor medida posible, el camino de acceso a la justicia a las personas usuarias de la Defensa Pública.

Es importante reseñar que estructuralmente se propone un texto, dividido en cinco capítulos, y cada uno se subdivide, a su vez, en secciones, y estas, en subtemas.

En los capítulos, se desarrollarán sucesivamente los siguientes tópicos: aspectos generales de la penalización de la violencia contra las mujeres; apuntes de derecho penal sustantivo en torno a los delitos de la Ley de Penalización de Violencia contra

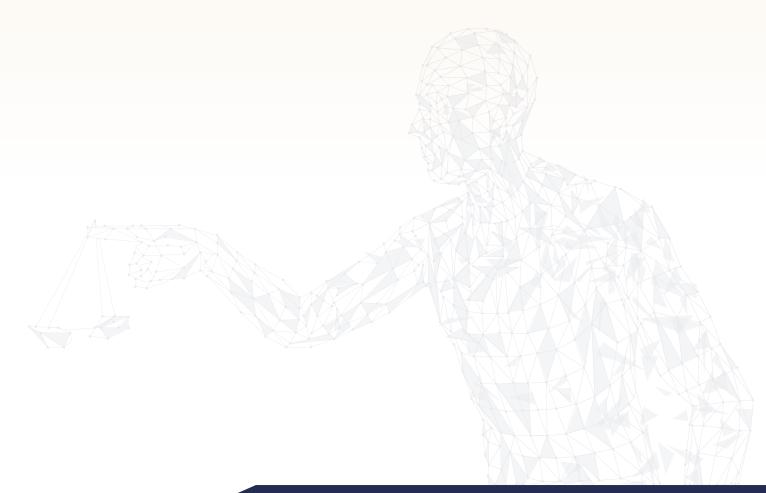




las Mujeres; cuestiones exopenales relativos a la tramitación de causas de penalización de violencia contra las mujeres; temas endopenales teóricos y prácticos en relación con la defensa penal en delitos de violencia contra las mujeres; por último, se señalarán algunas notas generales relacionadas con la etapa de ejecución de la pena en delitos de penalización.

Ahora bien, con el afán de lograr la mayor rigurosidad científica del presente proyecto, se utilizará el método de investigación cualitativo. Por tanto, se pretenden realizar entrevistas, reuniones y talleres con las personas defensoras públicas, así como con otras personas profesionales judiciales que tienen relación directa o indirecta con el tema; entre ellos: el personal profesional de la Fiscalía, de la Judicatura, así como profesionales en Psicología y Trabajo Social, con el fin de determinar el contenido temático y la línea ideológica donde se deberá dirigir la presente obra.

Asimismo, se utilizarán, principalmente, fuentes secundarias de información y fuentes documentales, relacionados con el tema del presente texto, entre ellas: el estudio de documentos impresos (libros, revistas, etc.), electrónicos, informes, sentencias (jurisprudencia), expedientes judiciales y legislativos. Además, se analizará la normativa de carácter nacional e internacional relacionada con la materia de estudio.





Justificación

Se justifica el presente proyecto desde la comprensión de los siguientes aspectos: el primero de ellos tiene que ver con la naturaleza de la compleja problemática que cobija la materia de penalización de la violencia contra las mujeres, la cual ha sido considerada a nivel nacional e internacional como una situación que debe abordarse de todas las maneras posibles, incluso, desde una institución tan violenta como lo es el derecho penal.

Como parte de esta necesidad de realizar acciones necesarias para contrarrestar el fenómeno de la violencia contra las mujeres, en los últimos años, el Estado costarricense ha decretado un conjunto de acciones discriminatorias positivas (acciones positivas); entre ellas, la promulgación en el 2007 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, mediante la cual se crearon, entre otros aspectos, varios tipos penales especiales con el fin de castigar todo tipo de violencia contra las mujeres.

Con el nacimiento de dicho cuerpo de ley, en el 2007, se instauró en la Defensa Pública, la unidad especializada que se denominó, Unidad de Penalización de Violencia contra las Mujeres (así se informa en la Circular n.º 04-2008 de la Defensa Pública), la cual fue integrada por un grupo de personas defensoras públicas especializadas en el litigio en materia de penalización, distribuidas en todo el país (para enero del 2020, cuenta con aproximadamente 47 integrantes).

Así la creación de esta Unidad especializada trajo aparejada la responsabilidad institucional de especializar a sus integrantes en temas relacionados directa o indirectamente con el contenido de la ley, los cuales se encargarían de la defensa de los procesos de penalización, por lo que la creación de este texto es parte de la materialización de aguel compromiso.

Es importante indicar que, en el 2018, se varía la nomenclatura de la Unidad, por Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres para que tenga mayor afinidad con la labor que realizan los defensores y las defensoras que la conforman.

El segundo aspecto se encuentra relacionado con la adecuada administración de los recursos de la Defensa Pública, según se explica a continuación.

El nombramiento de las personas defensoras en plazas de penalización, tanto especializadas como de recargo, es continuo y dinámico (características propias de la administración de una institución tan compleja como lo es actualmente la Defensa Pública), lo cual se traduce en un constante movimiento del personal que conlleva, en no pocas ocasiones, a que el conocimiento empírico que el personal profesional adquiere a través del tiempo se diluya. Por esta razón, se requiere una continua preparación de las nuevas personas que llegan a ocupar los puestos, por lo que este texto es un instrumento idóneo para lograr la orientación y guía de estas nuevas personas profesionales.

Un tercer aspecto que justifica la construcción del presente instrumento, se encuentra ligado íntimamente al anterior, pues tiene que ver con la función que cumple el texto, en facilitar insumos a la persona defensora letrada para lograr materializar con mayor facilidad, amplitud y solidez, la defensa de todas las garantías judiciales y, en general, del derecho al debido proceso que asiste a la persona sospechosa de haber cometido un delito, en el marco de un proceso penal democrático.

Sin lugar a dudas, todos estos aspectos se focalizan en una mejora en la representación de la defensa técnica que se brinda en procesos de penalización y, por tanto, tiene impacto en el efectivo acceso a la justicia de las personas usuarias de la Defensa Pública, así como en la calidad del servicio público brindado.





Consideraciones preliminares

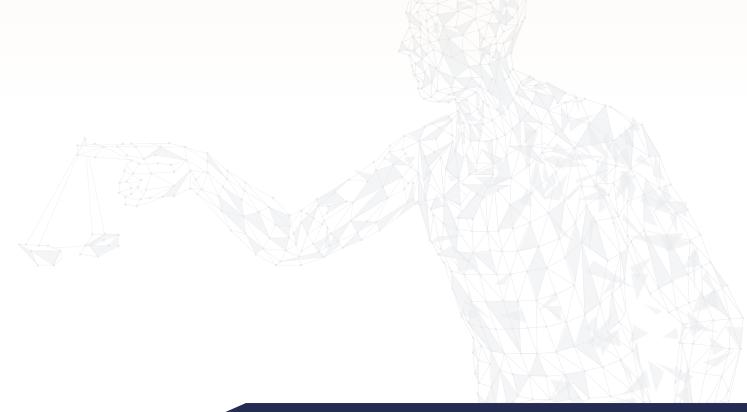
Es importante tener en cuenta que el presente texto es una guía que contiene recomendaciones y líneas de carácter general sobre algunos aspectos procesales, sustantivos y de ejecución penal que la persona defensora pública debe tomar en cuenta a la hora de llevar a cabo la defensa en materia de penalización de la violencia contra las mujeres, principalmente.

También, es preciso aclarar que, en estos casos, el desarrollo y la implementación de la defensa técnica no se agotan con lo dispuesto en esta obra. Por el contrario, el despliegue de la labor de la defensa técnica que se ejerza en procesos donde se tramita materia de penalización dependerá del caso concreto y de la visión que cada persona profesional encargada del ejercicio de la defensa letrada tenga respecto al asunto en particular.

Por ejemplo, debe tomarse en consideración que la materia de penalización de la violencia contra las mujeres trae aparejado un dinamismo particular, debido a las siguientes razones. El primer lugar, es una materia ligada íntimamente con aspectos socioculturales; por tanto, es cambiante. El segundo aspecto se relaciona con una creación legislativa novedosa en materia de penalización de la violencia contra las mujeres, lo que provoca que, aun en la actualidad, sea una materia en construcción, tanto desde la óptica doctrinaria, legislativa y, especialmente, jurisprudencial.

Lo anterior sugiere una mayor intensificación, tenacidad y constancia en la preparación y actualización en los tópicos que tienen que ver con la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres por parte de las personas defensoras que ejercen la defensa penal en esta materia, en virtud que algunos de los sustentos teóricos, legales y jurisprudenciales aquí expuestos pueden variar en cualquier momento, lo que exige, entonces, una constante verificación del contenido de esta obra.

En conclusión, de ninguna forma debe entenderse la presente herramienta como un agotamiento de la puesta en marcha de ejercicios defensivos y, mucho menos, puede observarse como un límite impuesto a la persona defensora pública en su obligación de ejercer ampliamente el ejercicio de la defensa técnica, debido a que el presente documento establece, únicamente, estándares mínimos defensivos que se espera que sean observados al momento de ejercer la litigación penal en esta materia.







Capítulo I Aspectos generales de la penalización de la violencia contra las mujeres

De seguido, se retomarán algunos aspectos generales relevantes de carácter doctrinario, legislativo y jurisprudencial que interrelacionan el tópico de la violencia contra las mujeres con el derecho penal y su dimensión normativa.

Sección I. Violencia contra las mujeres y derecho penal

En Costa Rica, como en gran parte del mundo, la población ha nacido, crecido y desarrollado bajo patrones culturales, encaminados a propiciar predeterminados roles en la figura del hombre y de la mujer a partir, principalmente, de la categorización de género, el cual ha sido entendido como una construcción sociocultural basada en las diferencias dadas por el sexo biológico. A partir de ello, surge un proceso de socialización tendiente a la designación de roles dentro de la sociedad, según sea la persona, hombre o mujer.

En consecuencia, estas pautas se encuentran tan arraigadas en el imaginario sociocultural que se suelen ver como una cuestión natural. Es decir, debido a la existencia de estas estructuras socioculturales, a las personas se les dificulta divisar a lo largo de sus vidas que se han desarrollado en una sociedad patriarcal.

En su sentido literal, el patriarcado significa el gobierno de los padres. Según Gerda Lerner (1990), es una creación histórica elaborada por hombres y mujeres en un proceso que tardó aproximadamente más de 2500 años en completarse. Su primera forma surgió en el estado arcaico, donde inicialmente la unidad básica de su organización era la familia patriarcal, desde donde se expresaban y generaban constantemente normas y valores, así como funciones y conductas consideradas propias de cada sexo.

Actualmente, el patriarcado se entiende como la manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y la familia, y la ampliación de ese dominio sobre las mujeres en la sociedad en general (Sobre el fundamento de patriarcado moderno, Cobo, 1995).

De la misma forma, el patriarcado ha servido de terreno fértil para el nacimiento de conceptos como **androcentrismo**; es decir, "aquello que gira en torno a lo masculino, que hace del varón y de su experiencia, las medidas de todas las cosas" (Helda Puleo, 2007, p. 80) y la **misoginia** (entendida como el odio, repudio o desprecio a lo femenino), los cuales han acrecentado aquella problemática.

Asimismo, es importante recordar que esta añeja construcción sociocultural ha invisivilizado y perpetrado a lo largo del tiempo la violencia contra las mujeres a través, principalmente, de la violencia estructural (Galtung, 1969; Pereira, 2014, p. 41).

La violencia estructural es la más compleja, pero irónicamente es la menos visible y, por tanto, es la más difícil de detectar. Sus bases se cimientan en todos aquellos actos, condiciones, decisiones, obstáculos de naturaleza político—estructural que limitan e impiden a un individuo desarrollar sus capacidades y satisfacer sus necesidades. Desde esta óptica, se entienden estas necesidades como sinónimo de derecho humano. (Baratta, 1990).

Desde la cultura del patriarcado, con frecuencia se le encarga al hombre el rol social de proveedor de la familia; y a la mujer, la posición de madre (reproducción) abnegada, cuya función principal designada es la dedicación exclusiva de los oficios domésticos, además, del cuido tanto del hogar, así como de su pareja, hijos, hijas y su familia en general.

Resabios de la sociedad patriarcal se visualizan en vastos sectores sociales, principalmente de corte ideológico-tradicional que aluden a la mujer como una figura que se agota en una trabajadora del hogar, con exigencias de extrema moralidad, buena madre de familia y, en especial, sumisa al hombre, al cual está obligada a rendir pleitesía, pues de lo contrario, cualquier irreverencia podría justificar el uso de violencia de cualquier naturaleza. Desde este escenario, se observa una especie de



cosificación e instrumentalización de la mujer al servicio del hombre (esta dinámica se ve ilustrada, de forma idónea, en el cuento *El libro de los cerdos*, Browne, 1991)¹.

Como respuesta a este fenómeno social insano, desde hace varias décadas, paulatinamente se han evidenciado y reconocido distintas clases de violencia contra las mujeres, a través de los movimientos feministas, principalmente, que con grandes aciertos (salvo algunas excepciones que por extremos han sido descalificados) han visibilizado las graves desavenencias para con los derechos de las mujeres que han implicado históricamente la concentración sociocultural en el patriarcado.

Se ha logrado esta redirección de la mirada –generalmente crítica– hacia y contra el androcentrismo y a favor de los derechos de las mujeres, principalmente, mediante serios estudios e investigaciones que han involucrado la visibilización de la mujer desde diferentes perspectivas; entre ellas, desde una óptica interseccional, es decir, como una categoría de género con multiplicidad de elementos que se deben analizar.

Se conoce la interseccionalidad como aquella categoría de género que enfoca la mirada en la importancia de mostrar la realidad plural de las mujeres y en cómo la exclusión de género se construye enlazándose con otras exclusiones como la de clase, etnia, estatus migratorio, opción sexual y capacidades diversas, entre otras (CELS, 2011).

Se debe considerar que interseccionalidad es:

[...] un proceso que contribuye a generar conciencia sobre cómo diferentes fuentes estructurales de desigualdad (u "organizadores sociales") mantienen relaciones recíprocas. Es un enfoque que subraya que el género, la etnia, la clase o la orientación sexual, como otras categorías sociales, lejos de ser "naturales" o "biológicas", son construidas y están interrelacionadas [...] La interseccionalidad se puede entender como un estudio sobre las relaciones de poder, que incluyen también vivencias que pueden ser señaladas como "abyectas", "pertenecientes a los márgenes" o "disidentes". (Platero, 2014, pp. 80-81).

Al respecto, debe considerarse que evidenciar la violencia de género que ha producido históricamente la cultura machista ha provocado amplias y críticas reflexiones desde varios niveles y ramas del conocimiento, en diferentes partes del mundo, y ha generado una serie de propuestas de diversa naturaleza, pero que tienen en común el mismo objetivo: la erradicación de la violencia contra las mujeres.

Al tenor de lo dicho, se visualizan principalmente planteamientos de carácter legal (materializadas primordialmente en propuestas de formulación y promulgación de leyes, tanto preventivas como represivas) y social, tendientes a la creación de política públicas y/o programas nacionales e institucionales con fines informativos, educativos y preventivos, así como políticas relacionadas con la creación y establecimiento de instituciones de protección y promulgación de los derechos de las mujeres, etc.

Costa Rica ha apostado principalmente por la primera de las vías, abordando la temática desde una perspectiva principalmente penal, mediante la construcción de diferentes leyes, (las cuales, posteriormente se mencionarán con detalle en el presente capítulo) con el objetivo de neutralizar la violencia contra las mujeres.

Es totalmente criticable que, en Costa Rica, se haya optado por privilegiar el uso de la represión como una de las principales armas para contrarrestar la violencia contra las mujeres, antes que la prevención y educación, a pesar de que estos últimos mecanismos parecen ser menos violentos y más acordes para afrontar dicha problemática, ya que van dirigidos no solo a cambiar las bases socioculturales imperantes, sino también a la construcción de nuevas masculinidades.

El ordenamiento jurídico costarricense, aún en la actualidad (julio/2019), no se escapa de los vestigios tradicionales de una sociedad patriarcal. Un ejemplo de ello se visualiza en el Código de Familia en el artículo 35 que sostiene en lo que interesa "El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia [...].



No obstante, actualmente (año 2019) se visualiza un esfuerzo en el país tendiente a cambiar la forma en que se ha venido afrontando históricamente esta temática, ya que desde el Instituto Nacional de la Mujer (como ente rector designado por ley para vigilar y promover actuaciones respecto al tópico de cita, según el artículo 21 de la Ley contra la Violencia Doméstica) así como por medio del Gobierno central, se han instaurado políticas públicas, como por ejemplo: las contenidas en el Plan Nacional para la Atención y Prevención de la Violencia contra las mujeres de todas las edades (conocida como PLANOVI, 2017-2032). Dichas políticas pretenden dar un abordaje más integral que apunte principalmente a la prevención y la educación desde diferentes ámbitos y acciones estratégicas con el fin de propiciar un cambio en la cultura machista y promover masculinidades no violentas que impulsen la igualdad.

Retomando la idea anterior, es relevante señalar que, bajo el contexto descrito, en el ámbito jurídico surgen a nivel global instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conocida como *CEDAW* (Ley N.° 6968, 1985) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como la Convención de *Belém do Pará* (Ley N.° 7499, 1995), las cuales fueron ratificadas por el Estado costarricense, mediante las leyes señaladas.

Con la aprobación de estos instrumentos internacionales, Costa Rica asumió una serie de deberes y obligaciones tendientes entre otros aspectos a *adecuar los procedimientos judiciales y administrativos* con el objetivo de contrarrestar y eliminar la problemática relacionada con la violencia de género, así como la situación de desigualdad y discriminación que viven las mujeres en el país.

Sobre estos aspectos, es importante destacar la reflexión de Chirino, cuando refiere que:

[...] En materia de Derechos Humanos, la Sala Constitucional ha indicado la importancia de que en caso de no existir disposición expresa en el ámbito nacional, se aplique lo dispuesto en los Convenios Internacionales. En materia Convenios y Tratados Internacionales referidos a la defensa de los derechos de las víctimas de violencia intrafamiliar, por ejemplo: es notorio que no se han establecido específicos requerimientos de política criminal, esto es de carácter punitivo, ni se ha obligado a los Estados más que a instrumentar medios para atender integralmente a las víctimas de violencia y por supuesto, a luchar contra las diversas formas de discriminación contra las mujeres. Esto lleva a reflexionar a sí es correcto crear leyes penales especiales que castiguen la violencia contra la mujer, máxime si el enfoque jurídico-penal, aun cuando poco género sensitivo [...] (2002, p. 8).

Cabe destacar que, debido a la obligación contraída por el país en los instrumentos internacionales indicados, aunado a las presiones de diferentes voces, grupos y movimientos surgidos tanto a nivel nacional como internacional que abogaban por dar un alto a la problemática social de la violencia de género, se promulgan en el contexto nacional varios cuerpos normativos, entre ellos: la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Ley N.° 7142, 1990); la Ley contra la Violencia Doméstica (Ley N.° 7586, 1996); la Ley de Creación del Instituto Nacional de las Mujeres (en adelante INAMU) (Ley N.° 7801, 1998) y la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres (Ley N.° 8589, 2007), entre otras.

Bajo aquellos precedentes, se promulga la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres (en adelante LPVcM o Ley de Penalización), la cual delineó como objetivo principal contrarrestar las desigualdades y relaciones de poder que históricamente ha traído el hecho de ser mujer. Con tal finalidad, se incluyeron varios tipos penales que sancionan de forma expresa, con pena de prisión y de otra naturaleza, acciones que pueden configurar diferentes tipos de violencia contra la mujer, entre ellas: psicológica, sexual, patrimonial y física.

De la manera descrita es como la cuestión penal se involucra, por medio de la política criminal costarricense en el tópico de la violencia contra las mujeres, visualizándose, a la fecha, como uno de los instrumentos más importantes, utilizados por el Estado para revertir la estructura patriarcal que provoca la violencia contra las mujeres.



Sobre este aspecto, es destacable lo manifestado por Chirino respecto a la injerencia del derecho penal como medio para contrarrestar la manifestación de la violencia contra las mujeres, cuando señaló que, si bien, no negaba la necesidad de que se involucrara al derecho penal en el tema de la violencia contra las mujeres, cuestionaba el método escogido para realizar tal criminalización; es decir, que involucrara la creación de una ley especial donde se crearan más tipos penales, sin que, junto a esa reacción punitiva, se promulgara un plan integral mucho más amplio que atacara las verdaderas causas de este fenómeno. Al respecto agregó: El timón social no debe ser dirigido por el derecho penal. Lo sancionatorio es solo una parte y muy pequeña de la atención del problema. (2002, p. 3).

Sección II. Dimensión normativa de la penalización de la violencia contra las mujeres

En la sección anterior, se mencionó, de manera general, el marco jurídico existente, tanto a nivel nacional como internacional, en el tópico de la protección de la violencia contra las mujeres, haciendo alusión especialmente a cómo se inmiscuyó la cuestión penal en esta temática. Sin embargo, se considera relevante ahondar en las dimensiones normativas más significativas sobre el tema, ya que es de suma importancia que la persona defensora pública que ejerza la defensa en delitos contenidos en la LPVcM conozca detalladamente su contenido, pues le permitirá el desarrollo de planteamientos defensivos acordes a la plataforma normativa existente.

Asimismo, otro aspecto que justifica la necesidad de conocimiento profundo del referido panorama, está relacionado con que todas las normas de carácter internacional que se mencionaron tienen íntima relación con uno de los temas más controvertidos a la fecha en relación con la materia de penalización: el ámbito de aplicación de la LPVcM (aspecto que será desarrollado con amplitud debido a su relevancia, en el capítulo II de este texto).

De seguido, se ahondará en los principales cuerpos normativos tanto nacionales como internacionales que han surgido para contrarrestar la violencia contra las mujeres.

1. Marco normativo de carácter internacional

Es preciso insistir que, en Costa Rica, a la fecha, se han ratificado varios instrumentos internacionales atinentes a ampliar el marco de protección de los derechos de las mujeres, especialmente, todas aquellas normas internacionales que buscan prevenir y sancionar cualquier tipo de violencia contra las mujeres; además, que contribuyen a los cambios de la condición, la relación social y de poder devenidas de los procesos de socialización en torno a la cultura del patriarcado.

Interesa rescatar aquí dos instrumentos que han sido considerados indispensables para la búsqueda de aquellos objetivos.

1.1 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La ratificación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW, que son sus siglas en inglés) (Ley N.º 6968, 1985) por parte del Estado costarricense fue uno de los avances más significativos, debido a que sirvió como uno de los puntos de partida para la búsqueda de la equidad de género y contrarrestar la violencia contra las mujeres.

La creación de este instrumento internacional es producto del trabajo realizado por alrededor de 30 años por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer que fue creada por la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) en 1946. Esta Comisión se basó en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (ONU, 1967) para crear la CEDAW en 1979.

Este instrumento surge de la siguiente preocupación: aunque para el momento de su promulgación existían acuerdos internacionales que reconocían la igualdad de derechos entre todos los seres humanos, como por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, un instrumento internacional declarativo adoptado por la ONU desde 1948, se continuaban



visualizando, entre el hombre y la mujer, grandes desigualdades que se traducían en un claro irrespeto a la dignidad humana de la mujer.

Dicho de otro modo, la CEDAW encuentra su génesis en los objetivos de la ONU que buscan reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona, así como en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, reconociendo que, para lograrlo, era necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Esta Convención dispone, entre otros aspectos, ¿qué se debe entender por discriminación contra la mujer? Enumera un conjunto de obligaciones de los Estados relacionadas a la instauración de políticas dirigidas a eliminar todo tipo de discriminación en contra de la mujer (incluida legislativas) y obliga a los Estados a tomar acciones positivas apropiadas para modificar patrones socioculturales existentes que afecten a la mujer.

Sumado a lo anterior, la CEDAW, en su artículo 5 llama a los Estados a "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

En resumen, la Convención citada recomienda a los Estados parte tomar medidas necesarias de corte transversal para proteger y garantizar a la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos: económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Por último, es importante señalar que la CEDAW no obliga expresamente a los Estados parte llevar a cabo acciones de corte represivo-sancionatorio para contrarrestar el flagelo de la violencia contra las mujeres, aspecto que sí contempla la Convención de Belém do Pará.

1.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará), creada en 1994 y ratificada por Costa Rica en 1995, mediante la Ley N.º 7499, es otro de los instrumentos normativos internacionales de relevancia que, en el tema de la violencia contra las mujeres, ha sido aprobado por el Estado costarricense.

Este acuerdo internacional dirige su mirada, por primera vez y de forma particular, a la prevención, **sanción** y erradicación de todo tipo de violencia contra la mujer. Su construcción parte de la premisa de que este tipo de violencia es una manifestación de las relaciones de poder, históricamente desiguales, entre mujeres y hombres, las cuales constituyen una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además, limitan total o parcialmente a la mujer en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

Esta Convención particulariza su enfoque en el desarrollo de temas, tales como la determinación del concepto de violencia contra la mujer, tanto en el ámbito público (incluye comunidad, instituciones públicas y Estado) como privado (familia o unidad doméstica) (arts. 2 y 3); el reconocimiento de una lista expresa de derechos y libertades de la mujer (art. 4); la obligación de los Estados parte en aceptar que la violencia contra la mujer impide el ejercicio de sus derechos, entre otros.

Asimismo, reconoce un derecho general de la mujer de vivir sin violencia y requiere que los Estados ratificatorios adopten mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres de todo ámbito y toda naturaleza (jurídicos y de políticas públicas de prevención y asistencias) para contrarrestar y erradicar el fenómeno de la violencia contra la mujer, con el fin de reivindicarlas dentro de la sociedad.



También, el instrumento internacional de cita entiende en su artículo 1 por violencia contra la mujer como [...] cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. También incluye la violencia de naturaleza física, sexual, psicológica (art. 2 idem) y patrimonial (art. 7., inc. d, idem).

Adicional a lo anterior, en instrumento internacional en análisis, en el artículo 8 inc. b), recomienda a los Estados ratificantes [...] modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer [...].

Finalmente, debe recalcarse que, como se adelantó, por primera vez, se menciona de manera expresa en la Convención de *Belém do Pará*, la obligación de los Estados ratificadores de adoptar medidas de carácter *preventivas/represivas/sancionatorias* para contrarrestar la violencia contra las mujeres.

2. Marco normativo en el ámbito nacional

Tal y como se mencionó líneas *supra*, con la ratificación de las convenciones internacionales referidas, el Estado costarricense adquirió una serie de obligaciones de diferente naturaleza tanto para proteger y/o acentuar los derechos y libertades de las mujeres, como para contrarrestar el flagelo de la violencia contra ellas, producto de los procesos de socialización vigentes.

Sin embargo, es importante insistir en que, cuando la normativa internacional mencionada, ratificada por Costa Rica, refiere la necesidad de crear medios y políticas apropiadas y encaminadas a prevenir, sancionar y erradicar cualquier tipo de violencia y discriminación contra la mujer, incluye la búsqueda de medios idóneos de diferente naturaleza, para atender integralmente dicha problemática, como pueden ser, por ejemplo, las políticas públicas y administrativas, encaminadas a la prevención, educación y atención de la violencia contra las mujeres.

No obstante, Costa Rica decidió atender los compromisos internacionales, no solo creando políticas públicas e institucionales para orientar la protección de los derechos de la mujer y la violencia de género, sino también, como un medio importante en esta lucha, optó, principalmente, por la promulgación de leyes tanto penales como administrativas, como la Ley de Violencia Doméstica y la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, las cuales se detallarán a continuación.

2.1. Ley contra la Violencia Doméstica

2.1.1. Objetivo y naturaleza

La Ley contra la Violencia Doméstica (en adelante LcVD) contempla, entre sus fines primordiales, la aplicación de medidas de protección necesarias para garantizar la vida, la integridad y la dignidad de las víctimas de la violencia doméstica. Enfoca particularmente la protección de víctimas de violencia en las relaciones de pareja o de abuso sexual intrafamiliar. Además, refiere que gozarán de protección especial las madres, las personas menores de edad, las personas adultas mayores y, en general, las personas que presenten alguna condición de discapacidad (art. 1, idem).

La finalidad mencionada va de la mano con las obligaciones que han sido asignadas al Estado a través de la Constitución Política (en adelante C. Pol.) en el artículo 51, como lo es, por ejemplo: "el deber de otorgar protección especial de la familia, la madre, el niño, el "anciano" y la persona con discapacidad" (S. Const., votos: 2007-13584, 2001-9676; TFSJ, votos: 617-2010, 2288-1999, 2007-17528 y 2007-13446).

Por tanto, interesa resaltar que, según la finalidad dispuesta en esta ley, se trata de un cuerpo normativo de carácter no penal, ni residual, es decir, su naturaleza es preventiva, no sancionatoria, ni constitutiva, ni declarativa de derechos (sobre este último aspecto ver TFSJ, voto 1158-2001).



En este sentido, la S.T. sostuvo en el voto n.º 0974-2002 que:

[...] la Ley contra la Violencia Doméstica no es materia penal, sino que se trata de asuntos propios del Derecho de Familia, de modo que bajo ningún supuesto aquélla podría constituir una ley penal y en ese sentido no podría ser catalogada como "más favorable" en relación con alguna ley que si sea penal [...].

En una línea semejante, se decantó el TFSJ en el voto n.º 0122-2004 cuando expresó que [...] es importante considerar que la Ley contra la Violencia Doméstica no ha despenalizado nada. Las contravenciones y delitos, por ejemplo, siguen vigentes, de forma que el trámite de protección no es residual o sustitutivo de dichos procedimientos [...].

En el mismo sentido, los tribunales de familia de nuestro país han resuelto, desde la promulgación de la Ley en mención, que dicho cuerpo normativo [...] tiene como fin primordial la protección necesaria para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia intrafamiliar. Se trata de un trámite cautelar, no declarativo ni constitutivo de derechos, por lo que no es esta vía donde pueda resolverse el problema de fondo [...]. (Voto n.º 1718-2001 del Tribunal de Familia de San José. Además, pueden consultarse, en el mismo sentido, los votos 1304-2002, 754-2003, 810-2004, 364-2007 y 588-2010).

Lo anterior no significa que la ley de comentario no tenga relevancia en la cuestión penal. Por el contrario, es de suma importancia que sea ampliamente conocida por parte de la persona defensora pública, en vista de que su aplicación sirve como antesala, en muchas ocasiones, de la apertura de un proceso penal. Esto puede suceder, por ejemplo, en los siguientes supuestos: a.- por el incumplimiento de las medidas de protección impuestas (art. 43 de la LPVcM); b.- por testimonios de piezas a la fiscalía, cuando en sede de violencia doméstica, se identifiquen eventos que pueden ser configurativos de un hecho delictivo (art. 18 de la LcVD), por último; c).- las definiciones de los tipos de violencia (física, psicológica, patrimonial y sexual) que contiene esta ley (art. 2) son útiles para integrarlas sistemáticamente en el contexto de la violencia contra las mujeres, cuando se trate, principalmente, de una imputación delictiva.

Es decir, el expediente que surja a raíz de un proceso de violencia doméstica puede implicar prueba a favor o en contra de la persona usuaria representada en un proceso penal. También, le puede ser útil a la persona defensora pública para entender, de mejor manera, las diversas dimensiones de la problemática que antecedió la apertura del proceso penal. Debido a su relevancia, este tópico será abordado más detalladamente en el Capítulo IV del presente texto.

2.1.2. Conceptos importantes para aplicar la Ley de Violencia Doméstica

En su artículo 2, esta ley otorga algunas definiciones de suma importancia para su entendimiento, aplicación e interpretación, entre ellas:

- Violencia doméstica: Es toda acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad (subsistirá aun cuando haya finalizado la relación que la originó) o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia, el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial.
- b) Violencia psicológica: Es la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.
- c) Violencia física: Es la acción u omisión que arriesga o daña la integridad corporal de una persona.
- d) Violencia sexual: Es la acción que obliga a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. También se considerará como tal, el hecho de que la persona agresora oblique a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.



- e) Violencia patrimonial: Se entiende como la acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas en el inciso a) del artículo 2 de la LcVD.
- f) Parentesco: Es la 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 aun cuando haya finalizado la relación que lo originó.

2.1.3. Tipos de medidas de protección

Por su parte, el artículo 3 de la LcVD dispone una serie de medidas de protección que se pueden imponer en un proceso de violencia doméstica. Estas medidas están dirigidas a proteger de manera integral los derechos de la persona solicitante.

Así, por ejemplo, se pueden fijar medidas de protección tendientes a detener la violencia de cualquier naturaleza; proteger los derechos de las personas menores de edad; suspender los derechos y las obligaciones relacionados con la patria potestad; imponer obligaciones y proteger derechos devenidos de la vida conyugal, así como ordenar el auxilio policial inmediato.

Es relevante mencionar que las medidas de protección han sido entendidas por la jurisprudencia nacional como un mecanismo jurídico, mediante el cual se protegen la vida, la dignidad y la integridad de las víctimas de agresión doméstica (TFSJ, res. 2004-0974).

2.1.4. Vigencia y consecuencias del incumplimiento

Las medidas tienen una vigencia inicial de un año, según los numerales 4 y 5 de la LcVD, sin perjuicio de que sean levantadas o modificadas por la autoridad correspondiente, ya sea de oficio o a petición de partes. Es importante señalar que, a pesar de que la ley no lo autoriza, en la práctica, suele prorrogarse en algunos asuntos por un tiempo mayor al referido. Esto sucede, generalmente, cuando la autoridad judicial considera que persiste la necesidad de mantener su vigencia o cuando la parte interesada lo solicita.

En caso de que el obligado incumpla con alguna de las órdenes impuestas, puede incurrir en el delito de incumplimiento de medidas de protección. Sobre este punto, es importante indicar que varios artículos de la LcVD fueron reformados mediante la Ley N.° 8925 (2011). Entre ellos, el numeral 3 especifica que, en caso de incumplimiento de una medida de protección, el delito que se podría cometer es el de incumplimiento de medidas de protección regulado del artículo 43 de la LPVcM y no el de desobediencia a la autoridad (art. 307 C. P.), como originariamente se establecía.

Cabe destacar que la reforma del artículo de comentario, tiene relevancia debido a que el cambio de tipo penal aplicable tiene implicaciones en la posible sanción a fijar, pues tratándose de un delito de incumplimiento de medidas, se pueden imponer algunas de las sanciones alternativas dispuestas en la LPVcM, lo que no es posible en caso de condena por el delito de desobediencia a la autoridad.

2.1.5. Procedimiento para la aplicación de medidas de protección

Por su parte, los numerales 6 al 17 de la LcVD regulan lo relativo al procedimiento para la solicitud, el otorgamiento y ejecución de las medidas de protección. Este procedimiento se caracteriza por su sumariedad, sencillez y pronta respuesta.

En relación con este extremo, jurisprudencialmente se ha determinado que este proceso se rige por los siguientes principios: protección (cautelar y temporal); intervención mínima y oportuna (requiere atención inmediata de la solicitud); sumariedad (no incumben declaraciones ni constituciones de derecho); oralidad (tanto en las peticiones de medidas como en las audiencias);



sencillez e informalidad (petición no debe exigir formalidades) y razonabilidad y proporcionalidad en la atención de la medida (Sala II, votos: 0035-1999 y 0072-1998).

En cuanto a este tema, en la resolución n.º 0049-2012, el TFSJ emitió una serie de requisitos que deberían considerarse para otorgar medidas de protección; entre ellos, la existencia de una relación de parentesco, una relación de naturaleza abusiva, verticalizada y de subordinación, dependencia emocional o económica y eventos que hagan pensar que se está en un ciclo de violencia doméstica.

Es importante indicar en esta línea que, de manera sostenida en el tiempo, desde hace más de dos décadas, los tribunales de familia costarricenses han venido consolidando una posición jurisprudencial clara y robusta, donde han tratado de determinar qué es lo que se debe entender como violencia intrafamiliar y/o violencia doméstica. Para tal efecto, han emitido una serie de elementos, además de los referidos en el párrafo anterior, tendientes a limitar tales conceptos. Algunos de ellos pueden visualizarse a continuación:

[...] es indispensable considerar que no toda discusión, enfrentamiento o reclamo puede ser considerado como constitutivo de violencia intrafamiliar. Para que exista agresión doméstica es necesaria la existencia de dependencia emocional y/o económica; la existencia de una relación verticalizada o de subordinación y, la relación de parentesco o familiaridad. En consecuencia, no por el hecho de que dos familiares discutan, puede pensarse que se trata de un asunto constitutivo de violencia doméstica. Para ello, deben ser analizados los anteriores elementos para así proceder a calificar el hecho como agresión doméstica. En este sentido, es importante considerar que la Ley contra la Violencia Doméstica no ha despenalizado nada. Las contravenciones y delitos por ejemplo, siguen vigentes, de forma que el trámite de protección no es residual o sustitutivo de dichos procedimientos [...]. (Así lo han sostenidos entre otros votos: 1718-2001; 1329-2002; 0364-2007; 0586-2009; 0490-2018; 0004-2019, todos del Tribunal de Familia de San José).

Sobre el punto en análisis, además se ha indicado que, aun cuando se esté ante un evento constitutivo de un conflicto de violencia intrafamiliar, eso no quiere indicar que deba ser necesariamente conocido mediante un proceso de solicitud de medidas de protección. (Tribunal de Familia de San José, voto n.º 1304-2002).

Se solicitarán las medidas de protección por escrito o de manera oral, sin mayor formalidad (arts. 8 y 9 de la LcVD) por quienes están legítimamente autorizados (art. 7 de la LcVD) ante los juzgados especializados en violencia doméstica o de familia. En los lugares donde estos no existan, podrá pedirse ante los juzgados mixtos o contravencionales, incluso, se prevé la posibilidad de que sean otorgadas en los juzgados penales, cuando exista imposibilidad de que aquellos las otorguen. No obstante, en este último caso, deberán inmediatamente remitirse los autos a las autoridades correspondientes. Se observa esta última necesidad pocas veces en la práctica.

Ahora bien, una vez llevada a cabo la solicitud mediante cualquiera de las formas indicadas, la autoridad competente deberá aplicar, de forma inmediata, las medidas de protección que considere pertinentes en el caso concreto, las cuales pueden ser diferentes a las solicitadas (pueden ser medidas típicas (las contenidas expresamente en la ley) o atípicas (las que la autoridad jurisdiccional considere necesario imponer; aunque no esté expresamente dispuesto en la norma) (art. 10 idem). Es importante destacar que esta resolución deberá ser notificada de manera personal al presunto agresor.

Es fundamental enfatizar que la resolución que impone inicialmente las medidas de protección no es impugnable (art. 10 de la LcVD) salvo en los siguientes supuestos: *cuando se hayan denegado las medidas o cuando, mediante una medida de protección, se haya impuesto una pensión alimentaria provisional*. Asimismo, merece recordar también que la resolución emitida en los términos del artículo 14 de la ley señalada sí tiene recurso de apelación; pero no en efecto suspensivo, según lo dispone el numeral 15 de la ley en análisis.

Además, se le pueden requerir a la persona que se estime agredida, exámenes médicos y/o psicológicos para valorar daños afines.



Puede celebrarse una audiencia para evacuar prueba y revalorar la imposición provisional de las medidas de protección impuestas en los siguientes casos: a.- cuando el presunto agresor lo solicite dentro de los cinco días siguientes a la notificación de las medidas de protección; b.- cuando la presunta víctima tenga antecedentes como persona agresora. Sin embargo, la solicitud o señalamiento de esta audiencia no suspenderá la ejecución de las medidas impuestas.

La prueba en esta sede se interpreta de conformidad con el principio de *in dubio pro agredido* según el artículo 13 de la LcVD (TFSJ, voto 0974-2004); es decir, se tramita bajo una lógica diversa a la carga de la prueba en la sede penal, pues, en este último caso, le corresponde a quien acusa. Sin embargo, se debe valorar conforme a las reglas de la sana crítica. Además, debe existir un impulso procesal probatorio de oficio por parte de la autoridad jurisdiccional (art. 14 de la LcVD).

En caso de que se celebre la audiencia referida, se resolverá de inmediato, si las medidas impuestas provisionalmente cesan, se modifican o se mantiene su ejecución.

llustrativamente, se visualiza el proceso de solicitud de medidas de protección de la siguiente manera:

PROCESO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA	
Solicitud de medidas de protección.	-
Resolución que ordena medidas de protección. No apelación solo si se ordenó pensión alimentaria, o si se deniegan medidas.	-
Notificaciones.	-
Solicitud de comparecencia (plazo de 5 días) para solicitarla por parte de persona agresora o si la víctima tiene antecedentes como persona presunta agresora.	-
Comparecencia – apreciaciones de prueba.	-
Resolución final (debidamente fundamentada que establezca si se mantienen medidas de protección, plazo).	-
Recurso de apelación (plazo de 3 días hábiles), no suspende las ejecuciones de las medidas de protección decretadas. Se presenta ante la instancia que dictó las medidas y resuelve tribunal de familia.	-
Seguimiento de las medidas de protección.	

Ilustración 1. Proceso de solicitud e imposición de medidas de protección Fuente: Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres. Defensa Pública (2018).

2.1.6. Etapa recursiva

La resolución adoptada tendrá recurso de apelación ante los tribunales de familia dentro de los tres días hábiles; sin embargo, no tendrá efecto suspensivo (arts. 15 y 16 LcVD).



2.1.7. Seguimiento en la ejecución de las medidas de protección

Las medidas de protección impuestas deberán ser supervisadas por las autoridades competentes mediante diversas formas, entre ellas: por medio de la comparecencia de las partes al despacho correspondiente; con la intervención del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial; la vigilancia de la policía de la Fuerza Pública o mediante cualquier otra instancia estatal requerida al efecto, las cuales rendirán informes periódicos acerca del cumplimiento de las medidas (art. 17 LcVD).

2.1.8. Competencias y obligaciones estatales y policiales en el tema de violencia doméstica

Las demás disposiciones contenidas en LcVD, en sus artículos 20 al 24, se encaminan a delimitar competencias y obligaciones tanto de la policía administrativa como del Estado costarricense en materia de violencia doméstica. Así, por ejemplo, principalmente, se le encomienda al cuerpo policial de cita (art. 20) intervenir de manera inmediata ante cualquier evento o noticia relacionada con sucesos de violencia doméstica, ya sea, socorriendo a las víctimas, deteniendo a las presuntas personas agresoras, recopilando prueba e, incluso, se le asigna el deber de servir como posibles testigos en sede judicial.

Por su parte, el numeral 21 de la ley en comentario designa como función al Estado, mediante el INAMU: vigilar el cumplimiento de la Convención de *Belém do Pará*, así como la rectoría de las políticas públicas para desarrollar programas de detección, atención, prevención e inserción laboral de las personas agredidas. Se le asigna también, como labor estatal, *articular tratamiento y rehabilitación a las personas agresoras*, *tomando en cuenta*, *entre otras condiciones*, su doble condición de víctimas y de agresoras.

2.1.9. Reflexiones respecto a las obligaciones estatales sobre el tema de la violencia contra las mujeres

Tal y como se adelantó líneas *supra*, históricamente, las políticas públicas costarricenses se han enfocado en un abordaje parcial y no integral de la problemática de la violencia doméstica y de género, ya que el foco de atención ha sido en las víctimas de este flagelo, desatendiendo el hecho de que aquellas conductas vienen precedidas por patrones socioculturales arraigados en la cotidianidad, los cuales deben ser modificados desde sus raíces, como por ejemplo, con la construcción de nuevas masculinidades, lo cual implica un trabajo arduo con el agresor.

Por la razón indicada, se considera que la forma en que el país ha afrontado la problemática en análisis no ha sido la mejor. Se requiere, en definitiva, contrarrestar el tema de la violencia contra las mujeres con una perspectiva integral, donde se comprenda que la mejor y más perdurable prevención de esta violencia se encuentra en el abordaje de la persona agresora, tal y como el artículo 8 de la Convención Belém do Pará lo dispone.

2.1.10. Relación entre LcVD y la Ley de Protección Integral para la Persona Adulta Mayor

Cabe destacar que, en el artículo 57, la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor (N.º 7935, 1999) dispone la posibilidad de utilizar el proceso de violencia doméstica, regulado en la LcVD, para prevenir la violencia física, psicológica, patrimonial o sexual en contra de esta población.

Finalmente, es importante recordar que, mediante la Ley N.° 7935, se crearon los tipos penales de agresión física (art. 58); agresión sexual (art. 59); agresión psicológica (art. 60) y explotación de las personas adultas mayores (art. 61), con el objetivo de proteger a la población adulta mayor de las violencias referidas en línea *supra*.

2.2. Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres

2.2.1 Fecha de promulgación, objetivo y estructura de la LPVcM

La LPVcM fue promulgada como resultado del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado costarricense cuando ratificó las Convenciones *CEDAW* y *Belém do Pará*, tal y como el artículo 1 lo advierte. Su objetivo primordial es el siguiente:



[...] proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no [...].

La LPVcM se divide en dos títulos y, estos a su vez, se dividen en capítulos. Además, contiene un total de 46 artículos, más un transitorio único que regula tanto aspectos de forma como de fondo.

El primer título hace referencia a la parte general de la ley, regulando aspectos en su primer capítulo sobre disposiciones generales (arts.1 al 8). Por su parte, el capítulo dos hace referencia a las clases de penas y sus definiciones.

El segundo título describe los delitos; este contiene siete capítulos que regulan sucesivamente lo siguiente: delitos relacionados con violencia física, violencia psicológica, violencia patrimonial, delitos de incumplimiento de deberes y, por último, se señalan algunas disposiciones generales.

2.2.2 Ámbito de aplicación de la LPVcM

En este cuerpo normativo, en los artículos 1 y 2, se hace alusión a un aspecto de suma importancia para la aplicación de esta ley, como lo es el ámbito de aplicación de la LPVcM.

El numeral 1 determina que la ley tiene como fin proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las diferentes formas de violencia contra las mujeres mayores de edad, específicamente "en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no".

Por otra parte, el numeral 2 indica que se aplicará esta ley cuando los delitos regulados en ella se han llevado a cabo contra: [...] una mujer mayor de edad en el contexto de una relación de matrimonio o en unión de hecho declarada o no. [...] 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.

Sin embargo, a pesar de la claridad de la ley, se observará en el capítulo II de este libro que su ámbito de aplicación es uno de los temas más discutidos y de mayor controversia, actualmente, en la jurisprudencia nacional.

2.2.3 Fuentes de interpretación de la LPVcM

Otros de los aspectos regulados en la ley están relacionados con sus fuentes de interpretación. Respecto a este punto, el numeral 3 dispone que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país que tengan un valor similar a la C. Pol. privarán sobre esta, en la medida en que otorguen mayores derechos y garantías a las personas. Además, se señala de forma expresa que las Convenciones CEDAW y Belém do Pará serán fuentes de interpretación por excelencia.

Al parecer, el artículo 3 de la LPVcM incorpora en su contenido la línea jurisprudencial de larga data de la S. Const., la cual ha referido que, cuando un instrumento internacional de derechos humanos otorgue mayores derechos y garantías que la propia Constitución, estos tomarán un rango superior a ella (S. Const., 0791-1991, 2313-1995).

2.2.4. Tipología delictual de los tipos penales contenidos en la LPVcM. Algunas reflexiones al respecto

Cabe resaltar que, en su artículo 4, la LPVcM les da la *categoría de delitos de acción pública a todos los tipos penales* aquí regulados, lo cual quiere indicar que la denuncia de la víctima no es necesaria para iniciar una investigación en este tipo de delitos, sino que cualquier tipo de *notitia criminis* es suficiente para que de oficio el Ministerio Público inicie la acción penal contra quien corresponda y pida cualquier acto conclusivo que considere legalmente procedente (arts. 1, 16 - 20 y 299 del C.P.P.).



A pesar de lo anterior, es importante tener en cuenta que, aun cuando estos delitos sean considerados de acción pública, el proceso penal que se inicie en razón de la aplicación de la Ley en análisis, debe apegarse al respeto de los derechos y las garantías que tienen las personas en un proceso penal. Dicho de otra manera, la naturaleza de la acción penal determinada en esta ley no puede dar la espalda, bajo ninguna circunstancia, al debido proceso.

En el mismo sentido, debe tomarse en cuenta además que, si bien es cierto, la ley da la posibilidad de iniciar o continuar el proceso penal de oficio por parte del ente fiscal o querellante, existen normas tanto de carácter internacional como nacional que abogan por darle un papel protagónico a la víctima, con el fin de que les respeten sus derechos, principalmente el de ser oída y de no ser revictimizada, verbi gratia:

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder (1985); las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad; las Guías de Santiago sobre la Protección de Víctimas y Testigos (2008); la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas (2012); además, las disposiciones de la normativa interna como el artículo 71 del Código Penal, y la referida en la Ley de Protección a Víctimas y Testigos (Ley 8720, 2009). Debe incluir también todas las disposiciones, recomendaciones emitidas por órganos creados en el Poder Judicial para tal fin, entre ellos: la Comisión de Acceso a la Justicia (2005) que se divide en al menos 10 subcomisiones, todas tendientes a proteger diferentes grupos vulnerables y evitar la revictimización.

Estos aspectos deberían ser recordados y alegados por parte de la persona defensora pública, cuando el Estado prioriza sus intereses de persecución penal, aun en contra de los intereses de la propia víctima, ya que, en un sistema político de corte democrático, no se puede instrumentalizar al ser humano, pues ello atentaría claramente en contra del principio de dignidad humana.

2.2.5. Obligación de las personas funcionarias públicas en torno a los delitos contenidos en el LPVcM

El numeral 5 de la LPVcM dispone la obligación de la persona funcionaria pública, de actuar con prontitud y eficacia bajo la pena, en caso de omisión, de incurrir en el delito de incumplimiento de deberes, cuando en virtud del ejercicio de sus funciones, se encuentre obligada a conocer situaciones de violencia contra las mujeres.

El artículo 6 de la Ley en mención está íntimamente ligado al artículo anterior, pues dispone una protección legal especial para estimular a la persona funcionaria pública que denuncie en cumpliendo de las disposiciones del numeral 5 de la LPVcM. Al respecto señala: No incurrirá en delito la persona que, en el ejercicio de una función pública, plantee la denuncia formal de alguno de los delitos de acción pública contenidos en esta Ley, aun si el denunciado no resulta condenado, excepto cuando se configuren los delitos de calumnia y denuncia calumniosa.

Los dos artículos anteriores deben, a su vez, concordarse con las regulaciones delictivas de los numerales 41 y 42 de la LPVcM.

2.2.6. Tipos de protección a las víctimas durante el proceso

En su artículo 7, la LPVcM dispone la posibilidad de que, desde el inicio del proceso penal surgido a raíz de la investigación de hechos delictivos contenidos en el cuerpo normativo citado, se pueden llevar a cabo las siguientes gestiones, tendientes a proteger a las víctimas:

- Solicitar las medidas de protección contempladas en la LcVD. a.
- b. Pedir cualquiera de las medidas cautelares previstas en el C.P.P.
- La posibilidad de que la autoridad jurisdiccional pueda ordenar a la persona imputada el uso de dispositivo electrónico sin perjuicio de enlazar con la víctima.

Cabe destacar que el numeral de cita fue reformado por el artículo 7 de la Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal (Ley 9271, 2014), pues antes disponía que "Para proteger a las víctimas, podrán solicitarse, desde el inicio de la





investigación judicial, las medidas de protección contempladas en la Ley contra la violencia doméstica, así como las medidas cautelares necesarias previstas en el Código Procesal Penal".

Las medidas dispuestas en el numeral 7 de cita deben concordarse con el catálogo de medidas cautelares no privativas de libertad reguladas en el artículo numeral 244 y siguientes del C.P.P. Este escenario obliga a la autoridad jurisdiccional a valorar la imposición de cualquier medida no privativa de libertad contemplada en las normas referidas, ante una solicitud de medida cautelar privativa de libertad de acuerdo con los principios que informan la materia de medidas cautelares, entre ellos excepcionalidad (art. 10 C.P.P.) y proporcionalidad.

2.2.7. Aspectos relacionados con la pena en la LPVcM

En los numerales 8 al 20, se reglamenta uno de los aspectos generales más importantes de la LPVcM: la regulación general de los arquetipos penológicos (agravantes, tipos de penas, el *quantum*, forma de interposición, revocatoria y ejecución) que se encuentran contenidos en sus diferentes tipos penales.

Sobre este extremo, es importante resaltar que la regulación de la sanción es un aspecto innovador de este cuerpo normativo, ya que, si bien es cierto, la comprobación de uno o varios hechos delictivos puede acarrear la imposición de una pena de cárcel, también se regula de manera paralela una serie de sanciones alternativas a la prisión.

Por su relevancia, este aspecto será desarrollado de manera más amplia en el capítulo IV de este texto.

2.2.8. Tipos penales de la LPVcM

Por su parte, en su título II, la LPVcM se aboca a describir los tipos penales y su consecuencia jurídica. Contiene un total de 18 tipos penales base, además de varias agravantes.

Cabe destacar que el análisis detallado de algunos aspectos sustantivos en torno a los delitos contenidos en la LPVcM será desarrollado, con mayor amplitud y particularidad, en el siguiente capítulo.



Capítulo II Apuntes de derecho penal sustantivo en torno a los delitos de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres

De seguido, se realizarán algunas reflexiones relacionadas con aspectos del derecho penal de fondo que rodean ciertos delitos de violencia contra las mujeres; entre otros, se profundizará en temas como: el ámbito de aplicación de la LPVcM; la tipicidad; análisis de la teoría de los errores enfocados en tipos penales de la Ley de Penalización, así como tópicos que tienen que ver con la unidad de acción y concursos.

Sección I. Ámbito de aplicación de la LPVcM

A pesar de que han trascurrido más de 13 años de la promulgación de la LPVcM (mayo, 2007) y de la claridad en la regulación sobre el ámbito de aplicación que se lleva a cabo en sus artículos 1 y 2, irónicamente, dicho extremo es quizás uno de los temas de mayor controversia que ha perdurado hasta la actualidad, pues a la fecha (mayo de 2020), todavía no existe acuerdo en la jurisprudencia nacional.

Por tal motivo, el ámbito de aplicación es uno de los aspectos que la persona defensora pública debe analizar con mayor amplitud y detenimiento, a la hora de ejercer la defensa técnica en un proceso penal que involucre la aplicación de la LPVcM, ya que de la labor argumentativa expresada al respecto, puede depender la aplicación de esta ley. Por tanto, la actualización constante sobre este extremo debe ser la regla.

Es preciso señalar que, al respecto, se identifican tres posiciones principales que han sido claramente determinadas en la jurisprudencia nacional:

1. Posición restrictiva

Sus bases se cimientan en la interpretación restrictiva de los numerales 1 y 2 de la LPVcM (sostenidas entre otros por el TCPSJ, en los votos: 2009-1218; 2009-1395; 2010-0879 y 2010-0997, así como por el TASPSJ en la resolución 2014-0084), pues entiende que se aplicará este cuerpo normativo, únicamente, cuando las conductas allí tipificadas como delitos se dirijan específicamente contra:

- a). Una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de matrimonio o en unión de hecho declarada o no.
- b). 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.

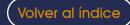
Respecto a este punto, en la práctica, existen dos supuestos que son objeto de controversias tratándose de la aplicación de la LPVcM:

- a.-) El primero tiene que ver con la finalización del vínculo de pareja.
- b.-) El segundo está relacionado con qué se debe entender –y qué debe ampara– el concepto de unión de hecho dispuesto en los numerales 1 y 2 de la LPVcM, pues la Ley de Penalización no lo determina.

Cabe destacar que ambos aspectos se encuentran relacionados con los elementos objetivos de carácter normativo, contenidos en la mayoría de los tipos penales regulados en la ley de comentario.

Respecto al primer supuesto que alude a la finalización del vínculo, la interpretación restrictiva entiende que, una vez disuelto el vínculo, no es posible aplicar la LPVcM, debido a que desaparece el elemento objetivo de carácter normativo requerido para su aplicación. Sobre este extremo, el TASPSR ha mencionado en la resolución 158-2013:





[...] debe precisarse que, en ese proceso particular de construcción del cuerpo normativo en estudio, la Asamblea Legislativa costarricense (a diferencia de lo acontecido en otras naciones) no contempló dentro de las condiciones de aplicabilidad de la ley de penalización aquellas formas de violencia de género suscitadas entre un hombre y una mujer en un momento posterior a la finalización de la unión de hecho. De este modo, existe un vacío legal al respecto que no puede ser suplido por la actividad jurisdiccional de los Tribunales en su pretensión de seguir alguna de las recomendaciones que hace Belém do Pará, porque eso implicaría una vulneración grosera del principio de legalidad penal y de reserva de ley [...].

Por su parte, esta postura resuelve el segundo punto de controversia, mediante la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico costarricense, de modo tal que, para determinar el contenido del término "unión de hecho declarada o no", acude al numeral 242 del Código de Familia, (en adelante C.F.), norma de igual jerarquía que la LPVcM, pero en materia de familia. Dicho artículo define la figura de la unión de hecho de la siguiente manera: 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 [...]. Dicho de otra manera, cualquier relación que no cumple con los requisitos ahí descritos queda excluida de la aplicación de la LPVcM².

En otras palabras, partiendo de la integración del artículo 242 del C.F., a la LPVcM, la posición restrictiva afirma que, tratándose de relaciones de unión de hecho, es necesario que se cumplan todos los requisitos ahí establecidos para que pueda aplicarse la Ley de Penalización.

Es preciso señalar que esta tesis parte de bases sólidas apoyadas no solo por la dogmática (verbigracia Bacigalupo, 1996, p. 33), sino también por la ley (art. 1 y 2 de la LPVcM; 2 del C.P.P; numerales 11, 28 y 39 de la C. Pol; art. 8 de la C.A.D.H) y las jurisprudenciales (por ejemplo TCPSJ, resolución 2009-1218) debido a que tienen relación con aspectos relacionados con el respeto del debido proceso (S. Const., voto 1739-1992) como con las garantías básicas de juzgamiento que son pilares fundamentales de un proceso penal de corte democrático, ya que cimientan su punto de vista desde el respeto de principios de legalidad (Chinchilla, 2010; Ferrajoli, 1995; ambos, 2009) y subprincipio: reserva de ley, tipicidad, prohibición de analogías in malam partem, culpabilidad, así como el principio de interpretación restrictiva, entre otros, en aras de obtener seguridad jurídica.

En este sentido, en la resolución 2013-00670, el TASPSR ha sostenido que:

[...] En torno al elemento o concepto normativo relativo al término "unión de hecho declarada o no", ya esta misma sección de este Tribunal de Apelación de Sentencia tuvo la oportunidad de pronunciarse y, aun cuando reconoce que existen criterios en los que se afirma que, a efectos de aplicar la Ley de Penalización contra la Violencia Doméstica, es posible remitirse a normativa internacional para extender el ámbito de penalización de la misma a cualquier tipo de relación de convivencia, se estima que ello no es factible hacerlo en la medida en que, tal posición, quebranta el principio de legalidad que rige en el derecho penal. Bajo esta tesitura, al ser el término "unión de hecho declarada o no" un concepto o elemento normativo, al momento de establecer su alcance o significado se debe remitir a lo que el ordenamiento jurídico costarricense ha dispuesto en el ámbito interno. De manera concreta se debe recurrir a lo que el Código de Familia ha definido expresamente sobre este tópico en el artículo 242 [...] De no concurrir alguno de los requisitos previstos, conforme lo señaló el legislador, no sería posible estimar que cualquier convivencia entre un hombre y una mujer resulta ser una unión de hecho [...].

Este criterio fue reiterado por parte del TASPC en la resolución 2016-655, cuando luego de compartir lo expuesto por el voto anterior, señaló:

[...] se insiste, estas últimas, no fueron contempladas por el legislador nacional, por lo que no pueden entenderse incluidas en la norma de comentario en virtud del principio de legalidad criminal. De igual

A propósito de este tema, cabe resaltar que, la Sala II, en el voto 2013-1225, y la S. Const., en el voto 2001-10162 - este último de carácter vinculante- han referido que debe entenderse la unión de hecho para todos los efectos, en los términos del artículo 242 del C.F.





forma, bajo ninguna perspectiva, lo anterior implica que se trata de conductas impunes, sino que, por el contrario, deben aplicarse las normas ordinarias, el Código Penal en toda su extensión [...].

El criterio en análisis, parte del concepto de unión de hecho que ha sido reconocido tanto por el C.F., como por la jurisprudencia de la Sala Constitucional que ha determinado desde la década de los noventa que:

[...] La familia de hecho es una fuente de "familia", entendida esta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales) [...]. (S. Const., votos n.º 1151-1994).

Sobre la cuestión en análisis, más recientemente, el TASPSJ emitió la resolución 2017-1483 donde acepta la existencia de un vacío legal en el tema. Sin embargo, se aparta del criterio extensivo que, al respecto la S.T. ha venido sosteniendo sobre el punto en análisis, refiriendo en defensa del criterio restrictivo:

[...] Esta cámara de apelación no comparte el antecedente citado (refiriéndose al voto de la S.T n° 992-2013 señalado en el siguiente acápite) y, por el contrario, considera que debe respetarse el principio de legalidad penal como parte integrante del debido proceso, y el principio de reserva legal como límite a la potestad punitiva estatal, garantías que deben prevalecer en todo sistema democrático de derecho [...] Sin embargo, tal vacío no puede ni debe ser llenado mediante interpretaciones extensivas que remiten a criterios inciertos para ampliar la aplicación de los tipos penales [...]. (La frase en cursiva no corresponde al texto original, fue introducida por el autor para efectos aclaratorios).

En línea semejante, el TASPC se pronunció en su resolución n.º 2017-0382, indicando que, para aplicar una ley, en un sistema democrático de derecho, en el que se respetan las garantías de los ciudadanos, esta debe ser, por razones de estricta legalidad, previa, cierta y escrita, características que no se cumplían en el caso concreto. Por tanto, determinó que existía una errónea adecuación típica, al haberse optado por la aplicación de la normativa especial (LPVcM), a pesar de que, para el momento de la ocurrencia de los hechos, *no existía entre las partes, relación de convivencia* (en igual sentido, TASPC, 179-2018).

Posteriormente, la resolución de comentario sigue afirmando que no puede aplicarse por vía jurisprudencial una ley especial para un supuesto de hecho que esa ley no contempla expresamente, aunque se incluya en un tratado internacional, pues implica una vulneración a la facultad constitucional en la formación de las leyes que, conforme al principio de reserva de ley y soberanía, el Poder Legislativo ha dispuesto.

En este sentido, el Tribunal de Apelación de cita entiende que la Convención *Belém do Pará* no exige expresamente a los Estados ratificadores la formulación de tipos penales específicos, ya que solo alude a la necesidad de que estos se comprometan a combatir la violencia de género, aun en los casos en los que la relación conyugal o marital no exista formalmente. No obstante, Costa Rica decidió no incluir por vía de ley penal todas las formas de relación de poder entre una mujer y su victimario, sino que se limitó a hacerlo en aquellos supuestos de hecho en el que exista una relación de matrimonio o de unión de hecho, declarada o no.

Sobre este aspecto, la S.T. había venido sosteniendo que la LPVcM debía aplicarse de manera extensiva; es decir, aún más allá de los supuestos contenidos en sus artículos 1 y 2 (por ejemplo, sostiene este criterio en las resoluciones 1393-2010; 2011-00214; 992-2013; 301-2015). Sin embargo, recientemente varió/unificó parcialmente este criterio en la resolución n.° 2019-00261, donde limita a algunos supuestos excepcionales la aplicación de esta normativa que trascienden a los regulados en los numerales mencionados, al referir en lo que interesa lo siguiente:



[...] Lo que supondría una variación en el criterio jurisprudencial, sería la extrapolación temporal en la que se debe entrar en un análisis caso por caso, tomando en consideración las características particulares de cada hecho delictivo acusado, en lo relativo a la circunstancia de ampliar el marco de regulación especial a relaciones de convivencia pasada. Por cuanto, dicho antecedente jurisprudencial establecía que: "[...] debe entenderse que la violencia contra las mujeres contempla también a aquellas relaciones recién iniciadas (o bien, puede trascender el marco estricto de la convivencia actual, cobijando incluso las situaciones de convivencia pasada) que den pie a esas acciones contra los derechos de aquellas [...]. (El resaltado corresponde al original).

En el caso que precedió la emisión de la resolución en análisis, se tuvo por acreditado que, si bien la ofendida mantuvo una relación de convivencia con el imputado, esta había finalizado aproximadamente un año y ocho meses antes de que acaecieran los hechos acusados. El espacio temporal sobre el cual gira la separación convivencial de las partes, se consideró que era un período de tiempo muy distante hasta el momento en que tienen lugar los hechos, como para aplicar de forma analógica la interpretación reseñada en los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala (alguno de ellos señalados *supra*) respecto al tema en cuestión.

El tribunal en mención consideró que realizar una interpretación ampliada en el caso concreto contravendría los principios de legalidad y de interpretación restrictiva recogidos en los numerales 1 y 2 del Código Penal. También agregó que realizar una interpretación de forma extensiva puede depender de las circunstancias referidas conllevaría una vulneración en perjuicio de los derechos del encartado, al aplicarle LPVcM bajo el argumento de que hace un año y ocho meses existió una relación de convivencia preexistente. Además, se tomó en cuenta, como aspecto relevante para variar parcialmente el criterio que se venía sosteniendo, que la víctima ya había contraído matrimonio con otra persona. En este sentido, se indicó en la resolución de cita:

[...] Se unifican parcialmente los criterios jurisprudenciales, en el entendido que se reconocen los alcances ampliados en aplicación del principio de control convencional, de la normativa expuesta en Convención de Belém do Pará, cuando se discuten casos atinentes a la violencia contra la mujer, la perseguibilidad penal y su vinculación con los tipos normativos contemplados en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, ampliando su marco normativo. No obstante lo que supondría una variación en el criterio jurisprudencial, sería la extrapolación temporal únicamente por existir una relación pasada, disponiéndose que se debe de entrar a analizar caso por caso y de acuerdo a las particularidades existentes en cada procedimiento penal, para así establecer la aplicación de la Ley especial, protegiéndose aquellas relaciones por una denuncia o medida de protección por violencia doméstica, y es en ese intermedio que se produce la acción delictiva en contra de la mujer [...].

Respecto al estudio de la resolución 2019-00261 de la S.T., es de interés el **voto parcialmente salvado de la magistrada Sandra Eugenia Zúñiga Morales**, donde en el punto de estudio, esta difiere de la posición de la mayoría y se decanta por compartir a sus anchas la posición restrictiva en los términos *supra* señalados, agregando una serie de argumentos que son de interés para defender dicha tesis, entre otros, los siguientes:

[...] «La expresión "unión de hecho" es un concepto normativo, cuyo contenido fue definido por el legislador en el Código de Familia, donde precisamente la convivencia de tres años constituye uno de los factores que condicionan su existencia; sin que optara por supeditar o limitar el uso de esta expresión a un ámbito específico, por ende, es un término que al igual que otros que se utilizan en penal (matrimonio, divorcio, posesión, etc.) aunque tengan por origen otras áreas del derecho, son de aplicación válida en lo penal [...]. En ese sentido, desde los principios generales del Derecho Penal, entre ellos, el de legalidad, el principio de intervención mínima o última ratio, así como el principio pro libertates y, en coherencia con el método sistemático de interpretación de la ley, mediante el cual la misma debe interpretarse atendiendo a su vinculación o conexión con la totalidad del ordenamiento jurídico, del que forma parte; si dentro del derecho interno ya el legislador estableció el concepto sobre un elemento normativo, salvo que el



nuevo instrumento legal prevea un concepto auténtico del mismo, o bien, un instrumento internacional de aplicación interna, aporte uno diverso, debe asumirse el ya existente. Desde esa perspectiva, mantengo el criterio que antes he defendido, aclarando la importancia y vinculación a lo dispuesto en instrumentos internacionales, así como el límite infranqueable a toda interpretación de un tipo penal: el principio de legalidad [...].

Es relevante indicar que, sobre el tema del ámbito de aplicación de la LPVcM, posterior a la resolución en análisis (2019-00261), en el año 2019, la Sala Tercera emitió otros pronunciamientos tanto a favor como en contra de la aplicación de la tesis restrictiva, de manera que se evidenció un claro desacuerdo en el seno del más alto tribunal penal costarricense sobre este asunto. Este desencuentro se muestra claramente en la forma en que se votaron finalmente dichos pronunciamientos, ya que ninguno logró una decisión unánime, por el contrario, en todos existieron pronunciamientos de minoría, independientemente de la decisión que se haya adoptado.

Entre las decisiones a favor de la aplicación de la posición restrictivas, se pueden señalar las siguientes:

El voto n° 2019-01184, en la decisión de mayoría (Magistrados Ramírez Quirós, Zúñiga Morales, Desanti Henderson) apunta que:

"[...] el numeral 2° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem Do Pará, Ley Nº 7499 de 2 de mayo de 1995), no contiene un concepto o definición de "unión de hecho", y más bien define otro panorama, la violencia contra la mujer. Disposición normativa, que pese a contar con mayor alcance en la tutela de las garantías y derechos de las mujeres ofendidas por violencia, entraña desde la óptica natural del principio de legalidad, una interpretación extensiva, que en la aplicación e interpretación del derecho, violenta propiamente normas y principios constitucionales, pues la norma penal debe interpretarse de manera restrictiva (precepto 2 Código Procesal Penal), acorde con los principios de legalidad, pro libertate y de interpretación constructiva, "según la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en armonía con los alcances y el mismo significado que tales derechos tienen en el ámbito internacional. De esa manera se garantiza una armonización entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la normativa interna de los derechos fundamentales. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, [...] se debe aplicar la norma más favorable a la persona en el caso concreto [...]". (Salvó el voto los magistrados interinos Jaime Robleto y Rafael Segura).

Asimismo, se emitió la resolución n° 2019-00749 (voto disidente de los jueces suplentes Rubén Alfaro y Jesús Alberto Ramírez Quirós), la cual refiere en la parte dispositiva que la LPVcM [...] es aplicable cuando los hechos se ejecuten en el contexto de una relación de matrimonio o unión de hecho, sea ésta última declarada o no, siempre y cuando dichas relaciones no hayan fenecido al momento de ejecutarse la acción [...].

Más recientemente, en el año 2020, la Sala Tercera integrada en esta ocasión por el pleno de las personas magistradas propietarias: Sandra Eugenia Zúñiga M., Patricia Solano C., Álvaro Burgos M., Jesús Alberto Ramírez Q., y Gerardo Rubén Alfaro (estos dos últimos salvaron el voto), en resolución n° 2020-00463, se decantaron en el voto de mayoría por la posición restrictiva, privilegiando los principios de legalidad, pro libertate, de interpretación restrictiva y el principio de unidad el ordenamiento jurídico, al determinar que, el elemento normativo de la "unión de hecho, declarada o no", del tipo penal de violación de una mujer del artículo 29 de la LPVcM, debe ser entendido en los términos regulados en el art. 242 del C.F. En este sentido expone el voto señalado que:

[...] La tesis que propone la existencia de un concepto jurídico de "unión de hecho" aplicable solo en Derecho Penal, desconoce que dicho concepto se encuentra ya definido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico (y no solo para efectos patrimoniales, como se ha intentado esbozar). Concretamente, el artículo 242 del Código de Familia establece los presupuestos para que se configure la unión de hecho [...] En



relación con dicha norma, la doctrina más autorizada ha señalado: "...Para que surta efectos jurídicos entre los convivientes, la unión debe ser pública y notoria, es decir, no puede estar oculta o escondida: la pareja debe hacer vida en común y presentarse así ante amigos, familiares y terceras personas. [...] Por lo tanto, en relación con el concepto de unión de hecho, no existe una laguna o concepto jurídico indeterminado que deba llenar el intérprete. De conformidad con el principio de unidad el ordenamiento jurídico, desarrollado por Norberto Bobbio, el operador del Derecho está obligado a eliminar las posibles antinomias cuando se encuentra resolviendo un supuesto concreto, así como integrar las lagunas existentes, con normas provenientes del mismo ordenamiento jurídico, sirviéndose para ello, de los principios cronológico, jerárquico, y de especialidad. Sin embargo en la situación que nos ocupa no existe una laguna normativa, y tampoco una antinomia [...].

El voto en mención señala a demás:

[...] Esta Sala, en su voto mayoritario, ha venido sosteniendo la prevalencia, en materia penal, de un criterio más amplio de unión de hecho, que el que recoge nuestro Código de Familia. Para ello, se ha indicado en diversos pronunciamientos, que la Convención Belém do Pará se encuentra por encima de dicha normativa, y por ello lo indicado en aquella, prevalece sobre la legislación nacional. No obstante, como ya se adelantó, existe un obstáculo esencial que hacen decaer tal línea de razonamiento: no existe, realmente, una antinomia entre la Convención Belém do Pará y el Código de Familia, en lo que toca al elemento normativo de interés. Ello es así, porque la mencionada Convención no posee una definición de unión de hecho [...] El principio de legalidad impide que se completen o redefinan, a través de la jurisprudencia, términos jurídicos concretos que ya se encuentran bien especificados en el mismo ordenamiento [...]. (El resaltado no corresponde al original).

Sin lugar a duda, el voto citado es sumamente relevante no solo porque se emite con la participación de la totalidad de las personas magistradas propietarias (lo cual sugiere que es una posición jurisprudencial que perdurará en el tiempo, otorgando de alguna manera seguridad jurídica), sino también porque, es un pronunciamiento que ordena y alinea los diferentes precedentes contradictorios respecto al ámbito de aplicación de la LPVcM en relación con el tema de la unión de hecho.

Finalmente es importante recalcar que la decisión contemplada en el pronunciamiento en análisis es es idóneo, ya que hace prevalecer uno de los más altos principios en que se basa un proceso penal liberal dentro de un Estado constitucional, democrático y de derecho como lo es el principio de legalidad. Con ello además, se le da coherencia y sistematicidad a la resolución adoptada.

2. Posición extensiva

La posición extensiva se contrapone abiertamente con la restrictiva, pues entiende que deben analizarse los artículos 1 y 2 de la LPVcM de conformidad –y en armonía– con las convenciones *CEDAW* y la *Belém do Pará*, derivando, especialmente esta posición del numeral 3 de la LPVcM que determina a estos instrumentos internacionales como una de sus fuentes de interpretación.

La línea jurisprudencial partidaria de dicha interpretación también funda su tesis en el artículo 2 de la Convención *Belém do Pará*, el cual prevé un concepto de violencia contra las mujeres más amplio que el estipulado en la LPVcM, al referir que:

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

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



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

Así, las personas partidarias de la interpretación extensiva han trasladado esta noción amplia de violencia contra las mujeres al ámbito de lo penal, para extender el ámbito de protección para las mujeres desde esta rama del derecho por medio de la LPVcM.

Consecuentemente, desde la interpretación en análisis, los criterios de exclusión del ámbito de aplicación de la LPVcM defendidos por la *interpretación restrictiva* como el hecho de que ya haya finalizado el vínculo de pareja y el que no se reúnan los presupuestos del concepto de unión de hecho dejan de tener vigencia. En otras palabras, si al momento de ejecución del hecho investigado, la relación de convivencia ya ha finalizado o es actual, pero no reúne los requisitos de unión de hecho, igualmente es de aplicación la ley de cita. (S.T., voto 2015-0301).

El TCPC fue uno de los primeros en aplicar la interpretación extensiva (en la res. n.º 2011-0037), determinando precisamente como obligatorio un análisis a la luz de los instrumentos internacionales, con la finalidad de hacer posible la aplicación de la LPVcM a las relaciones de pareja que hayan dejado de convivir bajo un mismo techo; pero que aún mantenían ciertos ligámenes.

Es importante destacar al respecto que la regulación contemplada por el artículo 242 del C.F., de acuerdo con este tipo de uniones, no es un obstáculo para poder arribar a la conclusión anterior, ya que, bajo la interpretación extensiva, se concibe que el requisito de temporalidad regulado en esta última normativa está encaminado a proteger derechos y obligaciones de carácter patrimoniales derivadas de la relación de pareja, no para efectos penales.

Sobre este tema, la S.T. indicó en el voto 0350-2013 que:

[...] el concepto que en esos ámbitos se pueda acotar sobre "unión de hecho" (refiriéndose al art. 242 del C.F) tiene una consistencia diferente a la propia del Derecho Penal [...] Esta puede ser útil y conducente cuando lo que está en controversia o comprometidos son intereses familiares, esencialmente patrimoniales. En efecto, si se lee esos numerales (sobre todo el 242), al definir la unión de hecho lo hace para establecer que tiene los efectos patrimoniales propios del matrimonio [...] De manera que no se puede sostener, válidamente, que es esa acepción la que le da contenido tanto al concepto de "unión de hecho" para regular tanto intereses patrimoniales tutelados por la ley de familia, como la que le da contenido a la que regula intereses públicos y primarios tutelados por la ley penal. [...] no se ve por cuál razón esa tutela calificada a bienes primarios y públicos (como es la que garantiza la ley penal), deba exigir una convivencia mayor a tres años o que ambas partes estén en condiciones legales de contraer matrimonio. Es comprensible que ello sea exigido con vista a la regulación de asuntos de índole patrimonial o familiar, pero no para defender la vida, la integridad física, la libertad de determinación, la buena fe en el manejo de los bienes o la dignidad de la mujer ligada en matrimonio o unión de hecho, declarada o no [...] Las diferencias entre ambos regímenes las marca justamente la situación particular en que se encuentran las susodichas mujeres, por lo que el Estado costarricense les ha otorgado una protección calificada [...]. (El resaltado en cursiva no es de la fuente original).

El mismo tribunal refirió en el voto de cita que aceptar la posición restrictiva, en el caso concreto, atentaba contra toda correcta comprensión de la racionalidad interna del sistema normativo y que, además, se oponía abiertamente a las obligaciones internacionales contraídas por Costa Rica en la Convención de *Belém do Pará* relacionadas, donde asumió el deber de tomar amplias medidas para erradicar las prácticas nocivas y arcaicas contra la mujer en el seno de la vida familiar. (Ver también S.T., voto 2010-1416). La S.T. agrega en el voto 0992-2013 que:



[...] los tipos penales contenidos en la LPVcM son de aplicación, no solo a aquellas situaciones de violencia que ocurren dentro de una relación matrimonial o unión de hecho (declarada o no) sino, además, a las agresiones contra mujeres acaecidas en una relación de pareja que haya dejado de cohabitar maritalmente, sea que el agresor comparta aún o haya compartido el domicilio; también en casos de agresiones que se dan dentro de la familia o unidad doméstica o bien, en cualquier otra relación interpersonal [...].

Sin embargo, tal y como se mencionó en el apartado anterior relativo a la interpretación restrictiva, en el año 2019, la S.T. trató de cambiar y unificar criterio, aunque en forma parcial, respecto a lo que había venido sosteniendo en pronunciamientos anteriores en defensa de la tesis extensiva (por ejemplo: 1393-2010; 2011-00214; 992-2013; 301-2015), mediante la resolución 2019-002641, delimitando la interpretación ampliada a algunos supuestos excepcionales, no previstos expresamente en el artículo 2 de la LPVcM. No obstante, luego emitió resoluciones (entre ellas: 000231– 2019, 2019-01080) donde se aplica nuevamente el criterio ampliado.

Por último, es importante acotar que, en contra de la aplicación ampliada de la LPVcM, específicamente contra la jurisprudencia de la S.T. que defiende esta interpretación, se presentó una acción de inconstitucionalida en el año 2018, dentro de expediente n.º 18-005838-0007-CO. No obstante, fue declarada sin lugar mediante la resolución 2019-0185 del tribunal constitucional por incumplir, según dicha cámara, con los requisitos de admisibilidad establecidos por la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la jurisprudencia constitucional. Dicho de otra manera, se rechazó por la forma, lo que impidió el análisis de los cuestionamientos de inconstitucionalidad que se llevaron a cabo por el fondo.

3. La posición ecléctica

La interpretación ecléctica, como su nombre lo advierte, toma una posición intermedia entre la extensiva y la restrictiva. Esta indica que, cuando se trata de parejas en unión de hecho, que es el aspecto en controversia, procede aplicar la LPVcM, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 242 del C.F., con excepción de la circunstancia de temporalidad.

Dicho de otro modo, para aplicar la LPVcM, debe verificarse que la unión de hecho declarada o no (entendida esta como un aspecto de carácter objetivo-normativo del tipo penal) cumpla con los requisitos de ser pública, notoria, única y estable, sin importar si se cumple el extremo de la temporalidad; es decir, con la convivencia mayor a tres años exigidos en el C. F.

Según esta tesis, el elemento de la exigencia temporal es irrelevante en sede penal, debido a que el reconocimiento de dicha unión en materia penal va encaminado a contrarrestar cualquier forma de violencia contra la mujer, no a proteger, únicamente, intereses de carácter familiar y patrimonial como sucede en materia de familia.

Por tanto, ante la ausencia de alguno de los otros elementos necesarios para la configuración de esta unión que sean diferentes al temporal, no puede aplicarse la LPVcM.

Como es fácilmente notable, esta interpretación comparte con la tesis extensiva el criterio de que no puede desaplicarse la ley de cita, si una relación de hecho no cumple con el tiempo de convivencia temporal prevista en el artículo 242 del C.F., dado que sería contrario a los objetivos contemplados en la normativa internacional y nacional existente sobre la violencia contra las mujeres.

No obstante, la interpretación ecléctica considera que no puede descartarse del todo el contenido del artículo 242 del C. F., en razón de los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica, debido a que todos son de esencial importancia en un modelo penal democrático liberal, ya que se trata de un presupuesto habilitante de la actividad punitiva del Estado, ejercida de manera especializada, argumentos que la interpretación extensiva no comparte.

Por tanto, desde esta vertiente, deben coexistir los siguientes componentes de una unión de hecho: estabilidad (excluye las relaciones esporádicas); publicidad (excluye las relaciones furtivas); cohabitación (excluye las relaciones superficiales) y singularidad (excluye la multiplicidad de parejas).



La interpretación en estudio sostiene, incluso, que estos requisitos han sido requeridos por la S.T. para que la aplicación de la normativa penal calificada tuviera lugar, por lo que, si se desconocen, devendría en proteger a través del derecho penal tipos de relaciones que el propio ordenamiento jurídico costarricense no reconoce.

La resolución n.º 0158-2013 del TASPG es la que inicialmente defendió la interpretación ecléctica (posteriormente es retomada en otros votos como: TASPSJ, res., 2016-0655, 2017-0382 y 2017-1483). Por su importancia, se transcribe *in extenso* en lo que interesa:

[...] la exigencia de que haya una unión de hecho sigue existiendo como requisito para la aplicabilidad de la ley de penalización, porque así está contemplado, explícitamente, en la propia letra de ley, en el artículo dos de repetida mención (se refiere al numeral 2 de la LPVcM). Como tal, dicho requerimiento pasa además a conformar un presupuesto normativo de aplicabilidad para de cada uno de los tipos penales que integran la referida ley; por lo que, vaciado de aquella exigencia de temporalidad para la unión de hecho, conviene preguntarse cuál es el contenido de significado que queda para ese concepto, contemplado en el artículo segundo de la ley de penalización tantas veces aludida. La delimitación conceptual de tan "poroso" concepto, es absolutamente obligatoria, en cumplimiento del principio de estricta legalidad y tipicidad del Derecho Penal, de esencial importancia en un modelo penal democrático liberal, ya que se trata de un presupuesto habilitante de la actividad punitiva del Estado, ejercida de manera especializada. De no delimitarse claramente el concepto, se afectaría la seguridad jurídica, la sistematicidad y la uniformidad en la aplicación de la ley y, consecuentemente, el principio de igualdad ante la ley, ya que cada juzgador de la República podría interpretar de distinta manera el concepto de unión de hecho, ampliando o restringiendo, antojadizamente, la aplicación de la ley de penalización de la violencia contra las mujeres, según la definición o significado que quiera proveer para el concepto de marras [...]. Excluido ese requisito, subsisten otros presupuestos que la propia jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte se ha encargado de fijar, al indicar que: "[...] en observancia de la citada convención [...] la Sala hace referencia a Belém do Pará] y de la lógica que preside a una regulación especializada como la que reprime la violencia contra la mujer, se imponía una interpretación más amplia de lo que se entiende por "unión de hecho" y su persistencia. Es más, ya muchos años antes de la entrada en vigencia de la ley 8589 (que es del año 2007), haciéndose eco de lo que la Convención había declarado en 1994 acerca de la unión de hecho, la Sala en el voto 286-1994 [...] había concluido que los componentes de una unión de hecho son la estabilidad (lo que excluye las relaciones esporádicas), la publicidad (lo que excluye las relaciones furtivas), la cohabitación (lo que excluye las relaciones superficiales) y la singularidad (lo que excluye la multiplicidad) [...] Nótese, debe reiterarse, que estos son los requerimientos para que tenga lugar la aplicación de la normativa penal calificada. [...]. (El resaltado es del original).

4. Argumentos para rebatir posiciones diversas a las restrictivas

Es de suma importancia que la persona defensora pública que litiga en procesos penales que involucran delitos contenidos en la LPVcM se cuestione desde el inicio de su intervención en la causa, si este cuerpo normativo es aplicable al caso concreto. También debe revisar integralmente todos los insumos, principalmente, jurisprudenciales expuestos *supra*, encaminados evidentemente a defender la tesis de la interpretación restrictiva, principalmente y, subsidiariamente, cuando sea necesario, la ecléctica, debido a que son las posiciones que, en mayor medida, protegen los derechos de la persona imputada, por contener una visión más garantista.

Inicialmente, se puede observar con meridiana claridad que la vertiente jurisprudencial que defiende la posición extensiva funda sus bases en el concepto amplio de violencia contra las mujeres, contemplado en el artículo 2 de la *Convención Belém do Pará*, lo cual implicaría entender, bajo un razonamiento lógico-sistemático, que no existe ninguna razón para excluir de esta tesis la violencia que surge en el contexto de la comunidad hacia una mujer producida por cualquier persona, debido a que este tipo de violencia forma parte de aquel concepto (*verbigratia*, bajo esta línea argumentativa, debería aplicarse la LPVcM a un homicidio *criminis causa* regulado 112, inc. 8 del C.P).



Lo anterior conllevaría al absurdo de extender la aplicación de la LPVcM y sus tipos penales, a todos los casos donde medie violencia comunitaria hacia una mujer, exigiendo únicamente como requisito que el sujeto pasivo de la acción sea una mujer, sin que interese, bajo esta tesitura, la relación entre el sujeto pasivo y el activo, conclusión que es contraria al principio de legalidad y tipicidad criminal.

Por esta razón, la defensa de las interpretaciones sugeridas de cara a la representación de la persona usuaria no es para nada caprichosa ni infundada. Por el contrario, se considera que la tesis restrictiva y la ecléctica son las que más se ajustan a los postulados de un proceso penal de corte liberal como el costarricense, pues hacen prevalecer el principio de legalidad (y sus subprincipios: reserva de ley, irretroactividad, prohibición de analogías, tipicidad y culpabilidad, entre otros) y el principio *pro homine*.

La ponderación de aquellos principios básicos de juzgamiento sobre interpretaciones extensivas como la referida, no solo implica llevar a cabo una defensa técnica desde el debido proceso penal, sino también ejercerla desde los derechos humanos dentro del contexto del modelo político de Estado constitucional, democrático y de derecho como lo es el costarricense.

Como se mencionó anteriormente, el principal fundamento de la tesis extensiva se basa en interpretar ampliamente los artículos 1 y 2 de la LPVcM, integrando la Convención *Belém do Pará* para que se incluyan supuestos que no están contenidos literalmente en la citada ley.

Sin embargo, esta interpretación extensiva desconoce una serie de derechos reconocidos en el derecho internacional mediante una serie de instrumentos internacionales que Costa Rica ha ratificado y que se encuentran vigentes a la fecha, como por ejemplo: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, numerales 7 (dispone el derecho a la libertad personal), 8, párrafo 2 (principio de culpabilidad) y 9 (principio de legalidad y de retroactividad), los cuales establecen como derechos derivados de la libertad personal las garantías judiciales básicas –como los principios arriba citados– que deben ser respetados por los Estados y, que además, deberían impregnar cualquier valoración jurisprudencial.

Dicho de otra manera, el Estado costarricense no puede desproteger garantías básicas del proceso penal que blindan a la persona administrada, a modo de contrapeso, del *ius puniendi* estatal, para perseguir la delincuencia apuntada, dado que se desnaturalizaría el objeto de aquellos principios y garantías contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos y el sistema jurídico interno, el cual no es otro que proteger a la ciudadanía de la arbitrariedad estatal.

La indicación de W. Hassemer resulta aplicable a la cuestión en análisis:

Sí el legislador –por el motivo que sea– no logra expresarse con la suficiente precisión como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea claro, coloca al Poder Judicial, y también al Ejecutivo, en el lugar que, conforme a la división de poderes, le está reservado a él. La división de poderes deja de funcionar, porque se confunde la separación de las respectivas funciones legítimas. Uno de los poderes ocupa el campo del otro, o lo que es peor: no se sabe con exactitud dónde están los límites [...] (2003, p. 16).

La mayoría de las garantías judiciales señaladas han sido desarrolladas ampliamente tanto por la Comisión Americana de Derechos Humanos (en adelante: la Comisión) como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o C.I.D.H.), formando parte, actualmente, del derecho internacional de los derechos humanos (Montero, Salazar, 2013, pp. 109-156). Esto implica que deben ser aplicados en el sistema penal costarricense por las autoridades jurisdiccionales mediante el control de convencionalidad (sobre el *Control de convencionalidad*, ver Brewer-Carias, 2012; Carmona, 2015, pp. 29-55).

Por ejemplo, en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, al referirse a la diferencia entre el tipo penal de terrorismo y el de traición a la patria o terrorismo agravado establecidos en la legislación peruana, la Comisión afirmó que:



[...] trata de tipos penales abiertos "que usan términos muy difusos", en contra de lo que preceptúan los sistemas penales modernos, esto es, términos rígidos que no permitan mayor interpretación. Tal situación viola el principio básico de derecho penal de tipicidad o determinación legal precisa del tipo penal [...] (párr. 113).

Además, la Comisión expresó en este mismo caso que:

[...] el principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1) de la garantía criminal, 2) de la garantía penal, 3) de la garantía jurisdiccional, 4) de la ejecución penal, 5) de irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable, 6) de prohibición de la analogía [...] (párr. 113).

Por su parte, en esta misma sentencia, la C.I.D.H. indicó lo siguiente:

[...] la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad [...] (párr. 121).

En el caso, García Astos y Ramírez Rojas vs. Perú, también la Corte reiteró el pronunciamiento anterior respecto al principio de legalidad y agregó que:

[...] corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico [...](párr. 190).

La Comisión en el caso anterior fue más allá y, con respecto a los errores de los tipos penales, puso entredicho que se podía subsanar por medio de interpretaciones judiciales:

[...] la interpretación del tipo penal del delito de terrorismo del Tribunal Constitucional peruano mediante su sentencia de 3 de enero de 2003 "no soluciona las graves deficiencias e imperfecciones que la definición del delito de terrorismo posee desde su creación y que persisten en la actualidad, al conservar su esencia represiva y mantener en peligro los derechos y garantías protegidos [...] (parra. 176.a). (Se recomienda ver en sentido semejante los siguientes casos: Fermín Ramírez, nota 166, párr. 90; De la Cruz Flores, supra nota 4, párr. 82; caso Kimel, párr. 63; y Ricardo Cannese, párr. 138).

Ahora bien, cabe recordar que, cuando el Estado ratificó las Convenciones *Belém do Para* y la *CEDAW*, se comprometió a crear medios para atender integralmente a las víctimas de violencia y, por supuesto, a luchar contra las diversas formas de violencia y discriminación contra las mujeres. De esta manera, no podría afirmarse que existe un incumplimiento con los compromisos adquiridos en aquellos instrumentos internacionales por parte de Costa Rica, porque no resguardó por medio de ley especial penal, pues ya existe una protección residual, de naturaleza represiva en otros tipos penales contemplados en el Código Penal y otras leyes especiales, donde bien pueden encuadrar casos que no sean aplicables por aspectos de legalidad la LPVcM.

En definitiva, desde este punto de vista, los argumentos sostenidos en la interpretación extensiva son insostenibles y fácilmente rebatibles.



Finalmente, también la persona defensora pública debe recordar a las autoridades correspondientes que la jurisprudencia emanada de la S.T. y de otros tribunales penales no es vinculante. Por tanto, no es de acatamiento obligatorio, es decir, pueden apartarse de esta línea jurisprudencial y adoptar otras posiciones o crear nuevas interpretaciones, pues el principio de independencia jurisdiccional no se agota en aquellos pronunciamientos.

Sección II. Reflexiones generalísimas sobre la tipicidad de los delitos de la LPVcM

A continuación, se presentan algunas anotaciones de carácter general en relación con algunos aspectos relativos a la tipicidad de los delitos contenidos en la LPVcM.

Desde su promulgación, la LPVcM fue blanco de críticas principalmente en torno a vulneraciones al principio de tipicidad y legalidad criminal en algunos de sus tipos penales, siendo incluso objeto de diferentes acciones de inconstitucionalidad (v. gr., n.º 15447-2008; 17681-2011 todas de la S. Const.). Algunas de estas generaron la inconstitucionalidad de algunos tipos penales y, posteriormente, la modificación legislativa de los artículos que regulaban diferentes delitos; entre ellos: maltrato (art. 22), ofensas a la dignidad (art. 25) y amenaza contra mujer (art. 27).

1. Particularidad del sujeto activo y pasivo: el hombre y la mujer respectivamente

La mayoría de los tipos penales contenidos en la LPVcM únicamente contemplan como sujeto activo **al hombre** que lleve a cabo algunas de las acciones descritas como delito en el cuerpo legal de cita, salvo las excepciones que se aluden en los párrafos siguientes.

Sin embargo, no es cualquier sujeto masculino, sino únicamente aquel que cumpla, además, con los supuestos contemplados en los numerales 1 y 2 del cuerpo normativo en análisis; es decir, que se encuentre en relación de matrimonio o de unión de hecho declarada o no con la víctima mayor de 15 años de edad. A su vez, estos aspectos configuran elementos esenciales de carácter normativo del tipo penal objetivo de cada delito que lo requiera. (Así, por ejemplo, el TCPC lo refiere en la resolución n.° 2011-0037).

Dicho de otra manera, la mujer mayor de quince años siempre ocupará la posición de sujeto pasivo, cuando se trate de un contexto de relación de pareja.

Lo apuntado obliga a la persona defensora pública a dirigir su mirada a la serie de anotaciones que se hacen en este texto respecto a las diferentes posiciones jurisprudenciales existentes a la fecha, en relación con el ámbito de aplicación de la LPVcM, las cuales están contempladas, principalmente, en la sección primera de este capítulo.

Cabe destacar que se exceptúan de la regla general del hombre como sujeto activo, los tipos penales contemplados en los numerales 41, 42 y 43, denominados respectivamente como: obstaculización del acceso a la justicia; incumplimiento de deberes agravados e incumplimiento de medidas de protección.

Estos delitos no requieren para su configuración la condición específica de *hombre*, sino que cualquier persona funcionaria pública (delitos funcionales), ya sea hombre o mujer, lo puede cometer, en el caso de los dos primeros; mientras que el tercero, al ser un *delito común*, cualquier persona lo puede cometer (ver párrafo último del artículo 3 de la LcVD).

La designación particular del sujeto activo que tiene esta ley obedece, principalmente, a que esta forma parte del conjunto de acciones afirmativas que el Estado costarricense se obligó internacionalmente con la ratificación de los instrumentos internacionales analizados líneas *supra* a llevar a cabo para contrarrestar la violencia contra las mujeres.



2. Son tipos dolosos

Todos los delitos contemplados en la LPVcM son dolosos, y se descarta entonces la existencia de las modalidades culposa y preterintencionada.

3. Son tipos penales especiales

La LPVcM es una ley especial que otorga protección específica a bienes jurídicos donde su titular es una mujer, salvo las excepciones referidas. Por esta razón, en caso de concurso aparente, debe privilegiarse la aplicación de esta ley, salvo que el mismo cuerpo normativo indique lo contrario (a modo de ejemplo, artículo 34 *idem*), según los términos del artículo 23 del C.P. (Sobre este tema ver S.T., voto 0713-2009).

4. Se aplican las reglas generales del Código Penal

Si bien la LPVcM regula en su contenido una serie de tipos penales, con variedad de bienes jurídicos (vida, integridad física, psicológica, patrimonial, integridad sexual, libertad individual, dignidad, privacidad, entre otros), en sus disposiciones finales, en el artículo 44, específicamente, dispone que se aplicarán las reglas generales del Código Penal.

Dicho de otra manera, la persona defensora pública debe abordar todo el contenido general del C.P., a la hora de analizar los elementos sustantivos de los tipos penales contemplados en la Ley de Penalización. Esto implica que todos los aspectos legales, jurisprudenciales y doctrinales correspondientes al derecho penal de fondo (teoría del delito) deben ser valorados de manera integral con los aspectos particulares que la ley especial en análisis contiene.

5. Circunstancias agravantes de los tipos penales contemplados en la LPVcM

En el numeral 8 de la LPVcM, se regulan de forma general, las circunstancias agravantes de los delitos descritos en este cuerpo normativo (con excepción del delito de femicidio), siempre y cuando no sean elementos constitutivos del tipo y estén vigentes al momento de perpetrarse el hecho. Por tanto, se trata de un delito agravado si se ejecuta:

- a) Contra una mujer que presente una discapacidad sensorial, física o mental, total o parcial, temporal o permanente.
- b) Contra una mujer mayor de sesenta y cinco años de edad.
- c) Contra una mujer en estado de embarazo o durante los tres meses posteriores al parto.
- d) En presencia de los hijos o las hijas menores de edad de la víctima o del autor del delito.
- e) Con el concurso de otras personas, con fuerza sobre las cosas o mediante el uso de armas.
- f) Con alevosía o ensañamiento.
- g) Por precio, recompensa, promesa remuneratoria o ventaja de cualquier otra naturaleza.
- h) Con el uso de un alto grado de conocimiento científico, profesional o tecnológico del autor en la comisión del delito.
- i) Con el uso de animales.

La consecuencia jurídica de la existencia de las agravantes (que son elementos accesorios al verbo típico) se refleja en el reproche, pues la ley impone la obligación a la persona juzgadora de aumentar la pena impuesta hasta en un tercio, cuando concurran una o varias circunstancias agravantes.

6. Elementos normativos del tipo penal que permean la mayoría de los delitos de la LPVcM

Los supuestos contemplados en los numerales 1 y 2 de la LPVcM, ya sea la existencia de una relación de matrimonio o de unión de hecho declarada o no entre sujeto activo y pasivo y que este sea una mujer mayor de 15 años de edad, no solo otorgan los parámetros para determinar el ámbito de aplicación de este cuerpo legal, sino también son elementos esenciales de carácter normativo del tipo objetivo sin el cual no puede existir configuración típica (con la excepciones referidas supra,



contempladas en los numerales 41, 42 y 43 del cuerpo normativo de cita). Así, por ejemplo, el TCPC lo refiere en la resolución n.° 2011-0037; y el TASPG, en la resolución 0158-2013, entre otras.

Sección III. Aplicación de la teoría de los errores en los delitos de la LPVcM

Existen algunos institutos de naturaleza sustantiva que, con mayor frecuencia, se aplican en los procesos de penalización de violencia contra las mujeres. Uno de ellos es la teoría del error que comprende el error de tipo (y el error de tipo psíquicamente condicionado); el error de prohibición (engloba: error sobre circunstancias justificantes y error sobre las circunstancias excluyentes de la culpabilidad). (Sobre este tema, ver entre otros, Roxin, 2013, p.195).

Por la razón dicha, el tema de la teoría de los errores merece especial atención por parte de la persona defensora pública, en el contexto de la tramitación de un proceso penal derivado de la aplicación de la LPVcM.

No obstante, es importante aclarar que, en materia de penalización de la violencia contra las mujeres, no existe ninguna particularidad respecto al contenido teórico que clásicamente se le ha dado desde la teoría del delito al tópico de los errores. Sin embargo, desde el ámbito jurisprudencial, se han emitido algunos pronunciamientos en torno a la aplicación de esta figura en procesos de penalización de violencia contra las mujeres, especialmente en casos relacionados con delitos de incumplimiento de medidas de protección y/o desobediencia que, por su importancia, merecen ser mencionados.

1. Precedentes jurisprudenciales sobre la figura del error en materia de penalización de violencia contra las mujeres

Tal y como se señaló líneas *supra*, a pesar de que el contenido de la teoría de los errores no sufre modificación cuando se aplica a la materia de penalización, es relevante resaltar que su utilización en el contexto de estos procesos no ha sido del todo pacífica en la jurisprudencia nacional.

Particularmente, la discusión respecto a estos tópicos ha gravitado alrededor de los siguientes cuestionamientos: ¿es posible aplicar la teoría del error de tipo o de prohibición en delitos de incumplimiento de medida de protección y/o desobediencia? Si es posible, ¿qué tipo de error debe aplicarse?

Estas reflexiones, principalmente, se han suscitado con el surgimiento de supuestos de hecho como los siguientes:

- a. Cuando, a partir de acciones o manifestaciones desplegadas por la parte beneficiaria de las medidas de protección, el sujeto obligado a cumplir las medidas entiende de manera equivocada que la primera otorga permiso expreso o tácito para realizar algunos actos que precisamente tenía prohibidos –como por ejemplo, acercarse a algunos lugares, por invitación de la persona solicitante de medida– en virtud de que la persona obligada entiende (generalmente por desconocimiento en derecho) que la orden ya no existe o que fue levantada o dejada sin efecto, lo cual la hace incurrir en un incumplimiento parcial o total de las órdenes emitidas por la autoridad competente.
- b. También, suele darse ante situaciones donde la notificación de las medidas de protección es irregular.

Respecto a este tema, la jurisprudencia nacional ha tenido diferentes posiciones, algunas de estas opuestas entre sí, las cuales se enuncian de seguido.

1.1 Acepta la posibilidad de aplicar el error de prohibición

En este sentido, existen resoluciones de la S.T., como, por ejemplo, los votos: 2013-0543 y 2013-0924 (este último emitido en materia penal juvenil) que dejan entrever la posibilidad de que se puede aplicar el error de prohibición en los casos en análisis. También, existen pronunciamientos en el mismo sentido por parte de los tribunales de apelación de sentencia penal, *verbi gratia*, el TASPSR en la resolución 0250-2014, la cual sostuvo expresamente que:



[...] La jueza absolvió al encartado en virtud de las siguientes razones: "Ciertamente, como el Ministerio Público lo estableció, la jurisprudencia ha indicado que la orden solo puede ser revocada por una autoridad, por lo que también ha dicho la jurisprudencia que el consentimiento de quien solicito las medidas para que se incumplan las mismas no configura una causa de justificación y no configura una causa de justificación del consentimiento del derecho habiente. Sin embargo la misma jurisprudencia establece que para tener por demostrado un error de prohibición debe acreditarse que el imputado creía falsamente que la conducta que realizaba estaba amparada a una causa de justificación o que no estaba penada, en este sentido vemos que el día de hoy el imputado, a pesar de los consejos de la defensa, decide declarar y expone de manera clara que, ciertamente él bajo una llamada que le hace una hermana, indicando que es de parte de su madre, que le invitan a comer a la casa y que por eso él procede a ir a la casa de su madre [...]. Ciertamente existe lo que la defensa establece como error de prohibición, que la persona erróneamente cree que no está cometiendo o que está amparada a un permiso, y en este caso así lo ha establecido el imputado y no se ha logrado demostrar con la prueba que se recabó que no fuera así [...].

1.2. Descarta la posibilidad de aplicar un error de prohibición

Por su parte, existen posiciones donde se desecha la posibilidad de que, en los supuestos de hecho planteados inicialmente, puede existir un error de prohibición. Esta línea jurisprudencial ha sido sostenida por el TCPSJ, votos: 2011-0010, 2011-456; TCPC, votos: 2008-0101, 2008-0369, 2009-0402, 2009-0350 y 2010-0273; y S.T., voto 0760-2011, entre otros.

1.3. La que se decanta por aplicar el error de tipo

La línea jurisprudencial que se inclina por aplicar el error de tipo ha sido reproducida principalmente por los tribunales de apelación de sentencia, como una salida a algunas posiciones sostenidas por la S.T. que determina que no es posible aplicar el error de prohibición en los supuestos en análisis. Sin embargo, algunos tribunales de la sede de apelación de sentencia son del criterio de que sí puede aplicarse el error de tipo, en tanto las acciones que el sujeto pasivo despliegue haga incurrir al agente en un error sobre los componentes que conforman el tipo penal. Así lo han sostenido, por ejemplo, el TASPC en la resolución 0125-2014 y el TASPSJ, mediante las resoluciones 2013-0288 y 2017-0131. Esta última afirma que:

[...] sería posible que este actuara bajo un error de tipo vencible, conforme al artículo 34 del Código Penal, que excluiría la tipicidad dolosa de la conducta y por ende el delito (que es doloso), por lo que concluye el tribunal de juicio que se debe absolver al imputado de toda pena y responsabilidad. Considera esta cámara que no se aprecia error de razonamiento alguno que invalide las conclusiones del tribunal de mérito sobre los hechos y que ante esa situación el principio in dubio pro reo ha sido correctamente aplicado. En necesario agregar que en materia de medidas de protección, aunque es cierto que la persona ofendida no tiene autoridad para revocar o dejar sin efecto una resolución judicial de medidas de protección dispuestas en su favor, sí es posible admitir que lo que esta persona diga o haga, eventualmente pueda ser que induzca en error al destinatario de la orden judicial, de manera que el consentimiento de la víctima para que el imputado ingrese a la vivienda no es que justifique su conducta, sino que eventualmente podría determinar un error sobre el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal, que excluyera el dolo requerido para la configuración del delito, como acertadamente se consideró en el presente caso, dadas las circunstancias anteriormente descritas, descartando la configuración del delito acusado, por lo que tampoco se aprecia error en cuanto a la aplicación de la ley sustantiva [...].

1.4. Posición ecléctica. Valorar las particularidades de cada caso para determinar el error aplicable

Esta tesis jurisprudencial opta por el criterio de valorar cada caso concreto, con el fin de determinar qué tipo de error puede ser aplicado. Así, por ejemplo, lo han dispuesto el S.T., voto 2015-0883; el TASPSJ en las resoluciones 2014-0336 y 2015-0810. Esta última dispuso en lo que interesa:



[...] si la parte afectada, a espaldas de la autoridad jurisdiccional, negocia con el sujeto a quien se le impusieron medidas y le permite que desobedezca algunas de las medidas (que, como el tema del ingreso al domicilio sí son disponibles; a diferencia de las agresiones físicas o psicológicas), ello incide, necesariamente, en el tema de los errores. El imputado, que no sabe nada de derecho, no tiene por qué conocer que solo la autoridad pública o jurisdiccional puede dejar sin efecto algunas de esas medidas (como el ingreso al domicilio de la víctima pues, en cuanto a la violencia física o psicológica, al tutelar bienes indisponibles, no podría ser negociado ni por la propia víctima), sino que es razonable que un lego piense que, de la misma manera que se inició un proceso puede cesar: a partir de la voluntad de la denunciante y que si ésta le permite el acceso al espacio en que habita, puede estimar que no hay delito. En tal supuesto existiría un error referente al alcance de la vigencia de las medidas, pues el sujeto puede creer que basta la voluntad de la ofendida para dejarlas sin efecto o vigencia (elemento normativo del tipo). Solo desde esa perspectiva se ha aludido al error de tipo en estos casos, pero aclarando que, si el encartado sabe que las medidas están vigentes, pero cree, erróneamente, que está amparado a una causa de justificación (consentimiento del derechohabiente) existirá un error de prohibición indirecto [...].

2. Error de tipo

2.1. Fundamento legal

Se encuentra regulado en el artículo 34 del C.P. Al respecto es importante aclarar que, en dicho cuerpo normativo, se le denomina como **error de hecho** (concepción causalista, Dall'Anese, 2002, p. 26). Empero, a la fecha, esta nomenclatura se encuentra en desuso, y su apelativo actual es **error de tipo** (S.T., voto 0695-2007).

2.2. Concepto y consecuencia

El error de tipo es aquel que ocurre en el estrato de la tipicidad de la teoría del delito. Se produce debido a que el autor desconoce total o parcialmente los elementos objetivos (descriptivo, normativo y otros) que componen un determinado tipo penal, repercutiendo en el entendimiento de la tipicidad del hecho, excluyendo el dolo, cuando el error es invencible; en caso de que sea vencible, subsiste la tipicidad en su modalidad culposa, si la hay.

El autor Zaffaroni lo define como "el que afecta el aspecto cognoscitivo del dolo; es decir, que no puede haber finalidad típica porque el agente desconoce lo que hace" (2015, p. 65). Por su parte, Roxin afirma que este error se da "cuando el autor se equivoca sobre una circunstancia que sea necesaria para completar el tipo penal".

Es importante recordar que, en la doctrina, se conocen varios errores de tipo, clasificados según el elemento típico en que recaiga el yerro, *verbigracia*: error sobre la acción (error *in objecto vel in persona*); error sobre la relación causal; error en el golpe (*aberratio ictus*); *dolus generalis*; error sobre la agravante o atenuante; y error sobre otros elementos subjetivos del tipo de injusto, entre otros (Muñoz, 2010, pp. 61-62). Zaffaroni agrega *el error de tipo psíquicamente condicionado* (2015, p. 66), el cual, por su relevancia en la materia de penalización, se abordará en un acápite separado.

La jurisprudencia nacional ha definido el error de tipo como aquel donde:

[...] el individuo supone equívocamente, la ausencia de configuración de uno de los elementos descriptivos del tipo penal. La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que para que se dé un error de tipo se requiere de esa falsa representación de parte del sujeto actuante, quien de manera errónea cree que su conducta no es configurativa de delito. [...] el artículo 34 del Código Penal consigna, solamente, problemas de tipicidad, de manera que quien se encuentre en un supuesto de error de tipo, en realidad actúa sin dolo, por lo que si su error es vencible se le castigaría por la conducta culposa si ésta se encuentra descrita paralelamente a la tipicidad dolos [...] (S.T., voto 0446-F-1992. Sobre el mismo tema, ver voto 0695-2007 del mismo tribunal).



Se agrega en el voto de cita que:

[...] en los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y al no haber ese querer no hay dolo y por ende la conducta es atípica [...] el error de tipo (aquél que recae sobre los elementos del tipo objetivo) puede ser de hecho o de derecho [...].

2.3. La visión jurisprudencial sobre el error de tipo en materia de penalización de violencia contra las mujeres

Como se mencionó anteriormente, gran parte de la jurisprudencia nacional, desde hace algunos años, se ha decantado por aceptar que, en casos de delitos de incumplimiento de medidas de protección (art. 43 de la LPVcM) o del delito de desobediencia a la autoridad (art. 307 del C.P.), puede aplicarse, en algunos casos, *verbi gratia*, en los supuestos de hecho mencionado líneas arriba, el error de tipo.

Es posible que esta línea jurisprudencial surgiera como resultado de una revaloración –modo de un verdadero ejercicio de contraargumentación producto del diálogo entre tribunales– de posiciones ante la tesis que algunos tribunales penales superiores han venido sosteniendo históricamente (S.T., y el otrora tribunal de casación penal) por lo que no es posible aplicar el error de prohibición en casos como los indicados.

Al parecer, algunos tribunales de apelación de sentencia se percataron de que, en los **supuestos de hecho**, mencionados *supra*, subyacían los elementos para la configuración del error de tipo. Por tanto, observaron la posibilidad de aplicar este instituto, en los casos en que una persona incumplía las órdenes emitidas por una autoridad competente, cuando se inducía a un **error en la apreciación de los elementos configurativos de la orden**, a modo de ejemplo: la vigencia de lo ordenado.

Cabe destacar que, si bien esta línea jurisprudencial acepta que el delito de incumplimiento de medida y el de desobediencia son pluriofensivos, debido a que no solo afectan a la autoridad pública, sino también y de forma prioritaria, a la persona solicitante de las medidas, concluye que "nada impide para que, si la parte afectada, a espaldas de la autoridad jurisdiccional, negocia con el sujeto activo –las medidas que le son disponibles– permitiéndole directa o indirectamente que desobedezca una o varias de ella, como por ejemplo: la entrada al domicilio, pueda incurrir en un error de tipo". (TASPSJ, res., 2014-0336). Así se dispuso, por ejemplo, en la resolución 2013-0288 del TASPSJ:

[...] El imputado, que no sabe nada de derecho, no tiene por qué saber que solo la autoridad pública o jurisdiccional puede dejar sin efecto algunas de esas medidas (como el ingreso al domicilio de la víctima pues, en cuanto a la violencia física o psicológica del otro asunto, al tutelar bienes indisponibles, no podría ser negociado ni por la propia víctima) sino que es razonable que un lego piense que, de la misma manera que se inició un proceso puede cesar: a partir de la voluntad de la denunciante y que si ésta le permite el acceso al espacio en que habita, puede estimar que no hay delito [...] En tal supuesto existiría un error de tipo, referente al alcance de la vigencia de las medidas pues el sujeto puede creer que basta la voluntad de la ofendida para dejarlas sin efecto ni vigencia (elemento normativo del tipo).

En un sentido semejante, el TASPC refirió en la resolución 0125-2014:

[...] Es indiscutible, y no fue un aspecto controvertido en este caso, que el imputado conocía la existencia de las medidas; sin embargo, no es admisible la indicación presuntiva del Ministerio Público no solo de que se le haya leído el contenido de la resolución ante la existencia de protocolos a nivel policial, sino también de que una condenatoria previa excluía el error, ya que ninguna de esas situaciones implicaría necesariamente que él tuviera que conocer cuál era el procedimiento judicial dispuesto ante el evidente desinterés de R. para que se dejaran sin efecto las medidas. Consecuentemente, el acusado sabía que pesaba sobre él una orden que le impedía aproximarse a doña R., a lo que se suma que aun admitiendo su conocimiento de que la decisión judicial solo podía ser modificadas o suprimidas por un juez, es esta



última situación la que se le hizo creer, lo que hace admisible el reconocimiento del error de tipo, y no simplemente que la víctima había decidido que volviera, independientemente de la vigencia de las medidas que se le habían otorgado [...].

Finalmente, es importante indicar que esta es la línea jurisprudencial, por la que actualmente se está decantando gran parte de los tribunales de apelación.

3. Error de prohibición

3.1. Fundamento legal

Se regula en el artículo 35 del C.P. Cabe resaltar que aquí se le denomina error de derecho (propio de la concepción causalista. Al respecto ver Dall'Anese, 2002, p. 26). No obstante, debe acotarse que, en la actualidad, esta nomenclatura se encuentra en desuso, pues en el presente se le conoce como error de prohibición (S.T., voto 0695-2007).

3.2. Concepto y consecuencia

El autor Roxin refiere que el error de prohibición ocurre "cuando el autor, al conocer todas las circunstancias que contempla en su totalidad el tipo legal, no extrae sin embargo de ellas la conclusión referida a una prohibición legal sino cree que su conducta está permitida" (2013, p. 195).

Para Muñoz Conde, el error de prohibición surge no solo cuando el sujeto activo considera que actúa lícitamente, sino también en los casos que ni siquiera se plantea la ilicitud de sus acciones. Por tanto, este error puede recaer en la norma prohibida o en la errónea suposición que actúa amparado en una causa de justificación. Al primer caso se le denomina error de prohibición directo y al segundo caso se le designa error de prohibición indirecto (2010, p.146).

Por su parte, la S.T. ha definido el error de prohibición como aquel que:

[...] supone una defectuosa interpretación del hecho o de la norma en sí misma, lo que lleva al sujeto activo a creer falsamente que en la especie se dan las circunstancias que justificarían su conducta típica, es decir, que existe una autorización del ordenamiento jurídico para realizar la acción prevista por el tipo penal (error de prohibición indirecto), o que el hecho que realiza no está sujeto a pena, en cuyo caso el error no recae sobre las circunstancias sino sobre la prohibición misma (error de prohibición directo) [...]. (Voto 0446-F-1992).

En la misma resolución de cita, se indica que "un error de prohibición puede provenir de un falso conocimiento o ignorancia del hecho que genera una situación que creemos justificada o sobre la norma que prohíbe la conducta".

Este error puede ser vencible o invencible. La diferencia entre ambos yerros no es nominal; por el contrario, cada uno de ellos tiene repercusiones relevantes en los extremos de la culpabilidad y de la pena, pues, en caso de que sea invencible, se da la exclusión de la culpabilidad y, por ende, la absolutoria. Por su parte, si es vencible, puede atenuar la pena.

3.3. Visión jurisprudencial sobre el error de prohibición en materia de penalización de violencia contra las mujeres

Como se adelantó líneas *supra*, en la actualidad, la mayoría de la jurisprudencia, especialmente la S.T., en ocasiones, ha desaplicado el error de prohibición en cualquiera de sus modalidades, en los delitos de incumplimiento de medidas de protección y/o desobediencia, principalmente, cuando se deriva de un contexto de violencia intrafamiliar y violencia contra la mujer.



Para no asentir su aplicación en los supuestos de hecho mencionados, los principales argumentos invocados por la línea jurisprudencial en análisis son los siguientes:

- a) En procesos de violencia doméstica, el consentimiento tácito o expreso de la víctima no elimina el deber de cumplimiento de la orden judicial, pues la persona particular no cuenta con la potestad de derogar la decisión judicial (TCPC, res., 0183-2008 y 0273-2010; TCPSJ, res., 0010-2011, 0456-2011; TASPSJ, 1563-2014; S.T., voto 0543-2013).
- b) El consentimiento de la víctima no excluye de forma alguna la comisión del delito, ya que no elimina el deber de cumplimiento de la orden judicial, en tanto no constituye una causa de justificación, pues el bien jurídico tutelado también comprende, además de la protección de la integridad física y moral de las víctimas, la autoridad pública, cuyas órdenes son indisponibles para los particulares (S.T., votos: 0760-2011 y 2013-0924; TCPSJ, voto 2011-0456).
 - Sobre este punto, se afirma que el respeto a lo ordenado por la autoridad pública dentro del ejercicio legítimo de sus funciones implica un aseguramiento del Estado de derecho y su normal funcionamiento, razón por la cual, no es de recibo que la víctima pueda enervar lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional (TCPSJ, voto 2011-0010).
- c) Aceptar el consentimiento de la víctima o los permisos otorgados al sujeto activo para incumplir las órdenes jurisdiccionales impuestas, en casos de violencia doméstica, sería desconocer la naturaleza propia de este tipo de conflictos que se caracterizan: [...] por una gran vulnerabilidad y dependencia psicológica y patrimonial de la víctima con respecto al agresor, lo que hace que haya episodios de perdón, y reconciliación, muchas veces motivados en el mismo temor que se le tiene al agresor, unas por una dependencia psicológica de la víctima, y otras por cuestiones meramente patrimoniales [...]. (TCPC, voto 2010-0273). Desde esta perspectiva, la jurisprudencia en análisis sostiene que aceptar la aplicación de este error implicaría permitir que el ciclo de violencia doméstica se perpetúe (TCPSJ, voto 2011-0456).
- d) En cuanto a la figura del consentimiento del derecho habiente como causa de justificación, la jurisprudencia mayoritariamente ha resuelto que, en los delitos de desobediencia e incumplimiento de medidas de protección, es técnica y jurídicamente insostenible que, en estos casos, opere la causa de justificación en análisis (el art. 26 del C.P.), dado que no solo la víctima es la titular del bien jurídico protegido en estos tipos penales, pues, también, está de por medio, la autoridad pública, la cual también se vería lesionada. (TASPC, res., 2013-0013).

Así, por ejemplo, en el voto 0568-2012 del TASPSJ, se determinó al respecto que:

[...] En el caso de las órdenes judiciales de protección, claramente, el bien jurídico que las respalda no es un bien jurídico en cabeza de la ofendida, que ni siquiera es realmente ofendida en el sentido normativo, sino tan solo la titular de una serie de medidas de seguridad que le han sido acordadas, para evitar que su compañero o esposo la pueda agredir, perturbar, insultar o de cualquier manera afectar en su tranquilidad. Es decir, que el bien jurídico del que se está hablando no es de aquellos sobre los que es dable prestar consentimiento por parte del derechohabiente, pues el destinatario de la norma tan solo puede actuar en su contexto [...].

Empero, de forma opuesta, en el voto 2013-0924 de la S.T., se asintió la existencia de un error de prohibición en caso de un incumplimiento de medida de protección por parte de una persona menor de edad (al efecto también S.T., voto 2013-0543).

En sentido semejante, el TASPSR aceptó esta posibilidad de manera expresa en la resolución 0250-2014, cuando afirmó que era posible valorar la existencia de un error de prohibición, en un caso donde el imputado creyó que su conducta estaba amparada a una causa de justificación, al aceptar la invitación de la ofendida para ir a comer a la casa de ella, a pesar de que tenía la prohibición de visitar el domicilio. (Ver en una línea similar: TASPC, resolución 2013-0013).



Asimismo, en el voto 2015-0883, la S.T. determinó que:

[...] no es posible sostener que en todos los casos existe una única solución idéntica [...] Es claro entonces, que para tener por acreditado un error de prohibición, debe acreditarse que el acusado creía falsamente que la conducta estaba amparada a una causa de justificación, o bien que no estaba sujeta a sanción [...].

Se puede concluir que las altas cámaras de lo penal no han tenido, precisamente, las posiciones más definidas al respecto, ya que por un lado dejan entrever que sí puede existir la posibilidad de aplicar dicho error en los supuestos en estudio y, por otro lado, han indicado que no.

4. Error de tipo psíquicamente condicionado

4.1. Reflexiones iniciales en torno a la importancia de un análisis escalonado de la teoría del delito, en el caso de alteraciones mentales

Parte importante de las personas usuarias que la Defensa Pública atiende es la población con discapacidad cognitiva o que presenta alteraciones psíquicas permanentes o transitorias.

Generalmente, cuando se está ante una persona con alteraciones mentales, en la memoria estructurada del jurista –de la persona abogada en general– únicamente se visualiza una solo vía: formalizar el proceso especial para imponer medidas de seguridad, cuando un abordaje correcto del caso implica analizar tal condición en cada uno de los estratos de la teoría del delito, valorados en el orden que tal figura establece, es decir, iniciando desde la acción y pasando por el nivel de la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y, finalmente, por la punibilidad.

Dicho de otro modo, cuando una persona sospechosa de haber cometido un hecho delictivo tiene alguna condición mental particular, no se debe trasladar de manera automática el análisis de esta situación al nivel de la culpabilidad. Como sujetos de derecho y en condición especial de vulnerabilidad, dichos individuos deben tener acceso a todas las garantías judiciales que conlleva un juicio justo, dentro de ellas: el análisis de los supuestos de hecho, su autoría y participación, así como la debida aplicación de todo el contenido de la teoría del delito (función de garantía) y el ejercicio del derecho de defensa, dado que no son personas ciudadanas de segunda categoría.

Así el TASPS lo reseña de forma clara en la resolución 2014-0213 donde afirma que:

[...] Nuestro Ordenamiento Jurídico no ha pretendido que las personas que posean alguna condición de discapacidad mental sean tratadas de forma más perjudicial a cómo lo serían quienes posean plenamente todas sus facultades, lo cual es un derivado obvio del respeto a la dignidad humana y del principio de igualdad ante la ley, propio de un estado respetuoso de los derechos humanos [...].

4.2. Concepto de error de tipo psíquicamente condicionado

El error de tipo psíquicamente condicionado recae sobre los elementos objetivos del tipo penal y se produce por anomalías, alteraciones o una incapacidad psíquica permanente o pasajera (Molina, 2008).

Al respecto Zaffaroni sostiene que:

[...] el error de tipo puede estar síquicamente condicionado, o sea, responder a una incapacidad psíquica permanente o pasajera, como consecuencia de una perturbación de la conciencia debida a trastornos de la sensopercepción, alucinaciones e ilusiones. Se trata de otro nivel de incapacidad psíquica del delito que no debe confundirse con la incapacidad de inimputabilidad o la involuntabilidad [...] (2015, p. 66).



4.3. Error de tipo psíquicamente condicionado en la jurisprudencia relativa a los delitos de la LPVcM

El tema del error de tipo psíquicamente condicionado, aunque de manera muy exigua, ha sido abordado, dichosamente, por la jurisprudencia. Una de las primeras exponentes fue la jueza Rosaura Chinchilla C., quien ha introducido el tema en el contexto nacional, mediante resoluciones de gran contenido crítico y novedoso.

Por ejemplo, el voto n.º 2014-0213 del TASPSJ redactado por Chinchilla Calderón determinó la configuración de un error de tipo psíquicamente condicionado, debido a que el imputado sufría de psicosis, desorden mental y severos problemas de memoria a corto plazo que afectaron la tipicidad del delito de desobediencia a la autoridad, pues a raíz de esta condición, el agente desconoció la configuración del tipo penal³.

La resolución de cita define el error de tipo psíquicamente condicionado de la siguiente manera:

[...] que se produce cuando la enfermedad mental del sujeto le impide ver la realidad, generalmente producto de psicosis (el sujeto activo cree, a título ejemplificativo, que está cortando un árbol cuando, producto de la psicosis que padece, lo que él cree que es un árbol es un ser humano a quien hace pedazos con su hacha, privándole de la vida) [...]. Por otro lado, hay **error de tipo** cuando "el elemento cognitivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura [...] y esto puede ser así tanto porque el sujeto no conoce los elementos objetivos del tipo, los ignora, como porque se encuentre en imposibilidad de conocerlos, lo que surgir de enfermedades mentales [...].

Es claro entonces que parte de la jurisprudencia nacional ha entendido con gran atino que la existencia de inimputabilidad o imputabilidad disminuida **no solo afecta la capacidad de culpabilidad**, debido a que existen algunos supuestos de enfermedad mental que pueden incidir en estratos previos de la teoría del delito, siempre y cuando provoquen distorsión en la percepción de la realidad o la capacidad de conocer y querer (elementos del dolo).

Esto obliga a un examen escalonado de todas las etapas de la teoría del delito para valorar, conforme a la ley, si es factible la configuración del injusto penal, pues solo así, se podría imponer una medida de seguridad.

Esta posición se considera acorde a los principios que deben integrar un Estado democrático de derecho, respetuoso de la dignidad humana y del principio de igualdad de todas las personas.

4.4. La relevancia del error de tipo psíquicamente condicionado en los delitos de incumplimiento de medida de protección. El momento de la notificación de la orden judicial

Además de lo apuntado, en los procesos penales donde existan personas investigadas en condición de discapacidad cognitiva o con alteraciones mentales permanentes o transitorias, debe ponerse especial atención al acto de la notificación.

Esto debe ser así, ya que, si el problema mental estaba presente al momento de la notificación de las órdenes emanadas por la autoridad, puede incidir tanto en la acción (que supone su voluntariedad y esta, a su vez, un mínimo de actividad mental), como en la tipicidad tanto objetiva como la subjetiva. Desde esta perspectiva, no está de más recordar que resulta elemental que el sujeto que es notificado tenga la capacidad no solo de entender las medidas de protección al momento en que estas son leídas y explicadas, sino también de poder almacenar/memorizar este conocimiento, con el objetivo de que el sujeto obligado pueda actualizar su entendimiento mientras perdure el plazo de las medidas impuestas.

Todo lo dicho respecto al delito de incumplimiento de medidas de protección es aplicable también por compartir elementos objetivos; es decir, parte de supuestos comunes, desde que este es un delito especial que desplaza a aquel.





Sección IV. Unidad de acción y concursos

Este es un tema de especial atención para la persona defensora pública, pues en no pocas ocasiones se aplica de forma incorrecta, en detrimento de los intereses de las personas encartadas. Constantemente, se observan tanto imputaciones como calificaciones jurídicas abultadas que son, a su vez, admitidas, sin mayor análisis, en los fallos judiciales, causando grandes y graves arbitrariedades en los derechos de la persona imputada.

En relación con este tema, el TASPSJ tiene razón cuando en su resolución n.º 1317-2014 determina que, lamentablemente, en la mayoría de asuntos que atañen a la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, los operadores jurídicos se limitan a hacer encuadres jurídicos, pero sin ir más allá respecto al análisis de temas relacionados con la unidad de acción y concursos de delitos.

En consecuencia, la persona defensora pública debe prestar mayor y especial atención a la hora del análisis de esta temática. (Sobre concursos y unidad de acción se recomiendan: Chinchilla Calderón, 2010 y Chinchilla Rojas, 2010).

1. Algunos motivos de la aplicación deficiente de estos institutos

1.1. Escaso y/o confuso desarrollo dogmático

Unos de los aspectos que provoca que la aplicación de estos institutos no sea tan precisa tiene que ver con la poca importancia que se le ha dado por parte de la dogmática penal –especialmente nacional– a estos temas, lo cual ha conllevado a que la discusión e investigación sobre estos extremos sean mínimas, incluso, la existente es en no pocos casos confusa (Chinchilla, 2010, pp. 177-178).

1.2. Falta de acuerdo por parte de la jurisprudencia nacional

La jurisprudencia nacional no es pacífica en estos tópicos. Los altos tribunales penales costarricenses no se han puesto de acuerdo en la aplicación e interpretación que se les debería dar a estos extremos, a pesar de la añejo de la discusión (S.T., voto 0719-F-1996; TCPSJ, res. 0558-2007, 0651-2007; TASPSJ, res., 2012-0278, 1317-2014). Incluso, algunos pronunciamientos existentes sobre esta materia han sido confusos, especialmente, los de la S.T. (como muestra respecto a este último punto, se pueden mencionar los votos: 465-F-94, 101-F-95, 1192-98 del tribunal en cuestión).

En lo que respecta a este asunto, el TASPSJ señala atinadamente en la resolución 1317-2014, redactada con profunda criticidad por la jueza Rosaura Chinchilla:

[...] En el Derecho Penal costarricense, desafortunadamente, poco se ha teorizado, tanto en doctrina como en jurisprudencia, sobre el tema concursal. Por ello, los criterios para distinguir un solo hecho, de varios de relevancia penal, suelen ser casi que intuitivos y, no pocas veces, caprichosos y contradictorios entre distintos supuestos, que habrían de ser tratados con el mismo rasero. Desde esa perspectiva, no sólo el Derecho Penal pierde sistematicidad sino que, además, los principios interpretativos acordes con el Principio de Legalidad y el Estado de Derecho, ceden terreno y posibilitan que se superen los límites al poder punitivo del Estado, que es lo a que, en última instancia, tiende esta disciplina [...].

1.3. Poco interés y/o desconocimiento por parte de los operadores jurídicos

La conjugación del desinterés y el poco conocimiento en estos temas por parte de profesionales de la Judicatura, la Defensa y la Fiscalía son otros de los aspectos que provocan graves errores en el entendimiento y la aplicación técnica de estos institutos.



1.4. Aspectos criminológicos y legales relativos a la materia de penalización

Desde el punto de vista criminológico, los hechos que se tramitan en sede de penalización de violencia contra las mujeres suelen tener algunas particularidades, entre ellas: se presentan reiteradas acciones naturales en un corto tiempo y espacio (esto pasa frecuentemente con el delito de incumplimiento de medidas de protección, por ejemplo.). A lo anterior, hay que aunarle que algunos de los tipos penales regulados en la LPVcM protegen una diversidad de bienes jurídicos que provocan, en algunos casos, confusiones en las personas que administran justicia.

En este sentido, en la resolución 1317-2014, el TASPSJ sostuvo con razón que:

[...] lamentablemente nuestros operadores jurídicos no hacen, frecuentemente, análisis sobre la materia concursal en general y, por el relativamente poco tiempo que tiene de estar en vigencia la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, esta materia no es la excepción. Antes bien, últimamente suele ser común observar que se suele usar el recurso fácil de aludir a tantos delitos (concurso material) como encajes típicos se den. Si a eso se agrega que la referida normativa se caracteriza por tener tipos penales extremadamente amplios, pues utilizó elementos normativos que destacan por su apertura y porosidad, se concluye que, en estos supuestos, se suelen dar extralimitaciones en el uso del poder punitivo [...].

2. Aspectos esenciales que se deben valorar en el tema de la unidad de acción y concursos

Es importante que la persona defensora pública se detenga, como mínimo, a analizar lo referente a la unidad o pluralidad de acciones desde el punto de vista jurídico penal, ya que ello es indispensable para la determinación de la tipología concursal y delictual, además, esencial para determinar la cantidad de delitos. Dicho de otro modo, el análisis sobre la existencia de unidad o pluralidad de acción es elemental para establecer los siguientes aspectos:

- 2.1. Si hay un delito: implica la existencia de una unidad de acción con una unidad de infracción jurídica.
- 2.2. Si hay concurso aparente: involucra unidad de acción con pluralidad de infracciones jurídicas que se excluyen entre sí.
- 2.3. Si hay concurso ideal: implica, unidad de acción con pluralidad de infracciones jurídicas que no se excluyen entre sí.
- 2.4. Si hay concurso material: pluralidad de acciones con pluralidad de infracciones jurídicas.

Para determinar y diferenciar estos escenarios, es relevante tomar como premisa inicial que, para hablar de unidad de acción, al menos desde un sentido jurídico-penal, la acción no necesariamente debe asemejarse a una acción en sentido natural, sino debe analizarse desde un punto de vista ontológico-normativo (Chinchilla, 2010, p. 183).

[...] Es determinante recordar que el concepto ontológico-normativo (jurídico-penal de acción) no centra su atención únicamente en los movimientos corporales, sino en dos factores: el fin voluntario de la acción (unidad de plan común y de resolución: factor final), y el enjuiciamiento normativo social jurídico, contenido en el tipo penal que se trate [...]. (TCPSJ, res. 0558-2007, 0738-2007).

Sobre este tópico, el otrora TCPSJ sostuvo al respecto en la resolución n.º 0558-2007:

- [...] Por ende, para determinar si hay un delito o varios, no basta atenerse a la cantidad de acciones naturales que desempeñe el sujeto activo, sino que hay que tener en cuenta otros factores, entre los que se encuentran (sin carácter taxativo):
- a)- la voluntad final concreta del agente, es decir, su plan;
- b)- la cercanía o conexión tempo-espacial de los hechos;
- c)- el enjuiciamiento jurídico-social (concepción natural de la vida más valoración jurídica);
- d)- la homogeneidad del bien jurídico atacado;
- e)- la unidad del sujeto pasivo [...].



El actual TASPSJ ha sostenido un criterio semejante al anterior con algunas variaciones, en las resoluciones 2012-0278, 2012-1392 y 2014-0997. En esta última, indica:

[...] los criterios que deben ponderarse para determinar si se está frente a una sola acción en sentido jurídico, a saber: a)- la voluntad final concreta del agente, es decir, su plan; b)- la cercanía o conexión tempo-espacial de los hechos; c)- el enjuiciamiento jurídico-social (concepción natural de la vida más valoración jurídica); d)- la homogeneidad del bien jurídico atacado; e)- la unidad del sujeto pasivo y del objeto material sobre el que recae la acción y f)- la verificación del iter criminis, para determinar si hay una fase ejecutiva común entre los distintos segmentos de acción. La presencia de algunos de esos criterios (vgr. los tres primeros), con ausencia de los restantes, no hace surgir, necesariamente, una pluralidad de acciones, pues aún restaría verificar si, siendo una sola acción, habrá pluralidad de infracciones jurídicas que se excluyan entre si (concurso aparente) o no (concurso ideal). Debe recordarse que si se dan todos los elementos y hay bienes jurídicos homogéneos (vgr. vida) pero personalísimos, este solo factor, aunque mantiene la unidad de acción, excluye el concurso aparente y permite afirmar la existencia de un concurso ideal, desde que los bienes jurídicos de esta naturaleza, porque las personas no son fungibles o intercambiables, sino que cada una tiene una dignidad que la hace única, hacen que cada lesión sea catalogada como un delito. Eso, salvo que, por la descripción típica, todo el disvalor de una conducta esté contenida en otra, por existir duplicidad de elementos [...]. (El resaltado corresponde al original)

Es decir, partiendo de lo referido en el fallo anterior,

[...] si la fase ejecutiva de los diversos momentos es totalmente idéntica, no ha de caber duda alguna que se trata de una sola acción, que no excluye que, afectados diversos bienes jurídicos personalísimos pudiera afirmarse que el concurso sea ideal (con las salvedades que se dirán respecto a hechos -previos, concomitantes o posteriores- impunes cuyo disvalor ya está contenido en otra norma). Si esa fase de ejecución es parcial puede llegar a hacerse la misma afirmación, si se ponderan los restantes elementos mencionados [...]. (TASPSJ, res., 2014-0997).

3. Determinación de la tipología concursal en la aplicación de la LPVcM en la jurisprudencia

Junto con el análisis de la unidad de acción en los términos indicados, es esencial que la persona defensora pública examine de manera exhaustiva, el tema concursal, con el fin de determinar, si en el caso concreto, es aplicable dicha doctrina y, si lo es, se debe establecer qué tipo de concurso procede.

Esto es importante, debido a que del análisis correcto de este asunto puede depender la imposición de una pena conforme a derecho o, en su defecto, una sanción ilegal y arbitraria por rebasar, por ejemplo, el principio de culpabilidad y proporcionalidad.

Además, es oportuno señalar que la jurisprudencia nacional se ha ocupado, aunque de manera escasa y superficial –y en ocasiones de manera confusa– de analizar la aplicación de los concursos tratándose de la LPVcM.

En relación con este tópico, la jurisprudencia ha reflexionado sobre la posibilidad de que, en caso de aplicación de la ley de penalización, concurra el **concurso ideal o aparente**, con previo análisis de la unidad de acción, tal y como se observará de seguido.

3.1. Delito de sustracción y daño patrimonial:

En la resolución 2014-1317, el TASPSJ, aplicando las reglas de la unidad de acción, determinó que había un concurso aparente y, en consecuencia, un solo delito de sustracción patrimonial. Esto sucedió en un caso donde se había condenado a la persona



por un robo agravado (luego fue recalificado por el mismo tribunal de alzada a sustracción patrimonial) y daño patrimonial. Al respecto, por su relevancia, se señala in extenso, en lo que interesa, lo dispuesto por el tribunal de cita:

[...] hay una fase ejecutiva común para los ilícitos de daños y sustracción patrimonial pues, en este asunto, el encartado rompió el portón e ingresó para llevarse los bienes suyos, que habían sido depositados, judicialmente, en manos de la ofendida. Esa ruptura del candado era un acto ejecutivo necesario, según el plan de autor, para el segundo momento de apoderamiento. Además, hubo cercanía o conexión tempoespacial de los hechos, que se sucedieron sin solución de continuidad; la ofendida y titular del bien jurídico era una sola y el enjuiciamiento jurídico-social del evento es unitario (en la vida común las personas aluden a que "no hizo lo que el juez le prohibió" y también hubo homogeneidad de bienes jurídicos (la posesión de los bienes susceptibles de ser gananciales). Entonces, cabe aludir a una sola acción. Esa sola acción [...] ¿conforma un concurso ideal o aparente? En criterio de esta Cámara se trata de un concurso aparente. [...] Dentro de los principios que componen el concurso aparente está el de la subsidiariedad tácita y, como parte de éste, se recogen las reglas dogmáticas del delito de pasaje, que puede comprender la forma de un hecho previo, concomitante o posterior impune. En lo que, ahorita, nos interesa, el hecho previo impune [...] De modo que, si como en este asunto, con ambos momentos (ruptura del candado y extracción del menaje de casa dado a la ofendida para su administración) estamos en presencia de delitos pluriofensivos (se menoscaba la autoridad jurisdiccional y, a la vez, lo que esta protege, que es un ambiente familiar libre de violencia), se cumplen los citados requisitos: las 'acciones' son sucesivas, una es necesaria para cometer la otra (no podría llevarse el menaje sin entrar a la casa, protegida por un portón con candado) y el bien jurídico (pluriofensivo) es igual en ambos supuestos, por lo que la acción final absorbe, por accesoriedad tácita, a la anterior. Así las cosas, en tal caso solo se produce la infracción a una norma, que sería la propia del último segmento de conducta, es decir la sustracción patrimonial que, además, tiene la mayor penalidad, precisamente porque protege, de mejor manera, el bien tutelado. No puede hablarse de concurso ideal pues la posesión (tanto de los bienes como de la casa protegida con candado) no es un bien jurídico personalísimo, ya que se puede transferir de un titular a otro. Así las cosas, la sustracción patrimonial absorbe al daño patrimonial [...].

3.2. Concurso aparente entre el delito de incumplimiento de medidas de protección y el delito de maltrato

Asimismo, en la resolución previamente citada, es decir, la n.° 2014-1317 del TASPSJ, se determina, bajo las reglas de la unidad de acción que no siempre la infracción de una medida de protección, como lo es por ejemplo, la prohibición de "molestar, amenazar, insultar, humillar o agredir verbal, física, perturbar o intimidar" (art. 3, inc. j de la LcVD) implica, necesariamente, la existencia de un concurso ideal, cuando la persona despliega acciones que pueden eventualmente estar contempladas en otros tipos penales de la LPVcM, diferentes al delito de incumplimiento de medida de protección (art. 43 de la LPVcM).

Esto es así debido a la pluralidad de bienes jurídicos que este último delito protege. Por esta razón, debe valorarse la existencia de un concurso aparente.

En este sentido, el TASPSJ sostuvo en la resolución 2014-1317 que:

[...] no basta, para la correcta calificación de una conducta, que ésta encaje abstractamente en diversas normas punitivas, ya que el juzgador debe realizar una labor que va mucho más allá del acople silogístico y, entonces, debe ponderar si se está frente a una sola acción (en sentido jurídico penal y no físico, tesis ampliamente superada en doctrina) y, de estarlo, si puede hablarse de una afectación a distintas normas que se excluyan entre sí (concurso aparente) o que no se repelan mutuamente (concurso ideal) [...].



La resolución de cita continúa indicando que:

[...] Además, una orden, como la descrita atrás, solo se podría incumplir cometiendo cualquiera de esos verbos que, a su vez, suelen estar descritos como conductas punitivas en otros numerales de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres (ver artículos 22, 25 y 27). ¿Significa eso que la conducta será, siempre, un concurso ideal? La respuesta es negativa, pues aunque el delito de incumplimiento de la medida de protección es un ilícito pluriofensivo, que tutela tanto la autoridad pública (específicamente la jurisdiccional en materia de violencia doméstica) como la integridad (física, emocional, etc.) de quien es protegido por la orden judicial, hay situaciones en las que el mismo disvalor de resultado (o uno menor) está contenido en ambas disposiciones, en cuyo caso debe aplicarse la subsidiariedad tácita (modalidad de delitos de pasaje) del concurso aparente [...].En esa línea argumental se ubican los hechos simultáneos impunes: "En el hecho simultáneo impune se trata de casos en los que la realización de un tipo penal está unida, no de manera necesaria, pero sí por regla general, a la realización de otro tipo penal, debido a lo cual la pena para el delito secundario está contenida en la pena para el hecho principal. La existencia de un hecho contemporáneo impune deba examinarse, en la concurrencia de dos tipos penales, conforme a las reglas de la interpretación, porque tal relación debe apreciarse en concreto [...]. (El resaltado es del original).

En relación con este mismo aspecto, el fallo en análisis explica:

[...] en aquellos eventos en los que, la orden dada por la autoridad jurisdiccional consista en no hacer una conducta que, a su vez, sea delictiva, operará una sola acción y podría configurarse un hecho simultáneo impune, es decir, un concurso aparente de las normas, que hace que deba aplicarse solo el delito de incumplimiento de medidas (que, por lo general, contiene la imposibilidad de realizar los restantes tipos, que serían aplicables solo a falta de aquel primer delito, es decir, cuando la orden haya vencido o no se haya dado), siempre y cuando el hecho simultáneo no contenga una sanción mayor, en cuyo caso la pena será un parámetro para determinar que ese evento "secundario" no está contenido en el principal, sino que tiene un plus sancionatorio que hace surgir el concurso ideal. A modo de ejemplo, si la orden dada por el juez, y que se acusa incumplida, contiene algunas de las conductas descritas en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, en los tipos penales de maltrato (artículo 22, párrafos primero y segundo con pena de 3 meses a 1 año y de 6 meses a 1 año), ofensas a la dignidad de una mujer (artículo 25 con sanción de 6 meses a 2 años) y amenazas contra mujer (artículo 27 con pena de 6 meses a 2 años), en términos generales, operaría la subsidiariedad tácita (y el concurso será aparente), prevaleciendo el delito previsto en el numeral 43 (sancionado con prisión de 6 meses a 2 años) sobre estos otros. Obviamente, esos tipos penales serán aplicados, directamente, cuando se den fuera de las órdenes jurisdiccionales (vgr. sin que haya mediado petición de medidas de protección, por ejemplo) [...] (El resaltado es del original).

3.3. Concurso aparente entre el delito de incumplimiento de medidas de protección y el delito de amenaza contra mujer

Bajo una línea de razonamiento semejante a la expuesta en la resolución 2014-1317 del TASPSJ, en el voto 2014-0462, el TASPC resolvió un caso donde dispuso que existía concurso aparente y no ideal, como había fallado el *a quo*, debido a que los delitos de incumplimiento de medidas "absorbían" todo el contenido injusto del delito de amenazas contra mujer, dado que ambos tipos penales, en el caso concreto, poseían modalidades de ejecución idénticas, así como un mismo contenido injusto, con idéntico disvalor de resultado.

En consecuencia, la resolución en análisis consideró que existía un concurso aparente de normas por la presencia de un hecho posterior impune, debido a que [...] el imputado incumplió una medida de protección mediante las amenazas que profirió contra



la víctima, las cuales acontecieron inmediatamente después de que la insultó, como parte de una ejecución in crescendo, progresiva, del mismo tipo penal, conforme lo estipula el artículo 23 del C.P. [...].

El tribunal de sentencia arribó a tal conclusión en la resolución de cita, aplicando el principio de subsidiariedad tácita del concurso aparente (art. 23 del C.P.), debido a que la medida de protección consistió, entre otros aspectos, en una prohibición de amenazar a la agraviada.

3.4. Delito de amenaza contra mujer absorbe el delito de incumplimiento de medidas de protección bajo el concurso aparente de normas

En la resolución 2017-0892, el TASPSJ resolvió un caso donde determinó que el delito de amenaza contra mujer absorbía el delito de incumplimiento de medidas de protección, conforme al concurso aparente de normas, empero, a lo resuelto en el fallo del TASPC n.º 2014-0462 arriba citado, dado que, en este último caso, el delito de incumplimiento subsumió el de amenaza contra mujer. En este sentido, el TASPS señaló:

[...] el Tribunal a quo no valoró si en relación con este acontecimiento, en lugar de un concurso ideal se configuró el concurso aparente de normas [...] donde el incumplimiento de una medida de protección fue un delito de pasaje para que se cometiera la ilicitud de amenazas agravadas contra una mujer. Dicho de otro modo, debía valorarse si el imputado para poder amenazar a la ofendida, necesariamente debía incumplir las medidas de protección, en cuyo caso ese incumplimiento se constituyó como el delito medio para lograr el delito final de amenazas, panorama ante el cual, el incumplimiento estaría contenido en la amenaza [...].

Cabe destacar que, a pesar de las resoluciones anteriores, existen también posiciones jurisprudenciales que han otorgado soluciones diversas en situaciones semejantes a las expuestas, pues no han compartido del todo lo señalado líneas *supra*, verbigracia, la resolución 0733-2015 del TASPC.

3.5. Deber de considerar separadas e individualmente las penas previstas para uno o varios de los delitos que concurren materialmente

Otra posición interesante que ha sido desarrollada por los tribunales de apelación de sentencia penal en temas concursales, relacionados específicamente con la aplicación de la LPVcM es la posibilidad de individualizar o separar penas impuestas, cuando concurran materialmente delitos de la ley de penalización con otros no contenidos en ella, siempre y cuando esto implique para el sentenciado la posibilidad de optar por sanciones más favorables (como, por ejemplo, las sanciones alternativas dispuestas en el numeral 10 y 11 de la ley citada).

Bajo esta línea, se decantó la resolución n.º 0733-2015 del TASPC, la cual fue reiterada posteriormente en el fallo 2016-0433 de la misma cámara, donde se indicó:

[...] dado que estamos ante un concurso material entre los tres eventos juzgados en esta causa, nada impide considerar las penas impuestas por los dos primeros ilícitos, que suman entre sí un año de prisión, de forma separada. Para ello, se toma en cuenta que la figura del concurso material tal como está regulada en nuestra legislación, no busca endurecer el tratamiento al autor de los delitos, sino más bien favorecerlo, evitando sanciones excesivamente prolongadas. La posibilidad de considerar separada e individualmente las penas previstas para uno o varios delitos que concurren materialmente, fue aceptada por la S.T., a efectos de valorar la eventual concesión de una medida alterna, señalando al respecto: "Tampoco deben descartarse estas dos soluciones alternativas cuando lo que la acusación describe es un concurso material de delitos (cfr. arts. 22 y 76), pues bien podría lograrse una conciliación o una suspensión del procedimiento a prueba, parcial o total, respecto a uno o varios de los delitos que así concursan, en atención a la pena que corresponde a cada hecho punible, individualmente considerado [...]

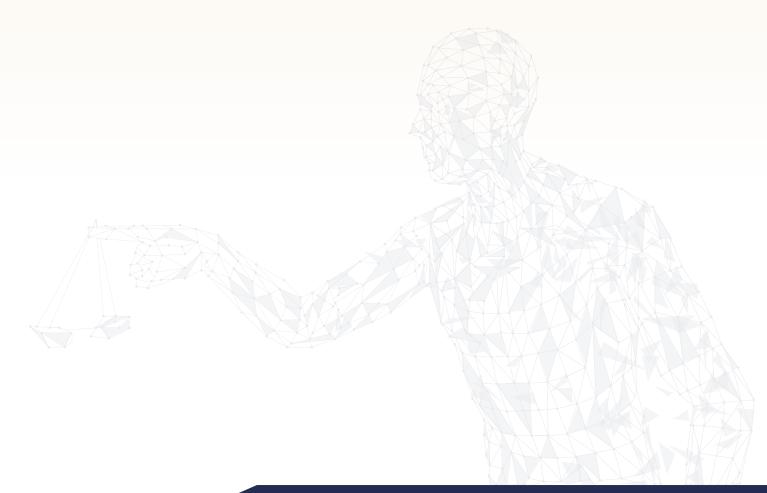


Esta jurisprudencia es de utilidad, pues, en la práctica, con frecuencia se juzgan de forma conjunta delitos regulados en la legislación ordinaria con la delincuencia especial previstas en la LPVcM. Entonces, de acuerdo con este análisis, es viable incluso que si la suma de las penas de los delitos de la ley especial, realizada por separado, no rebasa los tres años y si se cumple el resto de los presupuestos legales, se pueda acceder ya sea a penas alternativas o, incluso, al beneficio de ejecución condicional de la pena.

3.6. Consecuencia de la errónea aplicación de la unidad de acción y concursos

La errónea apreciación y determinación de estos extremos puede traer graves consecuencias y arbitrariedades en los derechos e intereses de la persona juzgada; por ejemplo: la imposición de penas que rebasan el principio de culpabilidad y proporcionalidad (en clara contravención de una adecuada dosificación penológica); incluso, puede conllevar a que se le condene por hechos que, analizados técnicamente de manera correcta, no configuran de manera independiente un delito o una tipología delictual determinada.

Finalmente, es fundamental recordar que la inadecuada calificación jurídica también puede tener efectos negativos a la hora de negociar soluciones alternas, la aplicación de procedimiento abreviado, los beneficios de ejecución condicional, la aplicación de penas alternativas, entre otros.





Capítulo III. Aspectos exopenales relativos a la tramitación de causas de penalización de violencia contra las mujeres

De seguido, se analizará una serie de temas que, ordinariamente, no son catalogados de naturaleza estrictamente penal. Empero, su estudio se torna esencial para llevar a cabo una defensa integral que involucre otros escenarios judiciales y/o administrativos que pueden tener injerencia directa o indirectamente con la cuestión penal; como, por ejemplo, conocer causas de la jurisdiccional de familia, civil o administrativa, etc., las cuales antecedieron al nacimiento del proceso penal donde se está ejerciendo la defensa letrada.

Sección I. Aspectos exopenales y endopenales y el derecho de defensa

A continuación, se describe una lista de aspectos teóricos y prácticos, así como un conjunto de recomendaciones de carácter general acerca de la defensa penal en delitos especialmente contenidos en la LPVcM.

Es fundamental enfatizar que los temas que aquí se mencionarán implican un estándar mínimo de acciones técnicas/jurídicas requeridas, según la necesidad de cada caso, encaminadas a abordar planteamientos técnicos/defensivos de suma importancia para el trazado de la teoría del caso y la estrategia de defensa.

Como se observará, los aspectos que se analizarán abarcan cuestiones transversales de la tramitación de todo el proceso penal en general que comprenden dos grandes planos, denominándose para efectos de orden: a.- exopenal y b.- endopenal.

Es importante destacar que, por razones de orden, en el presente apartado se desarrollarán únicamente los aspectos de naturaleza **exopenales**, ya que se expondrán los extremos **endopenales** en el capítulo IV.

Inicialmente es trascendental recordar que el ejercicio pleno del derecho de defensa en el contexto de un proceso penal es esencial para la protección y defensa de los intereses y garantías de la persona encartada, en tanto sirve como contrapeso a la potestad punitiva del Estado. Dicho de otra manera, es un derecho fundamental que pretende entre otros aspectos, evitar arbitrariedades en el ejercicio de la acción punitiva estatal. (Ferrajoli, 1995).

En virtud de lo anterior, es de suma importancia que la persona defensora pública preste especial atención, en todas las etapas del proceso penal, a todas aquellas situaciones que pueden traducirse en irrespeto de los derechos, principios y garantías de juzgamiento que le son propios a la persona acusada de haber cometido una acción delictiva. Esto requiere, sin lugar a dudas, acuciosidad del letrado o de la letrada en el tratamiento de los aspectos que se indicarán líneas *infra*.

Como aspectos exopenales, deben entenderse todos aquellos asuntos que, si bien, no se encuentran dentro de los aspectos que conforman propiamente la cuestión penal, tienen, sin embargo, incidencia directa o indirectamente en ella, debido a las circunstancias especiales que rodean la materia de penalización de la violencia contra las mujeres y sus tipos penales.

Por tanto, es indispensable que la persona defensora pública dirija su mirada de forma detallada hacia estos tópicos al momento de plantear sus peticiones y, en general, a la hora de elaborar su teoría del caso y la estrategia defensiva.

Se puede ilustrar la cuestión exopenal de la siguiente manera:





El desarrollo de la cuestión exopenal requiere que la persona defensora pública que litiga en la materia de penalización esté obligada a ampliar sus conocimientos a otras materias y/o temas no necesariamente penales, con el objetivo visualizar otros horizontes defensivos a los que generalmente no se está familiarizado, debido a que, en muchas ocasiones, están íntimamente relacionados.

En las secciones siguientes del presente capítulo, se mencionan y se profundizan los aspectos exopenales que, con mayor frecuencia, se presentan en las causas penales. No obstante, se advierte que no conforman una lista taxativa, es decir, los aspectos que se pueden abordar no se agotan en los enunciados que a continuación se analizaran.

Sección II. Cuestiones relativas a la aplicación de la LcVD

El conocimiento de la LcVD es uno de los aspectos –fuera de lo penal– a los que una persona defensora debe dar mayor atención, ya que el inicio de un proceso judicial tramitado bajo dicha ley es, en muchas ocasiones, terreno fértil no solo para el surgimiento de un eventual proceso penal, sino también porque en, no pocas ocasiones, se convierte en una fuente probatoria de la cuestión penal. Además, resulta un insumo valioso, debido a que permite conocer los antecedentes y las diferentes situaciones que provocaron la judicialización de la problemática familiar, ampliando el panorama de la defensa técnica en torno a los detalles del caso, lo cual le permitirá comprender en mejor medida el escenario litigioso.

Al respecto, hay que tener presente que, como ya se ha indicado en otros apartados del presente texto, con la instauración de un proceso de violencia doméstica, pueden resultar algunas hipótesis que justifiquen la apertura de un proceso penal, entre ellas: el inicio de una investigación por el posible delito de incumplimiento de medida de protección y/o porque, de los hechos narrados por la posible víctima de violencia doméstica, se pueden desprender acciones que pueden configurar algún delito previsto en la LPVcM.

Es importante entonces que la persona encargada del ejercicio de la defensa técnica lleve a cabo una ardua revisión de la tramitación de aquel proceso, para asegurarse de que se haya llevado a cabo conforme las exigencias legales vigentes. Entre otros aspectos, se debe verificar lo siguiente:

1. La legitimidad en la solicitud de las medidas de protección

Se debe revisar que las medidas de protección hayan sido solicitadas por quien se encuentra legitimado por el artículo 7 de la LcVD; de lo contrario, debe cuestionarse en el proceso penal su legalidad, cuando por razones de conveniencia y estrategia corresponda.

2. La legitimidad sustantiva de las medidas de protección

Debe verificarse que las medidas de protección se hayan dictado e impuesto conforme a derecho, tanto en la forma como en el fondo. Si la orden emitida carece de legitimidad sustancial, debe alegarse la atipicidad de la conducta, debido a que no se configuraría uno de los elementos esenciales objetivo de carácter normativo del tipo penal de incumplimiento (art. 43 de la LPVcM) o desobediencia (art. 307 del C.P.) como es la legitimidad sustancial de la orden.

Este criterio fue sostenido por ejemplo en el voto n.º 2003-0948 del otrora TCPSJ, cuando en lo conducente indicó:

[...] la labor del juzgador no debe limitarse a examinar la legitimidad formal de la orden que se acusa como desobedecida, sino que -junto a ello- también debe ponderarse su legitimidad material. Es decir, el juzgador no podría limitarse a constatar que la referida orden haya sido impartida por una autoridad competente, dentro del ejercicio legítimo de su competencia, y previo cumplimiento de los trámites procesales requeridos a tales efectos (legitimidad formal), sino que, además, debe analizar con detenimiento si la misma es legítima desde el punto de vista sustancial, es decir, si guarda una relación armoniosa con las normas de fondo y la Constitución Política (art. 28) [...].

Sobre el mismo punto, recientemente, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José emitió un pronunciamiento de suma importancia, donde, aplicando el control de convencionalidad, determinó que las medidas de protección impuestas contra una persona menor de edad en sede de violencia doméstica eran ilegales, debido



a que se impusieron vulnerando derechos, principios y garantías regulados tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N.º 7739), entre ellos: el derecho de defensa, el derecho de ser escuchado, el derecho de recurrir el fallo y el principio de interés superior del niño y de la niña, debido a que no se celebró una audiencia donde el o la menor externara su posición, lo cual le impidió ejercer la defensa en relación con las medidas decretadas. En este sentido, se sostuvo en el voto 2018-0299 del tribunal de cita que:

[...] se le impusieron medidas de protección en sede de violencia doméstica cuyo incumplimiento generó la acusación penal por dos delitos de incumplimiento de medidas de protección o desobediencia a la autoridad. Dichas medidas le fueron impuestas sin haberlo informado de su derecho a ser escuchado y a decidir si ejercía ese derecho o no, si lo hacía personalmente o por medio de un representante, además, sin que contara con la asesoría de persona alguna, sin haberlo preparado (entre lo que implicaba en el caso concreto, asegurarse que no tenía afectación alguna por el consumo de drogas) y menos escuchado en relación a la naturaleza del procedimiento y las posibles consecuencias del mismo, así como de la naturaleza y alcances de las medidas cautelares impuestas en sede de violencia doméstica y las consecuencias de su incumplimiento. [...].

El tribunal de cita agregó que:

[...] En tales circunstancias resulta evidente que la resolución que impuso las medidas cautelares en violencia doméstica carece de toda validez jurídica, dadas las violaciones a derechos fundamentales que se han señalado, fundamentalmente la violación al principio de interés superior del niño y el derecho a ser oído, sin que sea excusa para no escuchar al menor que la Ley de Violencia Doméstica no establece una audiencia previa a la determinación de las medidas cautelares, porque tratándose de personas menores de edad, tal posibilidad se encuentra dispuesta en los términos y con los alcances supra expuestos, por una norma de jerarquía superior, a la que incluso se le ha otorgado el rango de supra constitucional, por la Sala Constitucional. [...].

La resolución en análisis concluye que la conducta que se le venía atribuyendo a la persona menor de edad por incumplimiento de medidas de protección resulta atípica, debido a las circunstancias señaladas.

3. La oportunidad de ejercer el derecho la defensa en el proceso de violencia doméstica

El proceso judicial para la imposición de medidas de protección, regulado en la LcVD, no contempla como exigencia para las partes (presunta persona agredida y presunta persona agresora) que tengan patrocinio letrado. No obstante, tampoco lo prohíbe. Pero el cuerpo normativo mencionado sí estipula lineamientos para que las partes puedan ejercer la respectiva defensa por medio de una participación activa.

En lo que respecta al debido ejercicio del derecho de defensa en la sede de violencia doméstica para la parte presunta agresora, se debe tener en cuenta que, implica, entre otros extremos, que se le haya brindado la posibilidad tanto de solicitar audiencia para discutir y aportar prueba contra las medidas de protección impuestas, así como para impugnarlas, según disposiciones de los numerales 12 y 15 de la LcVD. En caso de que se haya violentado este derecho, la persona defensora pública debe hacerlo ver en el proceso penal, con la finalidad de que se considere la ilegitimidad de las medidas de protección por haberse dictado transgrediendo derechos fundamentales (TASPJSJ, res., 2018-0299).

En ocasiones, sucede que, de manera inmediata a la imposición de medidas de protección, se inicia paralelamente un proceso penal por delito contenido en la LPVcM, donde se le impone, a su vez, la medida cautelar de prisión preventiva, surgiendo de esta manera, un impedimento material para que el presunto agresor ejerza el derecho a ser escuchado y a defenderse en la sede de violencia doméstica. En estos casos, se aconseja a la persona defensora pública asesorar, desde el proceso penal, a la persona imputada sobre la importancia de atender debidamente el proceso de violencia doméstica y, de esta manera, motivarla a llevar a cabo las acciones defensivas que correspondan.

En este sentido, es pertinente recordar que la Defensa Pública, inicialmente, no brinda desde una perspectiva formal, representación legal en los procesos de violencia doméstica. Empero, es importante acotar que sí le corresponde a la defensa



técnica asesorar a la persona usuaria respecto a las gestiones que pueden realizar ante el juzgado de violencia doméstica, con la finalidad de que sus derechos no se vuelvan nugatorios; eso sí, en el marco de sus competencias legales y administrativas.

4. La debida notificación de las medidas de protección

Este es un punto medular que, dentro de los extremos exopenales, la defensa técnica debe revisar con sumo detalle. Entre otros asuntos, se deben verificar los siguientes aspectos:

4.1. Legalidad de la notificación: Implica que se hayan notificado las medidas de protección conforme a las ordenanzas previstas para ese efecto por el ordenamiento jurídico costarricense, entre ellas: la Ley de Notificaciones N.° 8687 (especialmente en sus artículos 6 y 19), los numerales 159 y 164 del C.P.P. y el artículo 10 de la LcVD.

Lo anterior significa que se debe llevar a cabo la notificación respetando todos y cada uno de los requisitos exigidos en dichos numerales (como, por ejemplo: que se notifique de manera personal). Así lo ha dispuesto el TASPSJ en la resolución n.° 2015-1059, donde estableció que el tribunal de juicio debía verificar si, en el delito de incumplimiento de una medida de protección o desobediencia, la persona imputada actuó con conocimiento y voluntad de incumplir las órdenes impuestas, con previa notificación de estas, conforme a lo establecido en nuestra legislación (también sobre este tema, TASPSJ, resolución n.° 2018-0369).

4.2. La notificación de las medidas de protección debe realizarse atendiendo las condiciones personales del obligado: En este sentido, no solo se debe verificar que le hayan comunicado personalmente las obligaciones impuestas a la persona obligada de cumplir con las medidas de protección, sino también que le hayan explicado detalladamente el contenido de lo notificado y la consecuencia de incumplirlas, atendiendo a sus condiciones personales. A manera de ejemplo: la persona que notifica debe leer la resolución que impone las medidas de protección cuando el presunto agresor no sabe leer ni escribir. En caso de omisión, puede alegarse falta de tipicidad subjetiva. (TASPC, res. n.º 0463-2013 y TASPJSJ, res. n.º 0209-2017).

A propósito de lo indicado, en caso de que la persona no pueda leer ni escribir, debe llevarse a cabo la notificación por un medio idóneo; por ejemplo, a través de audio. Para el cumplimiento de dicha finalidad, le corresponde al Estado facilitar los medios tecnológicos necesarios o cualquier otro tipo insumo requerido para comunicarle lo resuelto al presunto agresor conforme a las disposiciones de ley.

- 4.3. Validez y eficacia de las medidas de protección: El defensor o la defensora pública no solo debe verificar que se haya cumplido con los requisitos formales de emisión (que surja de autoridad competente, por ejemplo) y notificación (que se cumplan los requisitos exigidos formalmente en la ley) de las órdenes, sino también, se requiere que sea una orden legítima, es decir, que sea válida y eficaz (sobre validez y vigencia de la norma, Serrano, 1999). Sobre este último aspecto, la jurisprudencia patria ha señalado:
 - [...] el juzgador debe cuestionarse si estas dos últimas condiciones (de la validez y la eficacia), o alguna de ellas, están presentes cuando un funcionario público le ordena a una persona hacer o no hacer algo, sin saber, el funcionario, que la persona tiene alguna condición particular (verbigracia: estar en coma, ser un bebé, estar inconsciente, tener una enfermedad mental severa, etc.) que le va a impedir, a priori, cumplir lo ordenado, examen que no se hizo en la especie. También, dentro de los elementos normativos del tipo, se encuentra el requisito de notificación personal, que es mucho más que la entrega "cara a cara" del documento, sino que se instauró porque el legislador asume la necesidad de que el sujeto se imponga del contenido de la orden, lo que no necesariamente se da en estos supuestos, dado el problema mental preexistente [...]. (TASPSJ, res. 2014-0213).

Ahora, si la orden fue emitida de manera incorrecta o se dio como consecuencia de una extralimitación de funciones por parte de la persona juzgadora, *verbigracia*: que se hayan otorgado medidas de protección atípicas, es decir, que no estén contempladas en el artículo 3 de la LcVD y que no sean afines para contrarrestar la problemática judicializada, se puede cuestionar desde la antijuridicidad.



En este sentido, el TASPSJ refirió en la resolución 1317-2014:

[...] las órdenes que puede imponer el juez contra la violencia doméstica son solo las previstas en la ley (aspecto que los operadores jurídicos deben ser muy cuidados de revisar que se cumpla, dado que pueden haber extralimitaciones desde esa instancia), sin que pueda "inventar" otras, pues se necesita ley habilitante para restringir la libertad personal o cualquier otro derecho constitucional (patrimonio, familia, autoridad parental, etc.) [...].

Asimismo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido que:

[...] configurándose un derecho a la resistencia por parte del particular frente a la actuación claramente incorrecta o a las extralimitaciones de la autoridad" [...]. Es decir, aún cuando se considerara que en la especie hubo una acción objetivamente típica (porque la emisión de la orden fuera válida y eficaz y aún el acto de su notificación) y se avala la existencia del dolo (lo que es dudoso), cabía plantearse si la conducta era antijurídica, porque la orden, formalmente válida, se emitió a un sujeto imposibilitado para cumplirla [...] (res. 2014-0213 el TASPSJ).

Lo expresado en la resolución anterior tiene íntima relación con lo dispuesto en el artículo 6, párrafo último de la Ley de Notificaciones: "Cuando se trate de personas con discapacidad, la cédula de notificación deberá ir acompañada de un documento en un formato accesible de audio, digital, electrónico, Braille o cualquier otro, conforme a los avances tecnológicos. Es decir, se debe comprobar que el acto de notificación es realizado atendiendo la discapacidad y/o la condición personal de cada sujeto."

Otro de los aspectos que se deben revisar es lo atinente a la naturaleza, la forma y el contenido de las medidas de protección impuestas, en el sentido de que estas deben ser claras, concisas y comprensibles para que la persona obligada tenga claro lo que se le ordena (TASPSJ, res. n.° 2018-0369). A modo de ejemplo, deben determinarse de forma concreta los nombres de las personas beneficiarias de las medidas de protección, así como la distancia correcta, en caso de que se disponga como medida la prohibición de acercarse a determinados lugares. Este aspecto ha sido incluso retomado por el Consejo Superior del Poder Judicial en la circular n° 13-2017 que dispone la obligación de la autoridad jurisdiccional de emitir medidas de protección claras y concisas.

Por último, debe verificarse, además, que las medidas de protección que se impongan sean las dispuestas en el artículo 3 de la LcVD. Ahora bien, si se imponen medidas atípicas, es decir, no contempladas en el mencionado cuerpo legal, debe verificarse no solo su consonancia con los objetivos de la ley y la cuestión judicializada, sino que estas se encuentren dotadas de especificidad y claridad.

5. Aplicación de la LcVD y notificación en casos de personas que se presume que padecen una alteración mental o una afectación psicosocial.

Se desprende claramente con lo indicado en párrafos anteriores, que la persona defensora pública debe dar especial atención y estudio a la notificación dirigida a las **personas con alguna enfermedad mental o discapacidad**. Al respecto, debe tener en cuenta, además, lo referido en las circulares número 60-2015 y 119-2015, ambas del Consejo Superior del Poder Judicial relacionadas con el "Abordaje de casos de personas que se presumen cuenta con alteración mental o una enfermedad psicosocial y se duda de su comprensión para el cumplimiento de medidas de protección que se ordenan en materia de violencia doméstica".

Las mencionadas directrices disponen, entre otras cosas, la obligación de las autoridades jurisdiccionales que conocen materia de violencia doméstica de cumplir con una serie de medidas respecto a las condiciones de vulnerabilidad que presenta esta población con padecimientos psicosociales, las cuales se deben tener presentes no solo a la hora de valorar la **naturaleza de las medidas** a imponer, sino también al **momento de notificarlas** (también TASPSR, res., 2016-0362).

Sobre el extremo en análisis, la persona defensora pública debe recordar que existe un conjunto de normas tanto nacionales como internacionales relacionadas con la protección de los derechos de las personas con discapacidad que deben tomarse en consideración a la hora de atender y defender a esta población, entre ellas: la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas



con Discapacidad (Ley N.° 7600 y su Reglamento N.° 26831); la Ley de Reconocimiento de Lenguaje de Señas Costarricense (LESCO) como Lengua Materna (Ley N.° 9049); la Ley de Creación de las Comisiones Institucionales sobre Accesibilidad y Discapacidad (CIAD) (Ley N.° 9171); la Ley de Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (CONAPDIS), (Ley N.° 9303); y la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad (Ley N.° 9379); la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (Ley 7948); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 8661).

La atención, el análisis y el conocimiento de estos extremos por parte de la defensa técnica es de gran relevancia, debido a que puede facilitar la producción de argumentos tendientes a contrarrestar la tipicidad por medio de la figura de un error de tipo psíquicamente condicionado (TASPSJ, res. 2014-0213), (Zaffaroni, 2015, p. 66). Asimismo, puede servir de insumo para señalar actividades procesales defectuosas y/o llevar a otros tipos de alegaciones y peticiones a favor de las personas con discapacidad sometidas a un proceso penal o, incluso, para que se requiera el archivo de estas medidas en sede de violencia doméstica, lo cual implicaría, en este último caso, dejar sin efecto cualquier medida de protección impuesta en esta jurisdicción.

6. El plazo de vigencia de las medidas de protección

Inicialmente la LcVD dispone en su artículo 4 que se mantendrán las medidas de protección vigentes por un año, siempre y cuando no sean levantadas o modificadas con anterioridad. Sobre este punto, es fundamental reseñar que, aunque la ley no refiere a partir de cuándo debe iniciarse el conteo de dicho plazo, los tribunales han entendido que es desde el momento en que le notifican las órdenes al presunto agresor.

Este aspecto debe ser considerado por la persona defensora pública, debido a que, en la práctica, el ente fiscal suele ofrecer como parte de la prueba documental en el proceso penal, únicamente, los folios iniciales del expediente del proceso de violencia doméstica, donde generalmente solo constan la solicitud de medidas y la resolución que las impone, así como su notificación, echándose de menos la totalidad del legajo.

Esto es un error, pues, al parecer, el ente acusador parte de una premisa errada, entendiendo que se deben imponer las medidas de protección necesariamente por un año y que no pueden modificarse, lo cual no es exacto, ya que el numeral en mención otorga la posibilidad de que se dé otra serie de hipótesis que perfectamente pueden conllevar a la finalización o modificación de las medidas de manera anticipada.

7. Aspectos relativos al derecho de abstención

Al ser la facultad de abstención un derecho de carácter constitucional (art. 36 de la C. Pol.), bajo ninguna circunstancia, pueden invocarse aspectos de carácter temporal o espacial para su materialización. En caso contrario, se atentaría contra la sistematicidad y la congruencia interna y externa del ordenamiento jurídico costarricense.

Lo anterior quiere indicar que su protección debe extenderse a aspectos exopenales; es decir, fuera del ámbito penal y, en caso de que no se haya respetado, se deben interponer las acciones legales necesarias con el fin de hacerlo ver en el proceso penal, con el objetivo de que se considere la prueba surgida de aquella violación constitucional como prueba espuria, atendiendo las teorías sobre la prueba ilícita, como por ejemplo, la del fruto del árbol envenenado, entre otras (S. Const., votos n.º 0522-99, 0540-99 y 1192-1999), (Cafferata y Hairabedián, 2011, p. 26).

Se debe llevar a cabo esta verificación en todo el proceso de violencia doméstica; pero especialmente debe ponerse atención en dos momentos: cuando la presunta persona agredida solicite las medidas de protección y cuando se verifique su cumplimiento en los términos requeridos por la autoridad judicial, según el artículo 17 de la LcVD lo prevé (ver sobre este último extremo el TASPSJ, resolución n.° 2016-0760). Debido a su relevancia, se profundizará este tema más adelante.

8. La debida fundamentación de las medidas de protección

La persona defensora pública debe revisar si la resolución que impone y/o confirma las medidas de protección se encuentra debidamente fundamentada. Al respecto, es importante aclarar que el hecho de que la LcVD en su artículo 13 determine que deben resolverse las gestiones planteadas conforme al *in dubio pro* agredido, no exime a la autoridad jurisdiccional de la obligación de motivar lo resuelto, ya que la fundamentación de toda resolución judicial implica una garantía de carácter general para la ciudadanía.



La motivación debe abarcar todos los aspectos que rodean el caso concreto, como por ejemplo: las condiciones personales de los sujetos a quienes se dirigirán las medidas (como la condición de niño, niña, persona adulta mayor, entre otros), condiciones de discapacidad, condiciones psicosociales y condiciones socioculturales y, en general, todas aquellas situaciones de vulnerabilidad que, conforme a las reglas de la sana crítica racional (art. 14 de la LcVD), debe ser tomado en cuenta por la autoridad decisora; en caso contrario, se podría estar ante una resolución infundada y, por tanto, ilegítima.

Sobre este aspecto, la S. Const. se pronunció en el voto n.º 0861-2017, cuando anuló una resolución de un juzgado de violencia doméstica que ordenó medidas de protección sin tomar en cuenta las condiciones de vulnerabilidad que la persona presunta agresora y su grupo familiar tenían. Al respecto se indicó:

[...] al afectarse la libertad de la recurrente, se hizo sin valorar las condiciones del núcleo familiar y se afectó también la condición particular de la persona menor y de la persona con discapacidad, lo que implica un vicio en la fundamentación de la decisión. Por lo que deberá la autoridad judicial recurrida en resguardo de la integridad física tanto de la recurrente como de su núcleo familiar y en aras de salvaguardar la estabilidad física, emocional y psicológica de los que habitan el inmueble emitir una resolución debidamente fundamentada en la que se garantice el interés superior del menor, los derechos de las personas con discapacidad, la integridad física y la estabilidad emocional de los afectados [...].

Sección III. Tópicos relacionados con los derechos y las obligaciones devenidas de las relaciones familiares

Algunos de los derechos y deberes surgidos de las relaciones familiares permean de manera transversal la mayoría de los casos penales que surgen de la aplicación de la LPVcM.

Esto se debe a que, generalmente, las situaciones que se judicializan –ya sea mediante la aplicación de la LcVD y/o la ley de penalización– son antecedidas de vínculos familiares entre las partes del proceso (*verbigracia:* relación de matrimonio, convivencia de unión de hecho, existencia de hijos e hijas en común, bienes susceptibles de ser gananciales, etc.) que hacen surgir a la vida jurídica y social un conjunto de derechos y obligaciones que deben ser protegidos de manera especial por el Estado costarricense por mandato constitucional (art. 51 de la C. Pol.; 1, 2 y 11 del C.F.).

Por la razón mencionada, aunado a la necesidad de contrarrestar la violencia contra las mujeres desde y en todos ámbitos es que el legislador costarricense amplió el marco de protección, en la mayoría de los delitos contenidos en la LPVcM, a algunos derechos y obligaciones derivados de las relaciones familiares en el sentido amplio, esta vez mediante la vía represiva. Legislar de la forma indicada conllevó a la necesidad de incluir en los tipos penales allí descritos, aspectos propios de la legislación de familia, especialmente en sus elementos objetivos (como por ejemplo: el concepto de matrimonio, unión de hecho, bienes gananciales, etc.).

Lo anterior acarrea la necesidad de que la persona defensora pública dirija su mirada de forma exhaustiva a los temas relacionados con los derechos y las obligaciones familiares, especialmente, cuando se contemplen estos aspectos dentro de la estructura típica-objetiva de los delitos contenidos en la LPVcM.

En virtud de ello, es importante que la o el profesional encargado de la defensa técnica utilice tanto la legislación de familia –en sentido amplio (leyes relativas a las personas menores de edad, Código de Familia, normas internacionales, etc.) – como todo el acervo doctrinario relacionado al extremo de interés para el caso concreto (sobre estos últimos temas se recomienda consultar a Trejos, 1999, y Benavides, 2011). Dentro de los aspectos a los que se debe poner mayor atención, se hallan los siguientes:

1. La definición, requisitos y efectos de la unión de hecho

La persona defensora pública debe tener en cuenta todos los aspectos relacionados con el ámbito de aplicación de la LPVcM, referidos en el capítulo I de esta obra.

Asimismo, es esencial que la defensa técnica tenga claro cuáles son los requisitos contemplados en el artículo 242 (ver además los numerales 243 al 245) del C.F., para la configuración de la unión de hecho, entre los cuales están:



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.

Además, es importante que la persona defensora pública tenga presentes algunas precisiones conceptuales relacionadas con la temática de familia. A modo de ejemplo, no debe confundir los términos de *consorte o cónyuge*, como sinónimo de unión de hecho (como los términos *concubino y concubina* sí lo pueden ser), pues aquellos conceptos se relacionan con un matrimonio legalmente declarado.

La puntualización de aquellas definiciones no es para nada ociosa; por el contrario, su manejo técnico se torna adecuado cuando en el contenido de una acusación o una resolución, se encasillan relaciones de parejas que no corresponden al estado civil de las personas intervinientes, lo que es esencial, ya que son aspectos íntimamente relacionados con el ámbito de aplicación de la LPVcM.

2. La determinación y la susceptibilidad en la gananciabilidad de los bienes

Este es uno de los aspectos a los que la persona defensora pública se debe dirigir con mayor exhaustividad, especialmente, cuando se están procesando tipos penales relacionados con violencia patrimonial (arts. 34 al 39 de la LPVcM), debido a que, de un buen estudio, análisis y abordaje de esta temática, se pueden construir argumentos para cuestionar no solo la tipicidad de algunos delitos, sino también la aplicación de los tipos penales de la ley de cita.

Sobre este tema, hay que tener claro que el ordenamiento jurídico costarricense se decantó por un régimen de libre disposición de bienes gananciales, regido por el **principio de libre disposición, conocido como participación diferida o retardada,** según el cual, cada uno de los cónyuges puede disponer libremente de los bienes que consten en su haber patrimonial (Trejos, 2010, p. 228).

Desde esta perspectiva, se entiende que, únicamente, al declararse disuelta o nula la unión matrimonial o la unión de hecho, al disponerse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, es cuando cada uno adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes que, con ese carácter jurídico, se han constatado en el patrimonio del otro. Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 41 del C.F.

Cabe resaltar que este régimen ha sido avalado sin mayor controversia por la jurisprudencia nacional tanto en materia de familia como en la jurisdicción penal (TASPSJ, res., n.° 1317-2014; TFSJ, res., n.° 0181-2009; y Sala II, voto n.° 0217-1992).

Por las razones indicadas, Trejos afirma que el sistema de gananciales costarricense se sitúa dentro de los **regímenes de participación limitada y mixto**, por referirse únicamente a los gananciales con participación diferida para después de la disolución del vínculo (1982, p. 168), (2010, p. 228).

3. Patria potestad de la persona menor de edad y sus derivados

También es importante que la persona defensora pública conozca los aspectos generales tanto legales, como jurisprudenciales y dogmáticos que rodean el instituto de familia conocido como patria potestad de la persona menor de edad, así como sus derivados. La relevancia de su entendimiento se encuentra relacionada con la frecuencia con que tales temas saltan a relucir directa o indirectamente cuando se aplican la LcVD y/o la LPVcM. Esto quiere indicar que, de la comprensión que se tenga sobre estos puntos, dependerá la diferencia entre ejercer una excelente, buena o insuficiente defensa técnica.

En este orden de ideas, se puede definir **la patria potestad** (conocida también como autoridad parental) como un amplio conjunto de derechos, deberes, facultades y poderes de carácter irrenunciable e inmodificable por acuerdo de parte –salvo en lo dispuesto para la separación judicial y divorcio por mutuo consentimiento (art. 152 C.F)– que los padres tienen respecto a sus hijos menores de edad y sus bienes, encaminados a su protección y formación (Trejos, 1982, p. 393; Trejos, 2010, pp. 559-661).



Comprende tres aspectos: 1.- personal (relativo a la guarda, crianza y educación); 2.- patrimonial (administración de bienes de los hijos menores de edad); y 3.- representación (representar a los hijos menores de edad debido a su falta de capacidad de actuar). (Benavides, 2011, pp. 403-405).

Debido a que con frecuencia suele entender los conceptos de patria potestad y el de guarda crianza y educación como sinónimos, es relevante recordar y aclarar que no lo son, debido a que, **la guarda, crianza y educación** forma parte del **aspecto personal** de la patria potestad, pues se refiere al poder-deber de cuidar al menor de edad, velar por su integridad física y síquica, alimentarlo y atender sus necesidades básicas necesarias para su adecuado desarrollo y prepararlo para la vida, proporcionando educación. Dicho de otra manera, lo que existe entre ambos institutos es una relación de género - especie (Benavides, 2011, p. 428).

Es importante acotar que, en el C.F., la patria potestad, la guarda, crianza y educación del emancipado se encuentran reguladas en los numerales 140 al 163.

La patria potestad finaliza según el ordenamiento jurídico costarricense (art. 158, C.F.) por lo siguiente: a.- el cumplimiento de la mayoridad; b.- por la muerte de quienes la ejerzan; c.- por la declaratoria judicial de abandono de la persona menor de edad; d.- cuando el emancipado haya sido objeto de violación, abuso sexual, corrupción o lesiones graves o gravísimas por parte de quienes la ejerzan.

Por su parte, se puede suspender o modificar, según los numerales 152 y 159 del C.F., y artículo 3, incisos f, g, h, i de la LcVD por las siguientes razones:

- 1. Por disposición judicial en caso de disolución del vínculo de pareja (o como medida de protección, en este caso, se puede suspender parcialmente únicamente en el aspecto **personal**) o por mutuo acuerdo, en caso de que la separación sea por mutuo consentimiento.
- 2. La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique el patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres.
- 3) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores que los padres den a sus hijos.
- 4) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles.
- 5) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible.
- 6) ncapacidad o ausencia declarada judicialmente.
- 7) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.

La defensa técnica debe tener claro que los institutos de familia analizados líneas *supra* otorgan al padre y a la madre algunos derechos y obligaciones respecto a sus hijos e hijas emancipados. Esto es importante, debido a que, en muchas ocasiones, no solo se imponen algunas medidas de protección que transgreden estos aspectos, sino también se acusan (reprochan) por parte del Ministerio Público algunos extremos que no son más que un ejercicio legítimo de estos derechos y obligaciones, los cuales pueden ser evidenciados en el proceso penal (aplicando por ejemplo la teoría del delito, entre otras posibilidades, la causas de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (art. 25 del C.P.) por parte de la persona defensora, acudiendo a los diferentes métodos de interpretación normativos como por eje: el sistemático (Gimbernat, 2013, p. 71).

Estos aspectos deben ser analizados de cara al caso concreto por parte de la defensa técnica, en aras de plantear las acciones defensivas que correspondan dentro del proceso penal. La defensa letrada debe ser vigilante para que el ejercicio de alguno de los derechos o el cumplimiento de algunas de las obligaciones derivadas de la autoridad parental no se utilice, a modo de fraude de etiquetas para atribuir alguna responsabilidad penal a la persona usuaria que se representa.

Sobre este extremo, la jurisprudencia nacional ha indicado que:



[...] los Juzgados de Violencia Doméstica deben, en situaciones en las que existan niños de por medio, ser claros en si la prohibición de acercamiento los cubre, o bien, debe establecerse un régimen de visitas. Este aspecto cobra relevancia, ya que desde el punto de vista del interés superior del niño y niña, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9, evita, salvo casos excepcionales, la separación de los niños y niñas de sus padres: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño." [...] en aquellas situaciones en los que no existe noticia de una agresión directa o indirecta hacia las personas menores de edad vinculadas a la relación de pareja, y en el tanto, el Juzgador no estime pernicioso el contacto con alguno de los progenitores, deberá, en cada caso concreto, valorar con sumo cuidado, a la luz del principio de interés superior de la persona menor de edad, el alcance de las medidas de protección, así como el eventual establecimiento de un sistema controlado de visitas. (S.T., voto 0883-2015). (El resaltado no es del original).

Sección IV. Aspectos civiles con incidencia en la cuestión penal

Es preciso señalar que, en el marco de este texto, los aspectos civiles que interesan resaltar no son, necesariamente, los referidos a los extremos de una acción civil resarcitoria. Aquí se hace referencia a un conjunto de conceptos de connotación eminentemente civil que están relacionados, principalmente, con la configuración del hecho delictivo, entre ellos: bien, valor, patrimonio, propiedad, posesión, tenencia, acto, contrato, derechos reales y personales, entre otros.

Estos temas deben ser estudiados y revisados con detenimiento por la persona defensora pública cuando se investiguen, especialmente, tipos penales relacionados con la violencia patrimonial (contemplados en la LPVcM, arts. 34-39), en vista de que, generalmente, tendrán incidencia en su configuración típica, pues dan contenidos, en no pocas ocasiones, a gran parte de sus elementos objetivos del tipo. Así, por ejemplo, puede mencionarse el caso donde se le imputa a un hombre el delito de sustracción patrimonial regulado en el artículo 34 de la LPVcM, a pesar de que el bien o valor no se encuentra en posesión o no es parte del patrimonio de una mujer, en los extremos típicos exigidos en dicho tipo penal.

Cabe resaltar que la mayoría de estos aspectos se encuentran contemplados en el Código Civil de Costa Rica, Ley N.º 63, por lo que este cuerpo normativo será de necesaria consulta para la persona defensora pública, cuando se esté delante de esta tipología delictiva. Además, se recomienda apoyarse en el abundante material bibliográfico que la doctrina civilista ha desarrollado alrededor de estos temas (al respecto se recomienda consultar la siguiente doctrina nacional: Montero (1999), Brenes (2001), Meza (2009) y Castillo (2012), así como la jurisprudencia de los tribunales civiles.

A pesar de que el abordaje y el entendimiento de los aspectos señalados son esenciales para la resolución del asunto penal, en virtud de que se traducen en una fuente importante de prueba y/o apoyo dogmático –según sea el caso– para fundamentar las posiciones de las partes, con frecuencia, son tópicos olvidados en los planteamientos de la teoría del caso y, en ocasiones, cuando se utilizan insumos de esta naturaleza, se hace de manera muy superficial y/o errada, lo que se traduce en peticiones inadecuadas y/o resoluciones erradas.

Debido a lo anterior, es de suma importancia que los aspectos referidos en los párrafos anteriores sean entendidos de forma clara y amplia por parte de la persona defensora pública, a la hora de formular tanto la respectiva teoría del caso como la estrategia de defensa en el proceso penal. Esto, sin lugar a duda, resultará beneficioso para el ejercicio de una defensa técnica más completa, lo cual, en última instancia, se verá reflejado en la prestación de un servicio público de calidad.



Capítulo IV Aspectos endopenales teóricos y prácticos en torno a la defensa penal en delitos de violencia contra las mujeres

En este acápite, se abordarán algunos temas que, con mayor frecuencia, se encuentran presentes en los procesos penales que se tramitan, especialmente, por delitos de violencia contra las mujeres. Cada uno de ellos se analizará desde la óptica doctrinaría legal, así como jurisprudencial, haciendo especial énfasis en reflexiones prácticas sobre cada uno de los tópicos desarrollados.

Sección I. Aspectos endopenales

Para efectos del presente texto, se entenderá como tales, todo aquel conjunto de aspectos relacionados con insumos, diligencias, acciones y actuaciones de naturaleza penal, las cuales son desarrolladas y encaminadas en el contexto de un proceso penal para el procesamiento de la delincuencia contenida, principalmente, en la LPVcM.

Algunos de los ejes temáticos que se mencionarán permean de manera transversal todas las etapas del proceso penal; *verbigracia*, actividad procesal defectuosa, derecho de abstención y los diferentes tipos de prueba, entre otros. La persona defensora pública deberá estar atenta frente a estos aspectos durante todo el transcurso del proceso para llevar a cabo las respectivas alegaciones con la profundidad técnica y argumentativa requerida.

DERECHO DE DEFENSA BESTENCIÓN SOLUCIONES ALTENAS SOLUCIONES ALTENAS

Ilustración n.° 3: Aspectos endopenales



Entre los aspectos endopenales, se hallan los siguientes:

1. Ejercicio del derecho de defensa técnica y material desde el primer momento de la persecución penal

La persona defensora pública debe vigilar exhaustivamente que a la persona sospechosa de haber cometido un delito se le haya respetado, desde el inicio del proceso penal, el derecho de defensa tanto técnica como material. Esto implica otorgarle la oportunidad de participar activamente *en todas las etapas del proceso penal*, según su interés y conveniencia, de conformidad con lo autorizado en la ley.

Para tal efecto, es importante tener presente que a la persona imputada le asiste el derecho de defensa en sentido amplio, desde el primer momento de la persecución penal, entendiendo como tal, cualquier actuación judicial **o policial** en la que se señale, como posible responsable de haber cometido un hecho punible, ya que, desde este momento, adquiere la condición de imputado (C.P.P., arts. 12, 13, 81 y 98, inc. 1; C.A.D.H., 8.2.d).

Lo anterior significa que no necesariamente el primer acto del procedimiento penal es la intimación (indagatoria), como erróneamente suele confundirse, pues, en algunos casos, pueden existir actuaciones que le anteceden a este acto formal, en los cuales debe materializarse el derecho de defensa, como, por ejemplo: inspecciones y registro de lugares (art. 185 del C.P.P.), allanamientos (art. 193 y siguientes., C.P.P.) y reconocimientos en rueda de personas (numeral 229 C.P.P.), entre otros.

Es decir, desde el primer acto del procedimiento penal, el ejercicio del derecho de defensa implica la posibilidad de una participación activa tanto por parte de la defensa técnica como material, lo cual da la posibilidad, *verbigracia*, de llevar a cabo, entre otras cosas, investigaciones y peticiones para obtener prueba a favor de la persona representada (Traversi, 2005, p. 38)⁴.

En caso de que la persona defensora pública visualice alguna afectación al derecho de defensa –o cualquier derecho o garantía fundamental– debe llevar a cabo la protesta respectiva mediante las formas dispuestas en la ley y ante la autoridad que corresponda, tomando en cuenta, además, criterios de conveniencia para los intereses de quien representa.

2. Aspectos relativos a la declaración sobre los hechos (intimación)

Debe tomarse en cuenta que la intimación sobre los hechos en una causa penal es una diligencia de especial relevancia tanto para la persona investigada de la comisión de un hecho delictivo como para su representación legal, ya que implica, generalmente, el primer contacto formal con el proceso judicial. Por esta razón, debe llevarse a cabo con el mayor cuidado y diligencia por parte de la persona defensora, debido a que, desde este acto, generalmente, inicial –salvo excepciones– se debe desplegar la labor defensiva, proponiendo, cuando sea posible, la teoría del caso.

Es importante que la persona defensora pública recuerde que, si bien, la teoría del caso y la estrategia de defensa se encuentran intimamente entrelazadas, no son la misma cosa. Mientras la primera es "la hipótesis que cada una de las partes espera acreditar en el contradictorio, la cual se fija a través de un análisis del marco fáctico, probatorio y jurídico de la causa en análisis", la segunda se trata de una "serie de actuaciones que debe realizar el o la profesional de la Defensa Pública y que tienen por finalidad fundamental acreditar la Teoría del Caso". (González; Montero, 2012, p. 13).

Además, se debe tener en cuenta que la declaración indagatoria está dispuesta expresamente en el C.P.P., en diferentes momentos, entre ellos: dentro de las 24 horas de aprendido el encartado (art. 91); antes de dar traslado a la acusación o querella (numeral 309); en la audiencia preliminar (art. 18); en juicio (numeral 343) y en la audiencia inicial en el procedimiento expedito de flagrancia (art. 428 del C.P.P.). Sin embargo, la persona imputada puede declarar sobre los hechos en cualquier momento del proceso que desee, siempre y cuando, no exista obstáculo procesal para ello.

Sobre esta posibilidad de investigar para buscar prueba para la defensa, es importante recordar al profesor Ferrajoli, quien, al respecto, ha reflexionado sobre la necesidad de conformar un Ministerio Público de la Defensa (1995).



Cabe además destacar que, en caso de que se lleve a cabo la intimación en el Ministerio Público, le corresponde al fiscal o a la fiscala del caso realizarla de manera personal y no por medio de sus subalternos (auxiliares, por ejemplo). Así la S. Const. lo ha dispuesto en el voto n.º 9879-2001.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la omisión de realizar indagatoria por todos los hechos acusados implica un quebranto al derecho de defensa (S.T., voto 0337-2002).

De igual forma, es importante rememorar que la diligencia de cita debe llevarse a cabo sin exigirle a la persona imputada que diga la verdad (sin juramento), sin que medie ningún tipo de tortura, coacción y/o amenaza. Además, debe realizarse sin el uso de mecanismos de seguridad que limiten la libertad de movimiento, tal y como lo disponen los artículos 96 y 97 del C.P.P.

La realización de la intimación incluye, además de lo referido, llevar a cabo, como mínimo, los siguientes aspectos:

2.1. Obligación de informar derechos procesales

El artículo 92 del C.P.P. designa la obligación al fiscal o a la fiscala de informar y realizar las siguientes advertencias preliminares a la persona imputada, antes de iniciar la declaración indagatoria en el Ministerio Público: explicar detalladamente el hecho que se le atribuye; indicar la eventual calificación jurídica de los hechos en investigación; hacer un resumen del contenido de la prueba existente; informar sobre su derecho de abstención; prevenir que señale lugar o la forma para ser notificada; informar sobre la posibilidad de que puede aportar prueba; poner a disposición las actuaciones reunidas hasta ese momento y, en general, informar sobre todos los derechos procesales.

Sin embargo, a pesar de que aquellas obligaciones son atribuidas legalmente a la persona representante del ente fiscal, todas ellas deben ser también advertidas por la persona defensora pública en cumplimiento del deber legal de asesorar ampliamente a la persona encartada. Esto implica que la defensa técnica debe explicar todos los aspectos mencionados con amplitud y detenimiento, de manera clara, concreta y de la forma más sencilla posible, con el fin de que la persona usuaria entienda adecuadamente cada uno de los extremos señalados.

Esta labor esencial de asesoramiento debe extenderse a los demás derechos y garantías contenidos en el ordenamiento jurídico costarricense (entre ellos, los mencionados en los artículos 82, 92, 93, 96 del C.P.P.) y la normativa internacional. También conlleva a la tarea de informar todos aquellos otros aspectos legales que se consideren importantes de cara al proceso penal.

Además, se debe informarle a la persona encartada la función que se realiza por parte de la defensa letrada pública, de cara a la defensa de sus derechos, con el fin de que comprenda la relevancia de las labores que ejerce la defensa técnica.

Esta labor de información sobre los extremos indicados por parte de la defensa técnica es fundamental, pues en la práctica se observa que, lamentablemente, en la mayoría de los casos, aquella labor asignada a la persona representante del Ministerio Público no se cumple, al momento de intimar y, cuando es realizada, se hace de forma parcial o equívoca.

2.2. Explicar la importancia de la declaración indagatoria

Es de suma importancia que a la persona representada le quede clara la trascendencia del acto de indagatoria, con la finalidad de que pueda hacer empatía con la defensa técnica en aras de construir una comunicación fluida y efectiva que permita explorar los detalles que rodean el caso, pues la persona imputada es la que, inicialmente, se convierte en la fuente directa de información (y prueba). Esto facilitará que, desde el inicio, se construyan de forma conjunta las bases sólidas de la teoría del caso, ya sea brindando la versión sobre los hechos o solicitando prueba o cualquier otra gestión por parte de la defensa.



2.3. Informar el contenido detallado de la totalidad del expediente penal y las consideraciones jurídicas iniciales del caso

Antes de la materialización del acto de indagatoria, la persona defensora pública debe explicarle a la persona que representa, con amplitud y de manera sencilla, las actuaciones, resoluciones, material probatorio y, en general, todo el contenido de la sumaria existente hasta ese momento.

Esto constituye un derecho de suma importancia para el imputado: el derecho de información y asesoría, los cuales son de contenido esencial del derecho de defensa. Involucra que se le advierta e informe a la persona encartada sobre las consideraciones legales que pueden derivarse de los hechos que se encuentran bajo investigaciones, para que dimensione su situación jurídica.

Debe tomarse en cuenta en esta labor que, por lo general, las personas usuarias de la Defensa Pública no conocen de derecho y, menos, de derecho penal. A esto hay que agregarle que las personas que se atienden en la institución suelen estar acompañadas de diferentes condiciones vulnerables (económicas, sociales, culturales, mentales, entre otras). Por tanto, desde esta perspectiva, se intensifica la necesidad de que la labor técnica que se realiza sea más exhaustiva, debido a que el proceso judicial se torna un mundo totalmente desconocido para ellas. En razón de ello, la defensa letrada se convierte en la guía de la persona usuaria para entender el escenario judicial.

Lo anterior amerita que se le deban detallar de manera sencilla las generalidades del proceso penal a la persona usuaria, como por ejemplo: las etapas procesales, las consecuencias jurídicas, la afectación de bienes jurídicos, la importancia de acudir a los llamamientos judiciales, los perjuicios que pueden acarrear en los derechos fundamentales de la persona imputada, la posibilidad de imposición de medidas cautelares, las formas de solución del caso (solicitar desestimaciones o sobreseimientos, medidas alternas, aplicación de procedimiento abreviado, juicio (condena, absolutorias), etc.), entre otros.

2.4. Determinar la existencia de condiciones personales especiales de la persona representada

La persona defensora pública debe explorar, con acuciosidad, aspectos relacionados con las condiciones personales de la persona imputada para determinar si esta posee algún tipo de condición de vulnerabilidad, condición psicosocial especial o adicciones que podrían influir en la cuestión penal.

Esta averiguación debe llevarse a cabo no solo a la luz del contenido del expediente, sino también de una exploración directa con la persona representada o sus familiares, ya que se corre el riesgo de que dichas circunstancias no se determinen de la información que consta en los autos, debido a que, en muchos casos, tales extremos no son, lamentablemente, de interés para el ente acusador.

La identificación de estos aspectos es de suma importancia de cara al proceso penal, en tanto puede establecer caminos de naturaleza procesal y/o de carácter sustantivo diversos en el caso concreto. A modo de ejemplo: en caso de que la persona usuaria sufra algún padecimiento mental, esto puede conllevar a dirigir la mirada a temas relativos al binomio imputabilidad-inimputabilidad de la persona representada, tanto en su aspecto procesal (aplicación de un procedimiento especial), como en el sustantivo (la invocación de algunos aspectos de la teoría del delito, como, por ejemplo: la atipicidad de la conducta por concurrencia de un error de tipo psíquicamente condicionado) o probatorio (solicitar alguna pericia).

2.5. Llevar a cabo solicitudes probatorias o de otra naturaleza, tendientes a poner en marcha la teoría del caso

Este aspecto es de suma relevancia en el acto de intimación, en tanto, implica, generalmente, una de las primeras posibilidades formales para que la defensa técnica y la defensa material propongan su teoría del caso e inicien su materialización por medio de la estrategia de defensa.



No obstante, la defensa técnica deberá actuar con suma prudencia y vivacidad a la hora de solicitar y/o aportar prueba al proceso, debido a que, generalmente, para este momento, la información recabada en el expediente es muy escasa, en razón de lo prematuro de la investigación. Por tanto, la persona defensora pública debe valorar los criterios de conveniencia y oportunidad, además de la legalidad de sus peticiones y aportes probatorios; en caso contrario, puede perjudicar los intereses de quien representa.

Deben valorarse los criterios de conveniencia y oportunidad en la solicitud y ofrecimiento de la prueba, de acuerdo con los aspectos específicos y especiales que rodean el caso concreto, sin dar la espalda a los requisitos formales exigidos en la ley; es decir, se deben conciliar ambos aspectos al momento de llevar a cabo las acciones probatorias.

Por ejemplo, en caso de que se detecte una defectuosa toma de denuncia, debido a que no se le previno a la parte denunciante que le asistía el derecho de abstención, la defensa técnica debe considerar, si es conveniente realizar alguna solicitud de forma inmediata (*verbigracia*, pedir que mediante una actividad procesal defectuosa que se declare la denuncia como prueba espuria) o alegarlo con posterioridad, ya que una petición prematura podría más bien ser contraproducente para los intereses de la persona encartada, debido a que, en el ejemplo en cuestión, se advertiría al ente fiscal del defecto otorgándole la posibilidad de corregirlo.

2.5.1. Especial atención a personas con algún tipo de adicción

La persona defensora pública debe valorar de *manera inmediata*, si de la dinámica del hecho investigado, se determina la existencia de adicción a algún tipo de droga que haga suponer que sea el detonante de los hechos denunciados, para solicitar, *si es conveniente*, de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso concreto, una pericia toxicológica para determinar los pormenores de dicha problemática, máxime, si se determina que la persona fue detenida encontrándose bajo la influencia de sustancias psicoactivas, por ejemplo: en estado de ebriedad.

Cuando se solicita este peritaje, la persona defensora pública debe justificar su utilidad, necesidad y pertinencia, no solo porque esto es lo técnicamente correcto, sino también porque, en caso contrario, existe la posibilidad de que sea denegada por impertinente, según la autoridad que corresponde resolver al respecto (por ejemplo: existe el comunicado 03-2018 FAGFIT, suscrito por Mauricio Boraschi Hernández, fiscal adjunto II, el cual les ordena a los fiscales y las fiscalas denegar u oponerse, según sea el caso, a las pericias, cuando falten los criterios señalados).

2.5.2. Examen mental (psiquiátrico o psicológico) obligatorio

El artículo 87, inc. a) del C.P.P. determina la obligatoriedad de practicar un examen mental psiquiátrico o psicológico a las personas que les **atribuyan una agresión doméstica**. Por esta razón, la defensa técnica deberá valorar, si en el caso concreto, esto es oportuno y conveniente para los intereses del imputado.

Sobre este aspecto, se debe tener en cuenta la circular n.º 130-2017 que reitera la n.º 23-14, ambas de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, la cual refiere Aspectos que se deben tomar en cuenta para mejorar la gestión de los despachos judiciales que atienden materia penal, concretamente, en los casos en que se sospecha o se determina que al momento del hecho delictivo el denunciado actuó bajo un estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, y brinda una serie de procedimientos que deben seguir los jueces y las juezas penales del país según el escenario procesal que surja. En este sentido, estas circulares señalan en lo que interesa:

[...] Los jueces y juezas penales de las etapas preparatoria, intermedia, de juicio y de ejecución de todo el país, deben tener claridad de las diferencias que se presentan en el plano procesal y de los presupuestos para la procedencia: del internamiento para observación (artículo 86 del Código Procesal Penal); la internación como medida cautelar (ordinal 262 del Código Procesal Penal); la medida de seguridad (numerales 97, 98, 101 y 102 del Código Penal y 388 a 390 del Código Procesal Penal); y el incidente



de medida de seguridad (artículo 487 del Código Procesal Penal), por cuanto, el ingreso y egreso de los imputados al CAPEMCOL tiene su origen en una orden judicial [...]. (La cursiva es del original).

Posteriormente, sigue exponiendo sobre qué procedimientos deben aplicarse según cada panorama procesal.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, en este tipo de pericia, el imputado es sujeto u órgano de prueba (S. Const., voto 1428-1996) y no objeto de prueba (S. Const., voto 1301-2004). Por tanto, la persona encartada puede decidir, si se la practica o no, si decide aplicársela, puede indicar en qué circunstancia lo hará, debido a que, en el primer supuesto, es decir, el encartado como sujeto de prueba, aplican las reglas del derecho de abstención (arts. 88 y 92, párr., 2 del C.P.P.; art. 36 de la C. Pol.).

2.5.3. Estado de salud

Es importante indagar el estado de salud de la persona que se investigará, con la finalidad de determinar si padece de alguna enfermedad o verificar si su integridad física fue afectada al momento de la aprehensión o detención. En cualquiera de los casos, debe valorarse si se solicita de manera inmediata, el dictamen pericial que corresponda para que valore su salud (para aportarla como prueba en el proceso penal) así como la atención médica que requiera, en aras de salvaguardar la vida, integridad física y/o dignidad del usuario.

Sobre este aspecto, hay que tener en cuenta la circular n.° 17-2005 de la Secretaría General de la Corte, del 23 de febrero de 2005, la cual hace referencia al *Manual de procedimientos para la contención, conducción e intervenciones corporales de detenidos*, en la cual se emite una serie de directrices de acatamiento obligatorio relacionadas con la priorización de la salud de la persona que se encuentre detenida. Así, por ejemplo, menciona que:

[...] Cuando un privado de libertad presente alguna dolencia o afección física que requiera de atención médica, deberá ser trasladado a un Centro Hospitalario, previa autorización del funcionario judicial a cuya orden se encuentre. En los casos de extrema urgencia el Jefe o Encargado de la respectiva dependencia policial, el traslado y comunicará a la respectiva autoridad, para estos efectos, podrá solicitar el criterio de algún médico y lo hará del conocimiento del funcionario a cuya orden se encuentre el privado de libertad [...].

2.6. Cumplir con aspectos administrativos dispuesto por la institución e informar lo relativo a la comunicación entre la persona defensora y la persona usuaria

Dentro de los aspectos administrativos que se deben tomar en cuenta al momento de llevar a cabo la declaración indagatoria de una persona, está el cumplimiento de todas aquellas directrices, recomendaciones y disposiciones emanadas de la Defensa Pública, tanto por la jefatura como por la coordinación de la UDPDVM, así como de cualquier otra autoridad del Poder Judicial que se encuentre vigente al momento de llevar a cabo dicha diligencia judicial.

A modo de ejemplo, en el caso del imputado, se debe llenar la minuta de indagatoria especializada de penalización de manera detallada; llevar a cabo la declaración jurada de ingresos del imputado para valorar el cobro de honorarios posteriormente, conforme a las disposiciones legales e institucionales vigentes.

Implica también, informarle a la persona encartada los detalles de las formas en que la defensa técnica y material se comunicará durante la tramitación de la causa penal. Además, conlleva a otorgar información sobre la dirección de oficina, los números telefónicos, correos electrónicos y cualquier otro medio que facilite la comunicación entre la persona defensora y la persona encartada.

Asimismo, se requiere que la persona defensora pública otorgue información sobre el futuro procesal de la causa en trámite. Ahora bien, si se da el caso de que la persona usuaria fue atendida por una persona defensora que no será la titular, deben explicársele estos aspectos e informarle dónde puede consultar por la persona defensora que se nombrará.



De la misma manera, es importante hacerle ver a la persona investigada, las bondades de tener una buena y constante comunicación entre la defensa técnica y la defensa material, pues este aspecto es esencial para el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Además, permite el desarrollo del trabajo en equipo entre ambas defensas, lo que contribuye a la protección en mayor medida de sus intereses.

En resumen, el cumplimiento de todas las disposiciones administrativas por parte de la persona defensora es importante, debido a que son directrices encaminadas directa o indirectamente a la mejora continua del servicio público que se brinda en la Defensa Pública. De igual manera, algunos de los lineamientos administrativos constituyen un complemento o una extensión, generalmente, del desarrollo de las labores técnico-jurídicas de la defensa técnica.

3. Medidas cautelares

En términos generales, en los procesos penales surgidos a raíz de la aplicación de la LPVcM, el tema de las medidas cautelares no tiene diferencia sustancial con la que ordinariamente se le da, en procesos penales donde no se tramita este tipo de delincuencia especial. Dicho de otra manera, el abordaje que la persona defensora pública debe darle es el mismo, salvo lo mencionado de seguido.

3.1. Disposiciones del numeral 7 de la LPVcM, en torno a las medidas cautelares

El artículo 7 de la LPVcM regula la posibilidad de que se soliciten medidas de protección contempladas en la LcVD, así como cualquier otra medida cautelar dispuesta en el C.P.P., durante el proceso penal surgido a raíz de la aplicación de la ley de penalización.

Bajo una interpretación integral del ordenamiento jurídico, se desprende del análisis de esta primera parte de la norma en mención que se pueden solicitar medidas de protección de las descritas en el artículo 3 de la LcVD, en el proceso penal para proteger a las eventuales víctimas, sin que sea necesario, *prima facie*, solicitar o imponer una medida cautelar de naturaleza tan gravosa como la prisión preventiva. Esta posibilidad sin duda alguna, se ajusta en mejor medida a los principios de proporcionalidad (y sus subprincipios: necesidad, idoneidad y prohibición de excesos (Aguado, 2012) y excepcionalidad (art. 10 del C.P.P.) que integran la doctrina de las medidas cautelares mencionadas.

Es importante tener claro este aspecto para alegar eventualmente en casos donde la fiscalía, dándole la espalda a un universo de posibilidades más benévolas, opta por pedir, en no pocas ocasiones, de manera injustificada, medidas cautelares tan gravosas como el encierro preventivo.

Asimismo, el numeral en mención refiere que "el juez podrá ordenar a la persona imputada el uso del dispositivo electrónico sin perjuicio de enlazar con la víctima, a fin de garantizar su protección".

Este último aspecto regula la posibilidad de aplicar mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal, contemplados en la Ley N.º 9271, la cual adicionó, mediante su numeral 5, el inciso j) del artículo 244 del C.P.P., el cual regula otras medidas cautelares diferentes a la prisión y literalmente refiere: [...] j) La imposición de la medida de localización permanente con mecanismo electrónico. Para tal efecto, un día bajo localización permanente con dispositivo electrónico equivale a un día de prisión preventiva [...].

Es esencial apelar a esta posibilidad por parte de la defensa técnica, cuando se solicitan medidas más gravosas, en caso de que su imposición resulte ser más ventajosa para los intereses de la persona representada.

3.2. Especial atención al principio de proporcionalidad

Debido a factores como la baja penalidad de la mayoría de los delitos contenidos en la Ley de Penalización (rangos entre los tres meses y los dos años de prisión), a la posibilidad de imposición de penas alternativas (arts. 10 y 11 de la LPVcM), a la opción



de aplicar una solución alterna al proceso y a la alternativa de que se puedan sancionar algunos de los delitos contenidos en la LPVcM con prestación de servicios de utilidad pública (art. 56 bis del C.P.) o arresto domiciliario con monitoreo electrónico (art. 57 bis del C.P), es importante que la persona defensora pública dirija la atención, ante una solicitud de medidas cautelares de prisión preventiva, a argumentaciones que incluyan el principio de proporcionalidad y sus subprincipios, necesidad, idoneidad y prohibición de excesos (Aguado, 2012), pues los anteriores supuestos, a la luz de los principios referidos, no ameritarían la imposición de una medida cautelar tan gravosa como la indicada (Castillo, 2013, p. 215), (CIDH, López Álvarez vs. Honduras, 2006) y (CIDH Barreto Leiva vs. Venezuela).

Sobre este extremo, la defensa técnica debe otorgar especial atención a la inflada calificación jurídica provisional que, con frecuencia, el Ministerio Público les otorga a los hechos denunciados, donde, generalmente, en sus alegaciones, omite tomar en cuenta criterios jurídicos relacionados con la unidad de acción y concursos (TASPSJ, res., 2012-0278, 2017-1317).

Con tal proceder, las personas representantes del ente fiscal, en algunos casos, lo que pretenden es dar la errónea impresión al órgano jurisdiccional que está conociendo la solicitud de medidas cautelares, de que en la causa penal existen varios hechos delictivos y/o delitos graves y altas penalidades (generalmente se echa mano a ensanchamientos ilegítimos de criterio como: reiteración/gravedad y penalidad) con el fin de incidir en la psiguis de la persona juzgadora, cuando la realidad no es así.

Como se ha indicado, es labor de la defensa técnica exponer claramente la lectura jurídica idónea de los aspectos mencionados que se adecúa al caso particular. Sin embargo, para lograr este objetivo, es necesario profundizar el conocimiento teórico sobre estos tópicos (sobre concurso y unidad de acción se recomiendan: Chinchilla Calderón, 2010 y Chinchilla Rojas, 2010).

3.3. Argumentos fiscales asociados al Protocolo interinstitucional de intervención y valoración de riesgo en situaciones de violencia contra las mujeres

En algunos casos, como parte del elenco probatorio y de su línea argumentativa, el Ministerio Público presenta una lista de indicadores de riesgo que son el resultado de la aplicación a la víctima, del *Protocolo interinstitucional de intervención y valoración de riesgo en situaciones de violencia contra las mujeres*, el cual fue emitido por el Consejo Superior, mediante la circular n° 197-2014. Este protocolo es un instrumento de coordinación interinstitucional que pretende, por un lado, identificar riesgos de mujeres que son víctimas de violencia por parte de su pareja y, por otro lado, intervenir interinstitucionalmente (INAMU, Poder Judicial (juzgados, fiscalías), Ministerio de Seguridad Pública, Patronato Nacional de la Infancia, entre otras.) de manera integrada, en aquellas situaciones de violencia de género.

En este Protocolo, se contempla una lista de indicadores de riesgo para mujeres en situaciones de violencia, agrupados de la siguiente manera: a.- por la condición del presunto agresor (ejemplo: existencia de amenaza de muerte a la víctima de parte del presunto agresor; antecedentes delictivos por delitos contra las personas del agresor; intento suicida; antecedentes psiquiátricos; y el acceso a armas); b.- por la condición de la víctima (egreso del domicilio por riesgo de muerte; miedo de la víctima de ser ultimada por parte del presunto agresor; separación reciente de la víctima, etc.); y c.- por la situación general de violencia (aislamiento o retención de la víctima por el presunto agresor en contra de su voluntad; existencia de abuso físico contra los hijos e hijas; presencia de abuso de alcohol o drogas por el presunto agresor; y aumento de la frecuencia y gravedad de la violencia).

En estos casos, este Protocolo obliga a las fiscalías tener en cuenta la lista de indicadores de riesgo a la hora de tramitar causas donde medie violencia contra las mujeres, en el contexto de una relación de familia y/o pareja. Por esta razón, con frecuencia lo invocan en el momento que solicitan medidas cautelares, principalmente cuando se trata de la prisión preventiva.

Por consiguiente, cuando la persona defensora pública atienda solicitudes de medidas cautelares, cuyos argumentos señalen los resultados de la aplicación del protocolo en mención, se debe hacer la oposición a las medidas cautelares indicando que, de acuerdo con el principio de legalidad procesal y su subprincipio reserva de ley, no es posible aceptar que dicho instrumento prevalezca por encima de lo dispuesto en la ley. Sobre este aspecto, es importante acotar que dicho argumento jurídico es



mencionado como límite en el mismo instrumento de cita, al referir que su aplicación [...] debe potenciarse y complementarse a la luz del conocimiento y entrenamiento en el uso de la ley [...]. (Consejo Superior, circular n.º 197-2014).

De la misma manera, se recomienda hacer ver a la autoridad jurisdiccional decisora de la medida cautelar que los indicadores contenidos en el protocolo no solo carecen de unas bases científicas mínimas, sino también su aplicación en la práctica sucede como si se tratara de una operación aritmética, pues, en muchas ocasiones, es realizada por personas funcionarias que no tienen conocimientos mínimos en psicología, ni siquiatría o rama del conocimiento afín, por lo que no pueden determinar, con la rigurosidad requerida, la existencia en el caso concreto de aquellos factores. En otras palabras, no se puede acatar la existencia de estos indicadores a un mero encuadramiento automático/mecánico por parte del fiscal o de la fiscala, sino que ello debe ser analizado a profundidad por especialistas en la rama que corresponda.

Al respecto, es importante tener presente que la aplicación automática de estos indicadores conlleva a un contrasentido en torno a la garantía de inocencia, debido a que su existencia requiere ser acreditada en grado de certeza, estado al que es imposible arribar en las fases del proceso penal en la que se emplea este instrumento (etapa de investigación o intermedia).

Por último, debe indicársele al órgano jurisdiccional que la mayoría de los aspectos que son señalados como indicadores en el protocolo en cuestión forman parte de los elementos objetivos de los tipos penales contemplados de la LPVcM y otros cuerpos normativos como el Código Penal, por lo que no puede verse como un extremo que debe dar contenido a un peligro procesal, al menos que se quiera violentar la garantía de imputación e inocencia.

3.4. Valorar si se debe remitir al imputado a centro para abordaje de violencia de pareja o adicción

En algunos casos, es factible determinar a *prima facie* que los hechos en investigación pueden tener relación con algún tipo de adicción de la persona imputada o se puede también asociar con un evidente problema de violencia.

Cuando se determina alguna de las circunstancias señaladas en el párrafo anterior y se solicite una medida cautelar de prisión preventiva, se hace oportuno ofrecer, en atención al principio de excepcionalidad y proporcionalidad que permea este tipo de institutos (art. 10, C.P.P.), la aplicación de una medida sustitutiva a la prisión preventiva (art. 244, C.P.P.), con el objetivo de abordar la eventual génesis que pudo haber incidido en la comisión del aparente hecho delictivo que se trate.

Esta medida cautelar no privativa de libertad podría ser peticionada en carácter de internamiento o de manera ambulatoria – según la necesidad de cada caso– con la finalidad de evitar la imposición de una medida más grave como el encarcelamiento preventivo y, de paso, con ello se lograrán atender de manera inmediata los detonantes que aparentemente confluyeron en la comisión del hecho criminal.

Es preciso señalar que, para ofrecer una medida sustitutiva como la referida, la persona defensora pública deberá buscar una institución pública o una organización no gubernamental (ONG's) que puedan brindarle la atención que la persona encartada requiera. Para tal efecto, la UDPDVM cuenta con un folleto donde se recopila información sobre diferentes centros e instituciones que brindan abordaje en violencia y/o adicciones y otros tópicos, el cual puede consultarse para tal fin en el momento que se requiera (Defensa Pública, *Centros de remisiones de personas usuarias*, 2014).

Finalmente, es importante tener en cuenta que, en casos como los descritos, el apoyo familiar siempre es de gran ayuda para la defensa técnica. Por esta razón, es conveniente tratar de localizar a la familia de la persona encartada para que sirva de apoyo en las gestiones que se realicen al respecto, previa autorización de la persona investigada.

4. Derecho de abstención

Respecto al derecho de abstención –o facultad de abstención–, la persona defensora pública debe tener claras las siguientes consideraciones y precisiones, además de los aspectos ya manifestados sobre este tema en el capítulo I y en la primera parte de este apartado:



4.1. Regulación legal y sujetos legitimados

El derecho de abstención se encuentra regulado en la C. Pol., arts. 36, 51, numerales 204, 205 y 281 del C.P.P. y artículo 43.2 del Código Procesal Civil Costarricense.

Ahora bien, tanto el numeral 36 de la C. Pol., el art. 43.2 del Código Procesal Civil, así como los artículos 205 y 281 del C.P.P. refieren tanto los términos, como las personas y el grado de parentesco que cobija la facultad de abstención. Al respecto se señala: nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra 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.

Es importante aclarar que el artículo 36 de la C. Pol. refiere que una persona no está obligada –entre otros supuestos– a declarar contra su (esposa/so), excluyendo, al parecer inicialmente, otras formas de pareja como los concubinatos. Sin embargo, desde la década de los noventa, dichosamente, bajo una visión vanguardista, el tribunal constitucional costarricense interpretó que dicha regulación incluía también a otras formas de parejas y familias, aunque no estuvieran legalmente constituidas, recurriendo para ello a una interpretación sistemática, teleológica e histórica de la normativa constitucional (arts. 36, 51-53 de la C. Pol.), al referir en el voto n.º 1151-1994 lo siguiente:

[...] En consecuencia, las garantías procesales otorgadas a los familiares por el artículo 36 de la Constitución, para un caso penal, se extienden a la concubina o compañera del acusado, precisamente por el vínculo familiar establecido, vínculo que el juez deberá valorar en cada caso según criterios de razonabilidad que permitan definir la existencia de un vínculo afectivo. En este sentido, el juez deberá analizar los diversos factores que componen la relación familiar, como el grado de cohesión de la pareja, si han procreado hijos juntos, etc, que permitan deducir que la declaración de uno en contra del otro, producirá una lesión a la armonía familiar y por ello es importante hacerle la prevención de que tiene derecho de abstenerse de hacerlo [...]. (Esta posición también se sostuvo en los votos: 2776-1992, 2984-1993 y 0264-1991 del mismo tribunal).

Asimismo, respecto al derecho de abstención en lo relativo a su interpretación, aplicación y finalidad desde larga *data,* la S. Const. ha referido que:

[...] La garantía constitucional del artículo 36 de la Constitución Política, es absoluta en el tanto que no admite ninguna limitación aún cuando provengan de la ley [...] Esta norma en forma clara, con el fin de proteger la cohesión del núcleo familiar, fundada en razones de orden moral y familiar, deja a entera voluntad del testigo decidir si declara o no dentro del proceso penal. En consecuencia, es el testigo el que ostenta el privilegio de valorar su relación familiar y libremente decidir si declara o no lo hace. Desde la perspectiva del Artículo 36 constitucional, no existe ningún supuesto bajo el que esté obligado a hacerlo [...] (voto n.º 0264-1991).

Por su parte, el artículo 281 del C.P.P. tiene una regulación más amplia del derecho de abstención respecto a la disposición contenida en el numeral 205 del mismo cuerpo normativo, debido a que, extiende la posibilidad de que dicha facultad cobije a una persona que **conviva con el denunciante ligado a él por lazos especiales de afecto**, aunque no tenga la condición de cónyuge o pariente hasta tercer grado de afinidad o consanguinidad.

Al respecto, Llobet refiere que [...] Basta que la persona viva en la misma casa del "no denunciante" y que esté ligada a éste por lazos especiales de afecto, no siendo necesario el amor, sino bastando el cariño especial. (2009, p. 437).

Este último aspecto tiene especial relevancia tratándose de procesos penales, cuya finalidad es aplicar la LPVcM, cuando se aplica en relaciones de pareja que no cumplen *con el tiempo de convivencia* dispuesto en el numeral 205 del C.P.P.; es decir, bajo criterios de los extensivos referidos en el primer capítulo de esta obra.



Finalmente, es relevante mencionar que la jurisprudencia nacional ha sostenido que, para reconocer a una pareja el derecho de abstención, no es indispensable que la relación de convivencia tenga más de dos años o que convivan bajo el mismo techo. Es suficiente con que exista una relación afectiva entre ambos (TASPC, res., 2017-0083). Este criterio parece ser el correcto, debido a que parte del fundamento ideológico/constitucional de la facultad de abstención, además, porque toma en cuenta factores sociológicos de actualidad, relacionados con las diferentes visiones modernas en torno a la composición de las familias y sus diversidad relacional.

4.2. Naturaleza y filosofía

Es un derecho de carácter constitucional que forma parte del debido proceso (S. Const., votos 6708-2009, 0986-2001), cuya filosofía radica en la protección de la armonía y la unidad familiar (S. Const., voto 0264-1991, 3483-1993 y 1151-1994).

Desde hace larga data, la S. Const., se ha referido a la finalidad del derecho, afirmando que [...] tiene como objeto primordial proteger el vínculo familiar de los efectos que podría tener una "declaración" del cónyuge o de los parientes en los grados allí descritos, en contra de otro familiar [...] (voto n.° 2776-1992).

4.3. Lugar y tiempo para invocarlo

Tomando en consideración la naturaleza constitucional y la finalidad del derecho de abstención, es posible que pueda ser aducido en *cualquier momento* de un proceso judicial, aunque este sea de naturaleza diversa a la penal, cuando se pueda determinar *prima facie* que, de la manifestación de la persona que le asiste esta facultad, pueda derivarse alguna responsabilidad penal, para ella o para algún familiar que esté dentro del núcleo de protección legal.

Con fundamento en la interpretación propuesta, se puede invocar la garantía de abstención, por ejemplo: en sede policial, en procesos penales y no penales y en los actos o diligencias judicializadas, derivados de estos, como: pericias psicológicas o psiquiátricas, verificaciones de medidas de protección, entre otras (S. Const., votos 1080-2006 y 0750-2002).

El novedoso Código Procesal Civil costarricense contiene una interesante disposición respecto al derecho de abstención en su artículo 43.2, principalmente, en lo relativo a las personas de edad, al referir en lo que interesa lo siguiente:

[...] Pueden abstenerse de declarar como testigos los que sean examinados sobre hechos que importen responsabilidad penal contra el declarante o contra su cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o parientes colaterales hasta el tercer grado, inclusive, de consanguinidad o afinidad [...]

Los testigos menores de edad tendrán derecho de abstenerse a declarar o a responder preguntas concretas, cuando dicho acto les pueda generar un conflicto de lealtad con sus progenitores. El tribunal debe comunicar al testigo menor de edad que tiene ese derecho.

La citada disposición toma especial relevancia en la tramitación de procesos penales relacionados con la LPVcM, cuando surgen a partir de procesos no penales, cuya fuente probatoria se base en manifestaciones realizadas por una persona menor de edad en contra de sus progenitores sin que se le haya advertido su derecho de abstención en los términos dispuestos en la norma de cita. Un escenario como el descrito abre la posibilidad de llevar a cabo peticiones en el proceso penal mediante diferentes incidencias a favor de la persona representada con el fin de que la prueba surgida a raíz de la violación descrita sea declarada ilegal.

Lo dicho hasta aquí es importante para el despliegue de la defensa técnica, ya que, en algunas ocasiones, principalmente en casos donde se aplica la LPVcM, el Ministerio Público y la autoridad jurisdiccional han llegado a considerar en la práctica que este derecho únicamente es materializable en la etapa de un juicio penal.



Por supuesto que tal posición es absolutamente equivocada, ya que la misma naturaleza constitucional que permea el derecho de abstención no admite limitaciones temporales ni espaciales para invocarlo (incluso aun cuando provengan de la ley, S. Const., voto n.º 0264-1991). Dicho de otra manera, aceptar tesis de esta naturaleza sería un contrasentido, debido a que implicaría no solo un vaciamiento de la protección constitucional, sino también conllevaría una violación de la exigencia de coherencia sistemática en la interpretación de la ley que debe permear todo ordenamiento jurídico (S. Const., votos 3483-1993 y 1151-1994). Al respecto se ha indicado:

[...] el texto del artículo 36 constitucional, lo que consagra es un derecho a la abstención de un acto procesal, en aras de proteger los vínculos familiares, como ha quedado dicho, y como tal, es ejercitable en cualquier etapa del proceso y desde luego, no es renunciable en forma absoluta. Es decir, que el hecho de denunciar un supuesto ilícito, no implica para el sujeto, el deber de declarar [...] Siempre y cada vez que sea necesario declarar, el pariente en los grados indicados en el artículo 36 de la Constitución Política, puede abstenerse de hacerlo, sin que ello le implique responsabilidad de ninguna índole y sin que el tribunal pueda incorporar a la etapa del debate su declaración previa [...] (S. Const., voto n.º 264-1991).

Sobre este mismo extremo, la S. Const. sostuvo en el voto n.º 1151-1994:

[...] Por último se insiste en la importancia que en materia penal tiene, la obligación de hacerle la prevención al cónyuge o concubina (según los términos de la sentencia) sobre el derecho de abstenerse de declarar, antes de que lo haga, y de su derecho a hacer valer esta garantía en cualquier etapa del proceso, pues es la única forma de dar plena vigencia a la protección del grupo familiar que quiso el legislador constituyente [...] (Ver también sentencia n.° 3483-1993).

Finalmente, debe recordarse que no es posible que las personas funcionarias que administran justicia apliquen e interpreten la ley o acto de cualquier naturaleza, de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional, tal y como el numeral 8, inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo determina.

4.4. ¿Cubre manifestaciones anteriores al momento del amparo de esta facultad?

La respuesta debe ser afirmativa. Se ha determinado por vía jurisprudencial que, cuando la persona se acoge al derecho de abstención, tiene efectos retroactivos; es decir, cubre las manifestaciones que anteriormente haya hecho, de tal manera que no pueden ser tomadas en cuenta para fundamentar solicitudes y/o resoluciones. (S. Const., 2000-0154; S.T., voto 0750-2002; TASPSJ, res., 0673-2014, 0760-2016).

Sobre este aspecto, el tribunal constitucional costarricense afirma que [...] incorporar por lectura la declaración, equivale a la violación del privilegio de abstención, por una vía indirecta no contemplada en la Constitución Política [...]. (S. Const., voto n.º 0264-1991).

4.5. La persona imputada está legitimada para reclamar el quebranto del derecho de abstención

Inicialmente la S. Const. sostuvo en la década de los 90 que el imputado no podía reclamar un defecto relacionado con la violación al derecho de abstención de terceros, aun cuando dicha violación le haya afectado, debido a que él no era el titular del derecho. Por ejemplo, sostuvo este criterio en los votos 3129-1996 y 1782-1997.

Sin embargo, dichosamente, tal posición, abiertamente sesgada, fue variada por el tribunal constitucional en la resolución 8738-97, cuando se indicó que [...] Con un mejor criterio, esta Sala considera que el imputado sí puede alegar violación al artículo 36 como una violación al debido proceso, cuando no se le efectúan las prevenciones a los familiares a que se refiere esa norma [...]. (También pueden consultarse al respecto, res., n.º 2017-0007 del TASPSJ; S. Const., votos 3475-1999 y 87647-2001).



4.6. Derecho de abstención y disolución del vínculo cuando existen hijos e hijas producto de la relación

La jurisprudencia tanto de la S. Const., (voto n.° 2011-3056) como de la S.T., (votos: 2005-0170, 2007-1101 y 2008-0263) y algunos tribunales de apelación (p. ej. TASPSJ, res., 2015-0569) ha sostenido que la facultad de abstención rige mientras subsista el vínculo familiar definido en la ley procesal. Dicho de otra manera, tal derecho desaparece cuando el vínculo acaba; en el caso del matrimonio, cuando se disuelva legalmente, sin embargo, prevalece el derecho cuando exista separación de hecho (S.T., voto 1358-2000).

No obstante, aquellas posiciones jurisprudenciales son cuestionables, en tanto existen algunas hipótesis donde el vínculo familiar, lejos de desaparecer, subsiste. Esto sucede, por ejemplo, cuando existen hijos e hijas en común o cuando, por alguna razón, las exparejas siguen viviendo bajo el mismo techo.

En este sentido, la persona defensora pública debe tratar de revertir estas posiciones jurisprudenciales. Para tal fin, se recomiendan las siguientes argumentaciones:

En primer lugar, si bien por jurisprudencia vinculante *erga omnes*, la S. Const. ha dispuesto que, en los casos donde no se encuentra vigente el vínculo, no aplica el derecho de abstención, lo cierto del caso es que también el mismo tribunal constitucional ha emitido pronunciamientos de los cuales se puede interpretar lo contrario; como por ejemplo, el voto 1151-1994 que refiere que los administradores de justicia deben tomar en cuenta [...] *los diversos factores que componen la relación familiar, como el grado de cohesión de la pareja, si han procreado hijos juntos, y demás elementos que permitan deducir si la declaración de uno en contra del otro, producirá una lesión a la armonía familiar [...]. (El resaltado no es del original). Por tanto, la existencia de hijos e hijas es un aspecto que hace subsistir, lógicamente, el lazo de familiaridad.*

Además, en el voto n.º 0264-1991, la S. Const. afirmó que [...] es el testigo el que ostenta el privilegio de valorar su relación familiar y libremente decidir si declara o no lo hace. Desde la perspectiva del Artículo 36 constitucional, no existe ningún supuesto bajo el que esté obligado a hacerlo [...].

En segundo lugar, para decidir, en cada caso concreto este extremo, debe llevarse a cabo una interpretación de carácter teleológico, histórico y sistemático; es decir, que dirija la mirada a la filosofía del derecho constitucional de abstención y al espíritu del legislador, el cual no es otro que proteger la cohesión y el vínculo familiar.

En tercer lugar, en los casos donde las exparejas convivan bajo el mismo techo y estén ligadas por lazos especiales de afecto, debe prevalecer la disposición del numeral 281, párrafo último del C.P.P. y, por tanto, el derecho de abstención debe subsistir.

Como cuarto argumento, se debe indicar que la determinación de una disposición constitucional como lo es el derecho en análisis no puede observarse de manera tan superficial; es decir, no puede agotarse en el cumplimiento de una mera formalidad. En este caso, debe prevalecer la finalidad que motivó al constituyente, la cual es la protección de la unión familiar, visto en sentido amplio (S. Const., voto n.º 1151-1994).

La confluencia de los aspectos mencionados conlleva necesariamente a una valoración diversa a la de gran parte de la jurisprudencia mencionada; es decir, a pesar de la no actualidad del vínculo, en algunos casos debe prevalecer el derecho de abstención.

4.7. Derecho de abstención y suspensión temporal del vínculo por resolución judicial

Existen casos, donde por razones ajenas a la voluntad de las parejas, se da una suspensión temporal del vínculo; por ejemplo, sucede cuando por medio de una resolución judicial, se imponen medidas de protección que obligan a las partes a dejar de convivir bajo el mismo techo. Respecto a este escenario, la jurisprudencia ha dispuesto que el derecho de abstención subsiste en razón de que la separación no es definitiva ni voluntaria, sino que es producto de una orden judicial, además de que lo



fundamental no es la cohabitación, sino el elemento emocional que la justifica (res., n.° 2017-0083, n.° 2018-0066 del TASPC y la 0158-2013 del TASPG).

4.8. Derecho de abstención y parejas del mismo sexo

Para Javier Llobet, *el término conviviente abarca también relaciones homosexuales* (2009, p. 349) y señala que una interpretación en otro sentido es contraria a lo dispuesto en el artículo 2 del C.P.P.

Se comparte la postura del profesor Llobet, no solo porque efectivamente dicho término debe observarse conforme al principio de interpretación restrictiva dispuesto en el numeral 2 del código de rito, sino también porque se ajusta a la realidad sociocultural imperante, donde con base en el principio de realidad, el derecho de la Constitución debe extender la facultad de abstención a aquellas relaciones de pareja homosexuales, lo cual es una interpretación conforme a principios y derechos, tales como la igualdad, la dignidad humana y no discriminación, libertad y el derecho de autodeterminación de la persona según sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada, contemplado tanto en la Constitución, normas ordinarias (Código Penal y otros), así como en los instrumentos internacional (p. ejs., arts. 11.2 y 17.1 de la C.A.D.H.) y la jurisprudencia de la CIDH. (Al respecto, ver caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012, y Opinión Consultiva n.º OC-24/17, 24 nov., 2017).

En apoyo de esta posición, se pueden rescatar algunos pronunciamientos de la S. Const.; por ejemplo, la sostenida en el voto 1151-1994, donde respecto a la aplicación del artículo 36 de la C. Pol., defendió la tesis de la familia y la relación de pareja en sentido amplio, en la cual parecen encajar las relaciones del mismo sexo. En esta resolución, se sostiene que la interpretación armónica de los artículos 36, 51 y 52 del cuerpo normativo de cita no permite concluir que la garantía a que se refiere el artículo 36 *ibidem* sea únicamente para la familia basada en el matrimonio, ya que tal interpretación resultaría contraria al espíritu de la Carta Magna. Al respecto, el referido pronunciamiento menciona:

[...] el hecho de que el legislador le haya dado protección constitucional al matrimonio, considerándolo la base esencial de la familia, no es excluyente de otros tipos de familia. El matrimonio es entonces, base esencial, pero no única de familia, a los ojos del legislador. Si además tomamos en consideración que el legislador quiso proteger a la "familia" –sin hacer distingos–, en el artículo 51, no podemos interpretar que "familia" sea solo la constituida por vínculo legal, sino por el contrario, que el término es comprensivo de otros núcleos familiares, aún cuando el legislador haya manifestado su preferencia por los constituidos por matrimonio [...].

Asimismo, en relación con este tema, en el comunicado de la CIDH sobre la Opinión Consultiva llevada a cabo por Costa Rica sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo, n.º OC-24/17, 24 nov., 2017, emitida el 9 de enero de 2018, se indicó:

[...] La Corte Interamericana reiteró que la C.A.D.H, no protege un determinado modelo de familia. Debido a que la definición misma de familia no es exclusiva de aquella integrada por parejas heterosexuales, el Tribunal consideró que el vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo se encuentra protegido por citada Convención. Por tanto, estimó que todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar de parejas del mismo sexo deben ser protegidos, sin discriminación alguna en el mismo grado que se hace con respecto a las parejas heterosexuales. La Corte consideró que esta obligación internacional de los Estados trasciende a la protección de las cuestiones patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos, reconocidos a parejas heterosexuales, tanto internacionalmente como en el derecho interno de cada Estado [...]. (Comunicado CIDH_CP-01/18).

Por último, sobre este asunto, es conveniente aclarar que, conforme al principio de legalidad, tipicidad criminal, interpretación restrictiva (art. 2 del C.P.P.) y de seguridad jurídica, no sería posible, a la fecha (julio/2019), jurídicamente sostener que los delitos que exigen dentro de sus elementos objetivos del tipo, la necesaria concurrencia de un sujeto pasivo que sea mujer y un sujeto activo que sea hombre puedan abarcar relaciones donde ambas personas son del mismo sexo. Tal limitación legal



únicamente podría superarse con una reforma legal (de conformidad con el principio de reserva de ley) en este sentido. Esto implica que, se debería descartar la interpretación constitucional o jurisdiccional en general, como una forma para superar dicho obstáculo, pues lo contrario desbordaría la competencia tanto de la Sala Constitucional como de los tribunales ordinarios.

5. Identificar actos defectuosos y/o prueba espuria

Se recomienda a la persona defensora pública que, desde el momento que se apersone a la causa penal, revise exhaustivamente los actos, diligencias y resoluciones, así como la prueba recabada hasta ese momento, con la finalidad de determinar si existe alguna actuación defectuosa que pueda dar lugar a la interposición de un incidente de actividad procesal defectuosa y/o la solicitud de declaratoria de prueba espuria.

Dicho examen deberá extenderse a lo largo de todo el proceso penal. Asimismo, la exploración debe ser integral, es decir, la defensa técnica debe prestar atención además de los tópicos de naturaleza meramente penal, a todos aquellos aspectos exopenales analizados con anterioridad. Esto implica, necesariamente, tener claros los aspectos básicos, al menos, sobre los siguientes ítems:

5.1. Actividad procesal defectuosa

- 5.1.1. Procedencia: al respecto debe recordarse que, técnicamente, el instituto de la actividad procesal defectuosa procede únicamente contra actos defectuosos, no contra resoluciones judiciales, pues contra estas últimas, lo que procede son recursos (S.T., voto 0085-2007 y res., 2012-0121 del TASPC).
- 5.1.2. Cambio de sistemas: Debe recordarse que Costa Rica pasó del régimen de nulidades taxativas que se encontraba vigente en el Código de Procedimientos Penales (1973), a un sistema de actividad procesal defectuosa con la entrada en vigencia del C.P.P. de 1997.

Lo anterior implicó un cambio significativo en esta materia, pues el primero contemplaba, cuando se decretaba, como sanción procesal, la nulidad de todo lo actuado, mientras que el segundo propone la invalidez de un acto, únicamente cuando la inobservancia de un precepto procesal impide cumplir su finalidad. De esta manera, la nulidad por nulidad misma quedó obsoleta (al menos teóricamente) y prevalece hoy en día el principio de utilidad (finalidad) del acto o de la forma (Cruz, 1994, p. 25).

En la actualidad, se sostiene que las vigencias de las formas no deben ser un fin en sí mismo, afirmándose al respecto que "La exclusión de un acto o de una etapa del proceso debe ser la "última *ratio*", aplicable sólo en aquellos casos en los que la vigencia efectiva de las garantías constitucionales no pueda lograrse de otra forma". (Cruz, 1994, p. 19).

- 5.1.3. Principios de la actividad procesal defectuosa: En el contexto costarricense, especialmente, se han reconocido algunos principios básicos que componen la actividad procesal defectuosa, entre ellos: especificidad (solo se puede declarar la invalidez de un acto, si existe un texto legal que lo ordene); trascendencia (necesidad de perjuicio); instrumentalidad o finalista (formas que no son un fin en sí mismo); convalidación (exige que la parte reclame oportunamente el vicio en la forma dispuesta en la ley bajo pena de convalidación, salvo defectos absolutos); saneamiento (se preferirá sanearlo antes que invalidarlo); y finalidad del acto (solo se aplica cuando el acto que se alega como defectuoso no haya cumplido los fines para lo que fue creado y, por tanto, haya afectado los derechos y facultades de las partes). (Conejo, 2008),(S.T., voto 1260-2016).
- **5.1.4. Forma de interposición:** A la hora de interponer un incidente de actividad procesal defectuosa, además de todos los aspectos indicados líneas atrás, también se deben tener en cuenta las siguientes formas:



Se deben indicar la disposición legal autorizante de la incidencia, es decir, el fundamento jurídico referente a la regulación de la actividad procesal defectuosa del C.P.P. (art. 175 al 179), además, la(s) norma(s) que consideran vulneradas. También se debe protestar el vicio cuando se conozca, bajo sanción de convalidación, salvo los defectos absolutos.

Posteriormente, se deben explicar el vicio, el agravio y proponer su solución (renovación de un acto, rectificación del error, invalidez de lo actuado o cumplimiento de un acto omitido, entre otras posibilidades). Debe tenerse en cuenta que inicialmente no se puede retrotraer el proceso a etapas pasadas, salvo excepciones (por ejemplo, juicio de reenvío).

Por último, debe recordarse que, incluso en la etapa recursiva, resulta válido alegar actividades procesales defectuosas como parte del recurso correspondiente (Conejo, 2008, p. 21).

5.1.5. Defectos absolutos: se refieren a todas las actuaciones que vulneren los derechos de intervención, asistencia y representación de las personas imputadas, así como los actos que se realicen con vulneración de derechos y garantías previstos en la C. Pol. y los tratados internacionales. Involucra también cualquier violación al debido proceso, así como todos aquellos aspectos concernientes al nombramiento, capacidad y constitución de los tribunales, además, a la iniciativa del Ministerio Público, en el ejercicio de la acción penal y su participación en el proceso (art. 178, C.P.P.).

Se insiste que se puede alegar un defecto de esta naturaleza en cualquier momento procesal, según criterios de oportunidad y conveniencia, lo cual no sucede con los defectos de carácter relativo (son aquellos que afecta un interés particular en el caso concreto y que le corresponde a la parte afectada aducir), donde la falta de protesta en el momento determinado por la ley convalidará el vicio (arts. 176, 177 del C.P.P.).

Cabe resaltar que este tipo de defecto puede ser advertido de oficio y puede ser alegado por cualquiera de las partes y no solo por el interesado.

Finalmente, debe recordarse que, aunque se plantee el vicio de carácter absoluto ante el Ministerio Público, es la autoridad jurisdiccional, como contralora de legalidad, quien debe resolver la gestión.

5.1.6. Reflexión final: Si bien es cierto, el actual sistema de actividad procesal adoptado por Costa Rica apuesta por criterios de utilidad; es decir, al cumplimiento de la finalidad requerida de acuerdo con la generación de un agravio, (S.T., voto 0984-2003); no debe olvidarse, bajo ninguna circunstancia, la importancia de las formas como garantías de seguridad jurídica para las partes en el proceso penal.

Dicho de otra manera, la persona defensora pública, como garante de la defensa de los derechos y las garantías de la persona imputada, debe estar atenta a que la "irrelevancia de las formas" –visión del nuevo sistema– no se transforme en actos abusivos de poder por parte del Estado, en el ejercicio del poder punitivo, pues las formas que han surgido a la luz del principio de legalidad procesal se justifican, en tanto, implican una garantía de seguridad jurídica, contra la arbitrariedad estatal.

En dicho sentido, la reflexión de Piero Calamandrei, citado por Llobet, toma importancia cuando afirma que:

[...] Se puede preguntar, en efecto, a qué podría reducirse la obra del procesalista en un ordenamiento semejante, en el que no existieran ya ni términos que respetar, ni formas que observar, ni seguridad de contradictorio, ni garantías de impugnaciones, ni en general, leyes a interpretar y a aplicar, sino que imperase solamente, diverso e imprevisible para cada caso, <u>el arbitrio del juez</u>. Ciertamente, de este modo, los procedimientos podían ser muy expeditos; pero también la sistemática del proceso quedaría reducida a un principio muy simple: <u>obedecer y callar [...]</u>. (2005, p. 28). (El resaltado no es del original).



5.2. Teorías sobre la prueba ilícita

En términos generales, la persona defensora pública debe recordar que, en el ordenamiento jurídico penal costarricense rige el principio de libertad probatoria, en los términos expuestos en los numerales 180 al 184 del C.P.P.

No obstante, esta libertad probatoria tiene limitaciones legales, entre ellas: la prueba debe ser obtenida por medios lícitos (art., 181 del C.P.P.) e incorporados conforme a las disposiciones procesales vigentes (verbigracia, arts., 334 y 354 del C.P.P.). Dicho de otro modo, todas aquellas formas que menoscaban los derechos fundamentales de las personas no pueden ser utilizadas para la obtención de pruebas. Desde esta perspectiva, se prohíben por ejemplo: la tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, la indebida violación a la privacidad e intimidad, así como cualquier forma que lesione la voluntad de una persona. (S.T., voto 2014-1098).

Bajo este marco legal, la prueba espuria se entiende como aquella surgida a raíz de una violación constitucional y/o de derechos fundamentales y, en general, del debido proceso, lo cual la convierte en una excepción al principio de libertad probatoria.

De allí surge la importancia de que la defensa técnica conozca las principales teorías sobre la prueba ilícita, como, por ejemplo: la del fruto del árbol envenenado (S. Const., 0701-1991); la fuente independiente (S. Const., voto 0611-1990; TCPSJ, res. 2011-1487); el descubrimiento inevitable; la excepción de la atenuación; *the balancing test*; la excepción de la buena fe; *standing*, entre otras.

Esto le permitirá a la persona defensora identificar, con mayor facilidad, aspectos relacionados con una inadecuada obtención de los elementos de prueba o prueba espuria, lo cual facilitará llevar a cabo adecuados planteamientos técnicos jurídicos al respecto (S. Const., votos n.º 1739-1992, 0522-1999, 0540-1999 y 1192-1999; S.T., voto 2529-1994), (Cafferata y Hairabedián, 2011, p. 26).

Sobre este aspecto, es importante destacar que, en definitiva, la actividad procesal defectuosa se convierte en un instrumento procesal de suma valía para contrarrestar, entre otras cosas, la prueba que se considere ilícita (arts. 175 al 179 del C.P.P.).

6. ¿Qué, cuándo y el cómo de las peticiones probatorias?

Como regla general, en cualquier proceso de naturaleza penal, deben primar siempre, desde la óptica de la defensa, los criterios de legalidad, oportunidad, conveniencia y pertinencia en el ámbito probatorio. Esto implica que, a la hora de valorar algunos escenarios respecto al tema en análisis, la persona defensora pública debe tener en cuenta las disposiciones de carácter general y específicas de naturaleza procesal, dispuestas para cada tipo de prueba (cómo); además, debe valorar qué tipo de prueba aportar (qué) y, por último, debe determinar el momento propicio para ello (cuándo). Todos estos aspectos deben ser valorados conforme a la teoría del caso planteada.

Para valorar qué prueba solicitar o aportar, cuándo y cómo, la persona defensora pública debe explorar, no solo los detalles derivados de los autos del proceso penal (realidad procesal), sino también debe encaminarse a explorar otras posibilidades probatorias en la persona del imputado, sus familiares, personas amigas y conocidas, cuando esto sea posible, pues, difícilmente, de los legajos judiciales, se pueden divisar todas las pruebas de interés para la persona imputada.

El ejercicio de la actividad probatoria por parte de la defensa técnica debe ser constante en toda la tramitación de la causa, ya que pueden acontecer circunstancias nuevas que hagan surgir novedosas necesidades, fuentes y escenarios probatorios.

A propósito de lo anterior, es importante no solo recordar la existencia del **principio de amplitud de la prueba** que ha sido desarrollado por la jurisprudencia (S. Const., voto 1739-1992), sino también, lo que expresamente la legislación procesal regula, en cuanto determina las posibilidades de aportar prueba en otros momentos posteriores a la etapa de investigación e intermedia. A modo de ejemplo, se pueden mencionar tanto la prueba para mejor proveer (art. 355 del C.P.P.), como la prueba que se puede ofrecer en la instancia de apelación de sentencia (460 y 464 del C.P.P.).



Cabe mencionar que, en relación con la prueba para mejor proveer y el principio de amplitud probatoria, existen variados pronunciamientos jurisprudenciales que, por su importancia, merecen ser mencionados, entre ellos: S. Const., voto 2605-1999 (debe aceptarse para la defensa aún si es ofrecida de forma irregular y de manera extemporánea); TCPSJ, res., 0408-1999 (es excepcional para el Ministerio Público, no para la defensa); S.T., voto 1126-2008 (no corresponde por este medio corregir errores en la investigación de la fiscalía).

No está demás indicar que toda la actividad probatoria que la defensa técnica realice, debe ir dirigida no solo a la protección de los intereses de la persona que representa, sino también debe estar encaminada a la acreditación de la teoría del caso y la estrategia de defensa planteada.

En cuanto al desarrollo de la actividad probatoria en los procesos penales que involucran delitos relacionados con la aplicación de la LPVcM, es importante tener presente que, debido a la especialidad de la materia, dicha actividad se dirige especialmente a la obtención de ciertos tipos de prueba tendientes a acreditar aspectos específicos, como los siguientes:

6.1. Las atinentes al estado de salud física y mental de la persona imputada, así como las relacionadas a algún tipo de adicción

Desde el inicio del proceso penal (ver notas al respecto en el acápite de la declaración indagatoria) –tomando en cuenta los criterios referidos– la defensa técnica debe solicitar y/o aportar prueba sobre los aspectos relativos al estado de salud físico y/o mental de la persona encartada; entre ellos: expedientes médicos y/o siquiátricos (en caso de que existan); debe pedir de forma inmediata valoraciones médicas, toxicológicas, psicológicas y psiquiátricas, así como, cualquier otro elemento de prueba útil para acreditar los extremos en cuestión.

Las pericias toxicológicas merecen especial atención, ya que, muchas veces, las personas involucradas en los delitos contenidos en la LPVcM sufren de alguna enfermedad relacionada con la adicción a diferentes tipos de sustancias, incluyendo el alcohol.

Con frecuencia, las personas imputadas involucradas en dicha delincuencia son detenidas, inmediatamente después de cometer el aparente hecho delictivo, cuando aún se encuentran bajo los efectos de sustancias adictivas. Por esta razón, la defensa técnica debe valorar si es conveniente y oportuno para los intereses del encartado, solicitar de manera inmediata que se practique una pericia toxicológica para evitar que, con el paso del tiempo, desaparezcan o disminuyan los elementos que pueden determinar con mayor certeza su estado (ente ellos: el tipo de sustancia, grado de consumo y de adicción).

En relación con este aspecto, es importante recordar que la defensa técnica debe velar para que la urgencia en la práctica de una pericia de la naturaleza indicada no se convierta en una transgresión al derecho de no autoincriminarse que tiene la persona sospechosa de la comisión de un hecho delictivo, en los términos del numeral 36 de la C. Pol. y arts. 82, 88, 92 y 204 del C.P.P.

Sobre el tema de prueba pericial o técnica, es elemental recordar que la persona defensora pública puede solicitar a la Administración de la Defensa Pública, para que, con previa valoración del caso concreto, autorice el pago de personas peritas o consultoras técnicas, en el tópico que se requiera, las cuales sean útiles y necesarias para desplegar la estrategia de defensa.

Por ejemplo, en caso de que el Departamento de Psiquiatría Forense del Poder Judicial emita una pericia donde concluya aspectos que la defensa no comparta, la persona defensora pública puede solicitar la contratación de un o una profesional en Psiquiatría o Psicología Forense para que practique otras pruebas que exploren otros posibles escenarios que favorezcan la posición de la defensa.

Es importante señalar que, para que se autorice el pago de servicios de personas peritas, consultoras técnicas, traductoras y otras profesionales, debe cumplirse con el procedimiento establecido en la circular número 32-2018, emitida por la Jefatura y la Administración de la Defensa Pública, en la cual se disponen las reglas prácticas para la solicitud, contratación y pago de estos servicios.



6.2. Pericias relacionadas con la situación social de la persona encartada

Existen algunos casos donde la persona encartada cuenta con condiciones personales y/o sociales que la ubican en uno o diferentes escenarios de vulnerabilidad; razón por la cual, cuando sea pertinente y conveniente, la defensa técnica puede solicitar la práctica de un dictamen para acreditar estas situaciones (por ejemplo: un informe psicosocial).

6.3. Revisar expedientes exopenales

Implica revisar toda la prueba relacionada con temas exopenales, como por ejemplo: el proceso de medidas de protección, procesos de familia, civiles, administrativos, etc. que tengan relación directa o indirecta con el proceso penal con el objetivo de valorar si se aporta como prueba o, en su defecto, determinar si, a partir de estos, surge la necesidad de hacer llegar y/o solicitar prueba nueva (se remite a la persona lectora a los aspectos señalados como exopenales).

6.4. Verificar la existencia de procesos judiciales mutuos

En este tipo de causas de penalización, es común que existan procesos judiciales mutuos, sea de naturaleza penal, violencia doméstica (medidas de protección) y familia, entre otros. Por esta razón, es importante explorar estos aspectos con la finalidad de valorar la posibilidad de solicitar o aportar -previa revisión- elementos probatorios relacionados con estos procesos judiciales, cuando sean pertinentes, útiles y necesarios para acreditar la teoría del caso.

6.5. Prueba dirigida a la acreditación de la teoría de los errores

Una de las tesis defensivas que, con más frecuencia, se alega en la materia de penalización es la atinente a la existencia del error de tipo, error de tipo psíquicamente condicionado o del error de prohibición, principalmente cuando se está ante un delito de incumplimiento de una medida de protección.

En razón de lo anterior, cuando se decante por una teoría del caso de esta naturaleza, la persona defensora deberá encaminar el acervo probatorio a acreditar la existencia de estos errores, como, por ejemplo: a través de prueba testimonial, documental o pericial (pericia psicológica o psiquiátrica, en caso de error de tipo psíquicamente condicionado).

Para ello, es importante utilizar la información que al respecto la misma persona ofendida pueda brindar, en el sentido de que, tratándose de error de tipo, la ofendida -y/o su núcleo familiar- generalmente llevan a cabo acciones que provocan que el imputado considere erróneamente que las medidas de protección no están vigentes, aunado al desconocimiento en derecho de la persona investigada.

6.6. Uso de la Unidad de Investigación de la Defensa Pública en la obtención de prueba

Es importante que la persona defensora pública utilice las facilidades institucionales que la Defensa Pública brinda mediante la Unidad de Investigación para la averiguación, localización y obtención de prueba.

Se puede acudir a la Unidad de Investigación de la institución, la cual puede coadyuvar, con previa solicitud de la persona defensora, en los términos reglamentados en la circular de la Defensa Pública, n.º 10-2019, con el fin de localizar u obtener prueba (documental, testimonial y otras); acompañar en diligencias judiciales, como reconstrucciones, inspecciones y otras; asesoría en dictámenes médico-legales y criminalísticos; entrevistas de testigos, personas peritas, reconstrucciones de hechos, para mencionar algunas.

7. Soluciones alternas en materia de penalización

Más allá de la imposibilidad de la persona juzgadora de promover la solución alterna de conciliación (art. 36 del C.P.P.) y la limitación contenida en el artículo 14 de la Ley de Justicia Restaurativa N.º 9582 (que dispone en lo que interesa que [...]





Quedan excluidos de la aplicación del procedimiento de justicia restaurativa los delitos [...] sancionados en la Ley N.º 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de 25 de abril de 2007, excepto aquellos de carácter patrimonial, cuando no exista violencia contra las personas y aquellos originados en situaciones de violencia doméstica o intrafamiliar contenidos en el Código Penal [...]), no hay en realidad sobre este tema, disposiciones procesales diversas o particulares –al menos de forma legalmente declarada– a las existentes en materia penal ordinaria.

Esto quiere decir que la persona defensora pública debe observar los mismos aspectos legales, de conveniencia y oportunidad que deben analizarse en cualquier proceso penal, a la hora de valorar la aplicación de una medida alterna.

No obstante, es importante que la defensa técnica tome en cuenta algunos argumentos que pueden ser, por su particularidad, de mayor aplicabilidad en esta materia especial, a la hora de formular peticiones al respecto, entre ellos:

7.1. Prevalencia de la armonía social y familiar

Debe indicársele a la autoridad jurisdiccional que, ante las formas procesales y la problemática familiar judicializada, debe privilegiarse –cuando es legalmente posible– la armonía familiar y social, en los términos dispuestos en los numerales 36 y 51 de la C. Pol. y en el artículo 7 del C.P.P., a la hora de analizar la procedencia y homologación de una solución alterna en esta materia.

Esto es así, pues debe tenerse en cuenta que la existencia de lazos familiares en procesos penales donde se conocen materia de penalización de violencia contra las mujeres, es un aspecto que con frecuencia comparten las personas que figuran como denunciante y denunciado, razón por la cual, el Estado por mandato constitucional (art. 51 de la C. Pol.), está llamado a anteponer la unión familiar ante cualquier interés procesal y/o de política de persecución criminal que pueda dar al traste con aquella finalidad.

A las anteriores disposiciones debe aunárseles como fundamento jurídico, todas aquellas de carácter internacional que abogan por la minimización de la utilización de la pena prisión, como, por ejemplo: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

7.2. No existe prohibición de aplicar soluciones alternas en materia de penalización de violencia contra las mujeres

Al respecto, existen algunas confusiones surgidas a consecuencia de interpretaciones equivocadas del artículo 36 del C.P.P., el cual señala en lo que interesa:

[...] En los delitos de carácter sexual, en las agresiones domésticas y en los delitos sancionados en la Ley de penalización de la violencia contra la mujer, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten, en forma expresa, la víctima o sus representantes legales [...].

En este sentido, debe indicarse que, amparados al principio de legalidad, interpretación restrictiva (art. 2 del C.P.P.) y gramatical de la disposición parcialmente transcrita, no existe prohibición alguna para que se apruebe una conciliación, solo por el hecho de ser **agresiones domésticas y/o delitos sancionados en la ley de penalización**, ya que la norma en análisis lo único que limita es que la autoridad jurisdiccional **promueva** esta solución alterna, ya sea, señalando audiencias y estimulando a las partes para tal fin.

Ahora bien, debe tenerse claro que tal disposición hace referencia expresamente a la medida alterna de la conciliación, no se extiende a las otras soluciones alternativas dispuestas en el C.P.P.



Sobre este mismo aspecto, es relevante que la defensa técnica tenga presente que no es admisible, bajo ninguna circunstancia, que se limite la posibilidad de aplicar una solución alterna, bajo disposiciones de carácter administrativas, *verbigracia*, circulares emitidas por la Corte Suprema de Justicia o sus dependencias, pues implicaría no solo una flagrante violación al principio de legalidad procesal y su subprincipio de reserva de ley, sino también, una intromisión ilegítima a la independencia de la persona juzgadora y a la voluntad de las partes (persona ofendida e imputada).

Por último, no es ocioso recordar en este tema que, cuando se trata de un delito de carácter patrimonial contenido en la LPVcM, donde no exista violencia contra las personas, puede remitirse el caso a la sede la Justicia Restaurativa de conformidad con el numeral 14, inc., e) de la Ley de Justicia Restaurativa N.° 9582 del 2019.

7.3. El criterio de la fiscalía sobre la aplicación de la conciliación no es vinculante

Debe tenerse en cuenta que, tratándose de la aplicación de una conciliación, la posición del Ministerio Público no es vinculante para la autoridad jurisdiccional, ya que la anuencia o renuencia de este órgano no está determinado como un requisito para la aprobación de una conciliación en el artículo 36 del C.P.P. Desde dicho fundamento jurídico, la víctima y la persona acusada son las llamadas a llegar a una medida alterna, sin que la persona representante del ente fiscal, ni las políticas y directrices de persecución criminal emanadas por las jefaturas del ente fiscal, puedan usurpar la voluntad y las potestades que tienen las partes citadas.

7.4. Valorar criterios de oportunidad y conveniencia en la aplicación de una solución alterna

De previo a plantear la aplicación de cualquier instituto procesal relativo a una medida alterna, la persona defensora pública debe hacer un análisis exhaustivo del caso concreto, con la finalidad de plantear a la persona usuaria, las ventajas y desventajas de su aplicación, en contraposición de otras posibles formas de terminar el procesos, como por ejemplo: un proceso abreviado o una sentencia condenatoria (celebrando el juicio) con penas alternativas (arts. 10, 11 y siguientes de la LPVcM), beneficio de ejecución condicional (art. 59 C.P.), pena de cárcel, entre otras.

Lo anterior es sumamente necesario debido a que, analizando de manera conjunta, la reforma del artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales, N.º 6723 (en adelante Ley de Registro) –llevada a cabo mediante la Ley N.º 9361 del 16 de julio de 2016– en relación con otras disposiciones legales como el numeral 10 y 11 de la LPVcM e, incluso, los artículos 53 (pena multa), 56 bis (prestación de servicios de utilidad pública), 57 bis (arresto domiciliario con monitoreo electrónico) y 59 (condena de ejecución condicional) del C. P., implica que, en determinados casos, la aplicación de una solución alterna no sea necesariamente la opción más ventajosa para la persona encartada.

Veamos:

Abreviado	Solución alterna	Penas alterativas	Beneficio de ejecución condicional
Vigencia de antecedente variará según los términos de la Ley de Registro (art. 11).	Vigencia de anotación, 5 años, por disposición de C.P.P.	Vigencia de antecedente variará según los términos de la Ley de Registro (art. 11).	Término de 3 a 5 años (art. 62 C.P.). Antecedente: rige el tiempo impuesto.
En algunos casos, el antecedente se cancelará de manera inmediata hasta en meses.	Inicia el cumplimiento del periodo de la anotación de 5 años, una vez cumplidas las condiciones pactadas.	Antecedente se cancela de inmediato después de cumplida la pena si es menor de 3 años. Si es entre 3 y 5 años, se borra al año después de cumplida.	Se cancela una vez cumplido el término impuesto.



No afecta para fines laborales, salvo los casos del art. 11, inc. e) de la Ley de Registro, p. ej. femicidio. Sí afecta para fines procesales.	No afecta en ningún caso para fines laborales. Sí afecta para fines procesales.	No afecta para fines laborales. Sí afecta para fines procesales durante su vigencia.	No afecta para fines laborales. Sí afecta para fines procesales durante su vigencia.
Aceptación de cargos. Posibilidad de pena privativa o de beneficio de ejecución.	No aceptación de cargos conciliación y reparación integral. Sí en la suspensión del proceso a prueba.	No sanción privativa de libertad directa. Conlleva cumplimiento de algunas instrucciones.	No sanción privativa de libertad directa. Puede contener condiciones (art. 61 C.P.).

Además de estas posibilidades, debe valorarse la aplicación de los artículos 56 bis (Al respecto ver resolución n.° 1044-2018 del TASPSJ) y el 57 bis del C.P.; asimismo, el artículo 14, inc., e) de la Ley de Justicia Restaurativa.

7.5. Posibilidad de aplicar medidas alternas en otro momento procesal distinto a la etapa intermedia

Por vía jurisprudencial, se ha determinado que existe la posibilidad de aplicar medidas alternas diferente a la reparación integral del daño (art. 30 inc., j) del C.P.P.) en la etapa de debate (voto 5836-1999 de la S. Const.), incluso una vez que este ha sido abierto (res., 2015-1075 del TASPSJ).

Este aspecto es de suma importancia, en tanto la línea de la defensa puede variar, por razones diferentes, de un momento procesal a otro, por lo que es adecuado que la persona defensora conozca que, además de los plazos (los cuales deben entenderse que son de naturaleza ordenatoria no perentoria) que la legislación procesal ha determinado taxativamente para la procedencia de las diferentes soluciones alternas, que existe jurisprudencia –incluso vinculante– que ha interpretado, de manera acertada, que estas se puedan aplicar en momentos procesales diversos a los regulados por ley.

7.6. Posibilidad de interpretar analógicamente la figura del concurso real retrospectivo para conciliar

En el voto n.º 0159-2018 de la S.T., se acepta la posibilidad de la figura del concurso real retrospectivo, la cual está reglada en los numerales 54 del C.P.P. y 76 del C.P., para aplicar una solución alterna cuando se hayan tramitado causas por separado que pudieron ser juzgadas en un solo momento.

A su vez, la resolución citada recuerda que el problema de la ineficiencia del sistema penal no puede trasladarse a la persona acusada. Por tanto, dicha interpretación lo que pretende es solventar una omisión del sistema judicial y proteger la posibilidad de que el encartado ejerza una facultad que procesalmente le resultaba factible.

8. Imputación de hechos acusados

Los procesos relacionados con la aplicación de la LPVcM, por lo general, están vinculados con características criminológicas particulares, tales como: perpetuidad y reiteración de hechos a lo largo del tiempo, silencio de las víctimas y denuncias tardías. Esto se debe en muchos casos a que las partes están sometidas a un círculo de violencia doméstica y sus fases: acumulación de tensión, agresión y arrepentimiento (luna de miel).

Aquellas condiciones criminológicas señaladas, aunadas en ocasiones a aspectos como el desconocimiento en las formulaciones de las acusaciones, el uso inadecuado de técnicas de redacción de imputaciones y/o falta de objetividad del ente acusador provocan, en muchos casos, que se formule la querella o la acusación transgrediendo el principio de imputación, el cual integra el debido proceso (S. Const., voto 1739-1992).



En razón de lo anterior, la persona defensora pública debe llevar a cabo un análisis detallado de la pieza acusatoria, con la finalidad de vigilar el respeto del principio de cita, ya que es indispensable para el ejercicio del derecho de defensa.

Este principio requiere, entre otros aspectos, como condición *sine qua non*, que la acusación o la querella indique claramente las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos punibles que se están atribuyendo, es decir, una relación precisa y circunstanciada de aquello que se pretende imputar (arts. 74 y 303 del C.P.P.), con la finalidad de que la persona acusada conozca clara y detalladamente, cuáles son los hechos que le están acusando para que pueda ejercer debidamente su defensa ampliamente.

En este sentido, la jurisprudencia nacional ha sido conteste en referir que la "[...] excesiva amplitud del lapso temporal y escasa descripción de los hechos incriminados quebrantan el principio de imputación y de defensa [...]". (S.T., votos: 0613-2007, 0069-2008 y 2015-00862; TASPSR, res., 0407-2016).

9. Valoraciones en torno a la aplicación de procedimiento abreviado

Cuando se valore la posibilidad de aplicar un procedimiento abreviado, como forma para dar por terminado un proceso penal, la persona defensora pública debe tener en cuenta, además de la normativa que regula este instituto (art. 373-375 del C.P.P.), algunos aspectos particulares que permean la materia de penalización, relacionados especialmente con aspectos de naturaleza: administrativa, jurídica, así como de oportunidad y conveniencia, a saber:

9.1. Aspectos de naturaleza administrativa

9.1.1. Brindar información a la persona usuaria: La persona que ejerza la defensa letrada debe informar de manera detallada y clara a la persona usuaria, qué es un procedimiento abreviado, así como sus consecuencias y ventajas, con la finalidad de que la persona encartada, en caso de que tenga interés de someterse a un procedimiento de esta naturaleza, lo haga de modo informado (decisión informada) y sin ningún tipo de presión. Principalmente, debe quedarle claro a la persona acusada que tiene el derecho a un juicio justo donde puede ejercer ampliamente el derecho de defensa que corresponda y que al someterse al proceso en cuestión, estaría renunciando a dicha posibilidad.

La información que se le brinde a la persona encausada debe comprender, además de los aspectos administrativos, una descripción detallada del contenido completo de la causa penal, tanto de sus aspectos procesales como sustantivos. Dicho de otra manera, se le deben explicar aspectos referentes a los hechos acusados, calificación jurídica, el escenario probatorio, los diferentes panoramas que pueden darse en el proceso, las probabilidades de aportar prueba, para mencionar algunos de ellos.

En la medida de lo posible, la defensa técnica debe llevar a cabo una prognosis de los posibles escenarios y negociaciones que pueden presentarse en el caso. Involucra, informar, como mínimo, todas las posibilidades que se ventilaron en el cuadro visible en el punto 7.4 de este capítulo, denominado como "Valorar criterios de oportunidad y conveniencia en la aplicación de una solución alterna".

9.1.2. Confección de constancia: Es recomendable que la persona defensora pública confeccione una constancia que sirva como respaldo en caso de que surja una eventual controversia respecto a la aplicación o inaplicación de este instituto. Este documento deberá ser firmado, en la medida de lo posible, tanto por la defensa material (o en su defecto por un testigo) como por la técnica, donde refiera que se le comunicó al encartado todos los aspectos mencionados líneas supra y cualquier otro dato que considere oportuno señalar.

Para evitar el extravío de este documento, se aconseja que sea guardado en un lugar diferente a la carpeta del caso, como, por ejemplo, en un ampo o un archivo digital o en ambos.

9.1.3. Necesidad de visto bueno en la aprobación del procedimiento abreviado: Mediante la circular n° 09-2018 del 24 de abril de 2018, se adicionó la circular n.° 16-2012 (ambas de la Defensa Pública), en el sentido de que la persona



defensora pública que considere conveniente adoptar un procedimiento abreviado en una materia especializada debe contar con el visto bueno de la coordinación de la unidad especializada que corresponda. Se exceptúan de esta regla, los casos de extrema urgencia, los cuales podrán ser autorizados por la persona coordinadora de oficina.

Debido a la adición de la circular referida, la coordinación de la Unidad de la Defensa Penal en Delitos de Penalización de Violencia contra las Mujeres giró el 30 de abril de 2018, una serie de directrices en torno al procedimiento que se debía seguir para solicitar el visto bueno de la aplicación de un procedimiento abreviado, las cuales pueden solicitarse al correo de la UDPDVM: defensa-upenalizac@poder-judicial.go.cr o en su defecto de manera directa a la persona coordinadora.

9.2. Aspectos de índole jurídico

El análisis exhaustivo de las circunstancias técnico-jurídicas tanto de forma como de fondo a la hora de analizar la posibilidad de aplicación de un procedimiento abreviado, debe ser considerado por parte de la persona defensora como parte esencial de su labor, ya que de ello dependerán la calidad de la información y la sugerencia que le trasmitirá a la persona representada. La defensa técnica debe tener presente que esta asesoría se convierte en uno de los insumos fundamentales que la persona acusada tomará en cuenta para decidir su futuro jurídico-procesal.

El estudio de los aspectos de naturaleza jurídica debe integrar, al menos, todas las recomendaciones técnico-jurídicas de forma y de fondo (es decir todos los aspectos *exo y endo*penales) que se analizan en este texto, más las que corresponden analizar según las circunstancias del caso en particular. Dicho de otro modo, debe llevarse a cabo un análisis concienzudo y responsable, *como si se tratara de la preparación para debate*.

Además, la persona defensora pública debe tener en cuenta los siguientes aspectos sobre los cuales no existe en la actualidad total claridad respecto a la solicitud y aplicación de un procedimiento abreviado, entre ellas:

Audiencia para fundamentar pena: No existe consenso en la jurisprudencia nacional sobre la obligatoriedad de los tribunales de juicio de celebrar las audiencias solicitadas para fundamentar peticiones relativas a la pena, como, por ejemplo: la disminución de la sanción de cárcel pactada en delitos tentados (art. 73 del C.P.); solicitar penas alternativas a la prisión (art. 50 C.P. y numerales 10 y 11 del LPVcM); beneficio de ejecución condicional (art. 59 C.P.), entre otros.

Sobre este extremo, la persona defensora debe tener en cuenta que los criterios jurisprudenciales han considerado mayoritariamente que no existe ninguna violación a los derechos de la persona imputada, el hecho de que no se celebre esta audiencia (TASPSJ, res., de mayoría 2014-00674). Sin embargo, la posición de minoría sostenida en el voto de cita considera que hay defecto absoluto, criterio que es compartido por el autor de este texto debido a que ello implica un obstáculo para la materialización de algunos derechos que integran incluso en el debido proceso, como por ejemplo: derecho de petición, audiencia y de ser escuchado(a) y, en general, el derecho de defensa que tiene la persona encartada.

Lo anterior es importante, no solo porque implica una forma de otorgarle a la persona imputada un servicio de calidad, sino también, porque es un medio para reiterar y/o ampliar argumentos, ante la autoridad jurisdiccional, respecto a la pena y/o los beneficios solicitados.

9.3. ¿Cuáles extremos respecto a la pena pueden negociar las partes en un procedimiento abreviado?

La persona defensora pública debe tener claro que no hay acuerdo en la jurisprudencia respecto al tema de algunos extremos de la pena que la parte acusadora puede negociar con la defensa, en un procedimiento abreviado. En este sentido, se han sostenido dos posiciones:

9.3.1. Las partes solo pueden negociar aspectos relativos a la sanción principal: Las sanciones sustitutivas –como por ejemplo las dispuestas en los numerales 56 bis y 57 bis del C.P. o las del artículo 11 de la LPVcM– son una facultad de la persona juzgadora. Por ello, parte de la jurisprudencia considera que no es factible que las partes puedan negociar





temas relacionados a las sanciones alternativas o beneficios. Esta tesis sostiene que el criterio de las partes, respecto a los extremos de cita, no es vinculante para su aplicación o su rechazo, pues ello desnaturalizaría la disposición legal contenida en el numeral 375 C.P.P. Así se ha dispuesto, por ejemplo: TASPSJ, res., 0018-2016; TASPC, res., 2017-0347.

Sobre este aspecto, el voto de minoría, de la resolución 2017-0347 del TASPC considera como impropio que la fiscalía condicione la negociación de un procedimiento abreviado a la persona imputada que renuncie a solicitar al tribunal alguna sanción sustitutiva. En este sentido, el juez disidente fundamenta su posición en el **principio de interdicción de la arbitrariedad** que ha sido reconocido por la jurisprudencia vinculante de la S. Const., voto n.º 11155-2007.

Asimismo, el voto minoritario de cita refiere que, en caso de que se verifique la violación a este principio, se debe rechazar y suprimir hipotéticamente la oposición llevada a cabo por el ente acusador y, consecuentemente, el tribunal debe continuar con la homologación del procedimiento abreviado, de conformidad con el artículo 175 del C.P.P.

9.3.2. Las partes pueden negociar lo referente a penas alternativas: Contraria a la posición anterior, gran parte de la jurisprudencia nacional ha sostenido que, en virtud de la naturaleza compositiva del procedimiento abreviado, las partes pueden negociar extremos referentes a las penas alternativas (art. 50 CP).

Sobre este aspecto, se ha indicado:

- [...] En lo que respecta al procedimiento abreviado, la potestad jurisdiccional para la fijación de la pena, en general, está trazada claramente por los límites que le impone la composición entre partes acerca de los márgenes de aquella, lo cual también incluye las penas de naturaleza sustitutiva o alternativa, ya que sostener lo contrario implicaría negar la naturaleza compositiva misma del procedimiento aludido [...]. (TASPC, res., 0254-2016. En semejante sentido, TASPSJ, res., 0290-2017).
- 9.3.3. Los mecanismos electrónicos de monitoreo deben ser valorados por la autoridad jurisdiccional; aunque no hayan sido objeto de la negociación del abreviado: Otra parte de la jurisprudencia nacional, con acierto, sostiene que, de manera oficiosa, la aplicación de mecanismos electrónicos debe ser valorada por el tribunal, aunque las partes no hayan negociado tal extremo en la solicitud de aplicación del procedimiento especial abreviado. Este criterio se sostiene por ejemplo en la resolución n.º 0102-2017 del TASPC.

9.4. Valorar aspectos de oportunidad y conveniencia

En el momento de considerar la adopción de un procedimiento abreviado, además de la valoración exhaustiva de los aspectos legales, se deben tener presentes las circunstancias de oportunidad y conveniencia en relación con los intereses de la persona acusada.

Es decir, en el contexto de una negociación del procedimiento abreviado, deben privilegiarse los intereses de la parte acusada no del ente acusador. Esto conlleva a la necesidad de hacer un análisis ex ante con el fin de representar los futuros escenarios que eventualmente la persona indiciada pueda enfrentar en el proceso penal, de tal manera que, solo en caso de visualizarse que la aplicación del instituto de cita es beneficiosa, por las razones que sean, debería adoptarse.

Cabe destacar que, a pesar de lo dicho, no le corresponde a la persona defensora pública esta delicada decisión respecto a la aceptación o no del procedimiento especial abreviado, pues la única persona legitimada para ello es la encausada, quien es la titular de los derechos a los cuales estaría renunciando; es decir, al derecho a juicio y sus derivados, además de ser quien estará sufriendo las consecuencias de la sanción negociada. Dicho de otra manera, la persona encartada es la que debe tener la última palabra, pues se comparte la consideración de que, debido a las circunstancias apuntadas, debe prevalecer el criterio de la defensa material sobre la técnica (otra parte de la doctrina considera lo contrario). Desde esta posición, el deber de la defensa letrada se agota al otorgar una amplia asesoría al respecto (que abarque como mínimo en los aspectos aludidos en este texto), con el fin de que la persona acusada tome una decisión informada.



Finalmente, respecto a este punto, es preciso resaltar que los aspectos de oportunidad y conveniencia integran, entre otros, el estudio de los diferentes panoramas expuestos en el cuadro visible en el punto 7.4 de esta sección.

Solicitud de cesura 10.

10.1. Fundamento legal y definición: La cesura es un instituto de naturaleza jurídico-procesal regulado en los numerales 323, 357 y 359 del C.P.P., el cual otorga la posibilidad de dividir el debate en dos fases, con el objetivo de discutir temas diferentes en cada una de ellas, según se explica de seguido:

En la primera etapa, se conoce lo relacionado con la culpabilidad de la persona acusada, para lo cual, se recibe prueba, se emiten conclusiones y se resuelve lo correspondiente sobre este extremo.

Luego, en caso de que se emita un fallo condenatorio, se celebra la segunda fase, la cual inicia con la lectura del fallo relativo a la culpabilidad y se continúa con la discusión de los **extremos relacionados con la pena** a imponer (naturaleza y *quantum*) y los aspectos civiles, según las pruebas que se hayan ofrecido, en el momento de solicitar la cesura. Esta etapa finaliza con las conclusiones sobre dichos extremos y la resolución respectiva.

10.2. Importancia en materia de penalización: La cesura, a pesar de su vigencia legal, gravita en una suerte de derogación tácita en el ordenamiento jurídico nacional, pues, en la actualidad, su uso es bastante infrecuente, a pesar de las bondades que puede traer en la resolución de los casos, en especial, en lo atinente a los extremos relacionados con la pena y la responsabilidad civil.

Sin embargo, a pesar del olvido en que este instituto se encuentra, es relevante que, tratándose de procesos penales surgidos a raíz de la aplicación de la LPVcM, principalmente, la defensa técnica de la persona encartada valore la posibilidad de solicitar su aplicación, tomando en cuenta criterios de legalidad, oportunidad y conveniencia de acuerdo con las particularidades de cada caso, y considerando que la Ley de Penalización prevé la posibilidad de imponer penas alternativas como sustitución de la pena de prisión.

Es importante destacar que la posibilidad de sustitución de la pena de cárcel por otras como las penas alternativas (reguladas en los artículos 10 y 11 de la LPVcM que teóricamente se consideran menos gravosas), trae aparejado un mayor esfuerzo probatorio por parte de la persona defensora, si dentro de su teoría del caso tiene planteado tal objetivo. Por esta razón, trasladar a un escenario de discusión independiente de la culpabilidad (para lo cual, es necesario la utilización de la cesura), el extremo de la pena a imponer puede tornarse estratégicamente más beneficioso para los intereses de la persona enjuiciada, en virtud de que le puede dar mayor claridad y margen probatorio al momento de solicitar la sanción.

- 10.3. Momento procesal, sujetos legitimados y forma de solicitar la cesura: Como se ha venido sosteniendo, al momento de que la defensa técnica valore la aplicación de este instituto debe considerar criterios de legalidad, oportunidad y conveniencia como los siguientes:
- 10.3.1. Momento procesal: De los artículos 322 y 323 del C.P.P., se deriva que debe llevarse a cabo la solicitud de cesura en el plazo común de los cinco días de emplazamiento que el auto de apertura otorga ante la persona juzgadora de la etapa intermedia.
- 10.3.2. Sujetos legitimados: De conformidad con el numeral 323 del C.P.P., la división del debate en dos fases puede ser solicitada por el imputado o su defensa técnica; por el actor civil y el tercero civil demandado.
- 10.3.3. Forma de solicitarla: En caso de que se solicite la cesura, es relevante que la defensa técnica se plantee los diferentes escenarios posibles relativos a la pena y/o los aspectos civiles que podría encontrarse en la etapa de juicio, con la finalidad no solo de preparar la prueba necesaria y pertinente para que sea aportada en el momento de solicitar la cesura, sino también para fundamentar debidamente su petición.



A modo de ejemplo, si en el caso concreto se pretenden solicitar penas alternativas (arts. 10 y siguientes de la LPVcM), inicialmente, la defensa técnica deberá formular su contenido. Verbigracia, si dentro de la formulación del plan de penas alternativas, se incluyen como sanciones la prestación del servicio de utilidad pública (art. 9, 13 LPVcM) y el sometimiento a un programa de tratamiento de adicción como cumplimento de instrucciones (art. 9, 10, 11 y 16 de la LPVcM), la defensa técnica deberá aportar como mínimo elementos de prueba direccionados a responder los siguientes cuestionamientos: dónde, cómo y cuándo deberá llevar a cabo su cumplimiento. De esta manera, podrá acreditar la viabilidad, tomando en cuenta criterios de legalidad y conveniencia del ofrecimiento.

Dicho de otra manera, es importante que, a la hora de solicitarse la cesura, se fundamente con base en una plataforma probatoria dirigida a acreditar los extremos de la segunda parte del juicio. Sobre este aspecto, es importante resaltar que la jurisprudencia nacional ha exigido como requisito *sine qua non* para la aplicación de este instituto, la necesidad de aportar prueba respecto a los aspectos referentes a la pena y/o extremos civiles (TASPSR, res., 2016-0752), a pesar de que el numeral 323 del C.P.P. no lo determina así. Esta posición abiertamente extensiva se deriva, según se indica de la interpretación de los artículos 353, párrafo último y 359 del texto legal mencionado.

A propósito, la S.T. refiere en el voto 2000-0376 que:

[...] Cabe agregar que para decidir si el **debate** se celebra en dos etapas o no, el Tribunal debe contemplar la razón de ser de la **cesura**, la cual se encuentra en el artículo 359 del Código Procesal Penal. En este último numeral se dispone que la segunda etapa del **debate** está especialmente prevista para la individualización de los efectos penales y civiles del hecho punible y, lo que es más importante, **se exige en el segundo párrafo de la última disposición legal citada el haber ofrecido prueba para poder individualizar las consecuencias del delito. Lo anterior indica para qué se contempla la posibilidad de dividir el debate** en dos fases. Si no se ofrecen elementos probatorios especialmente relevantes para la determinación de los efectos penales y civiles de un delito, entonces no tiene sentido la aplicación de la cesura [...]. (El resaltado es del original).

Sección II. Aspectos endopenales relacionados con las penas alternativas a la prisión en materia de penalización

La posibilidad de aplicar sanciones alternativas a la pena de cárcel en la mayoría de los tipos penales contemplados en la Ley de Penalización es uno de los elementos que la particularizan de otros cuerpos normativos de carácter penal, como, por ejemplo: el Código Penal y/u otras leyes especiales que sancionan delitos, pues, en estos últimos casos, rara vez se contempla esta posibilidad (al menos a junio/ 2018).

Esta singularidad se convierte en uno de los principales aspectos a los que la persona defensora pública debe dirigir su mirada en todos los casos donde se aplique la Ley de Penalización, debido a que su adecuado manejo técnico puede evitar la imposición de penas más graves como la de cárcel.

Por tanto, se considera importante dedicar toda esta sección de los aspectos endopenales al tópico de las penas alternativas, con la finalidad de analizarlas ampliamente.

Sobre este tema, es relevante que la defensa técnica conozca al menos los siguientes extremos:



1. Fundamento legal

La regulación de las penas alternativas se encuentra en la LPVcM en los artículos 9 al 20.

2. Tipos de penas contempladas en la LPVcM

La Ley de Penalización regula tres clases de penas (art. 9) que pueden imponerse en los delitos contenidos en ella:

- **2.1.** Pena principal: Prisión.
- 2.2. Penas alternativas: Hay cuatro tipos:
- **2.2.1. Detención de fin de semana:** Consiste en limitar la libertad ambulatoria los fines de semana de la persona sentenciada, en un centro penitenciario o en un centro de rehabilitación, por un tiempo mínimo de 24 horas y máximo de 48 horas (art. 12 LPVcM).
- **2.2.2. Prestación de servicios de utilidad pública:** La persona sentenciada debe realizar un servicio de utilidad pública en beneficio de la comunidad, en un lugar y horario dispuestos por la autoridad jurisdiccional (art. 13 de la LPVcM).

En cuanto a esta pena, debe tenerse en cuenta que no puede resultar violatoria de los derechos humanos de la persona condenada; no debe perturbar la actividad laboral, por último, no debe poner en riesgo a la ofendida ni a terceras personas.

Además, la ley no dispone máximos ni mínimos de horas de servicios que la persona deberá cumplir según la actividad delictiva determinada. Únicamente señala que por semana deberá cumplir un mínimo de 8 horas y un máximo de 16 horas. Por esta razón, la persona defensora pública debe verificar que, cuando se imponga una sanción de esta naturaleza, se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además, de que no rebase el principio de culpabilidad, en caso contrario, debe impugnarse la decisión.

2.2.3. Cumplimiento de instrucciones: Radica en el cumplimiento por parte de la persona sentenciada de un plan de conducta en libertad, el cual será establecido por la persona juzgadora en sentencia o por el juez de ejecución de la pena (art. 16, *lbid.*).

Las instrucciones que el plan podría contener son las siguientes: incluir al sentenciado en un programa de adicción, someter a programa especializado para ofensores dirigido al control de conductas violentas y/o tratamiento psicológico o psiquiátrico, prohibición de acceder a determinados lugares y prohibición de uso de armas.

Algunas observaciones al respecto:

Inicialmente es importante aclarar que la imposición de cualquier instrucción debe tener íntima relación con la naturaleza de la problemática judicializada; es decir, la finalidad de estas instrucciones debe ir dirigida al abordaje de los aspectos objetivos y subjetivos que se determinaron en sentencia que motivaron al sentenciado a cometer el hecho delictivo, de tal manera que la pena impuesta pueda cumplir un fin resocializador y rehabilitador; de lo contrario, su imposición no se justificaría.

De la misma forma, debe indicarse que, aplicando una interpretación literal del artículo 16 de la LPVcM, las instrucciones allí mencionadas no son *numerus clausus* sino *numerus apertus*, en tanto, refiere que el plan "**podrá contener**", lo cual hace alusión a una potestad y no a una obligación. Esto tiene íntima correspondencia con lo anterior, porque la instrucción debe ser consecuente con la problemática de cada caso concreto.

Lo dicho implica que, siempre que sea posible, la persona defensora pública debe presentar un plan de instrucciones que esté relacionado con la situación que llevó a la persona usuaria a cometer el hecho delictivo, el cual no debe limitarse, necesariamente, por las razones indicadas, al contenido del numeral 16 de la Ley de Penalización.



2.2.4. Extrañamiento: Consiste en la expulsión del país de una persona extranjera por el doble del tiempo de la condena, cuando se le imponga una pena de prisión de cinco años o menos. Este reemplazo se puede hacer en la sentencia o durante la etapa de ejecución.

Es oportuno señalar que no puede aplicarse este tipo de pena cuando perjudique seriamente los intereses patrimoniales de la parte ofendida o el cumplimiento de deberes familiares.

Asimismo, es importante que la persona defensora tenga presente la posibilidad de que la pena de prisión sea reemplazada incluso en la etapa de ejecución, pues en caso de una condena, le permite llevar a cabo las respectivas coordinaciones con la Unidad de Ejecución de la Pena de la Defensa Pública para que, por medio de esta, se solicite de manera inmediata su sustitución, teniendo presentes los criterios de legalidad y conveniencia.

2.3.- Penas accesorias

Se impone la inhabilitación⁵ (art. 9, 17 y 18 de la LPVcM) junto con la pena de prisión o la pena alternativa.

3. Requisitos de procedencia de la pena alternativa

La pena principal de prisión puede ser sustituida por algunas penas alternativas, según los numerales 10 y 11 de la LPVcM, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 3.1. No debe de existir riesgo para la víctima: Se requiere que, con su imposición, no se ponga en riesgo a la víctima. Además, exige que no le perjudiquen otros derechos (art. 10 de la LPVcM). Este riego debe ser acreditado en sentencia y deberá tener un carácter objetivo.
- 3.2. Exámenes psiquiátricos, psicológicos y criterio de la víctima: Solo en caso necesario, el tribunal deberá ordenar un examen psicológico y psiquiátrico a la persona procesada (la ausencia de ellos no es un impedimento para otorgar la pena alternativa); es un requisito facultativo según jurisprudencia (TCPSJ, res., 1698-2011). Asimismo, deberá escuchar el criterio de la persona ofendida, el cual no será vinculante para el tribunal. Esta última exigencia también es necesaria en caso de que se haga la sustitución en la etapa de ejecución, por descuento de la mitad de la pena, siempre y cuando la víctima sea localizable (art. 10 idem).
- **3.3.** Primario en delitos contemplados en el LPVcM: La persona condenada deberá ser *primaria en materia de violencia contra las mujeres* (art. 11 de la LPVcM).

Este requisito es importante, en tanto, no exige que la persona usuaria sea primaria en otro tipo de delincuencia para otorgar la sustitución de la pena, aspecto que con frecuencia es confundido. Dicho de otra manera, la persona condenada puede tener antecedentes por otros delitos no contenidos en la LPVcM. Sin embargo, esto no impide que sea candidata para una sanción alternativa.

- 5 El artículo 17 de la LPVcM determina una serie de aspectos que es oportuno conocer en relación con esta sanción, entre ellos:
 - [...] La pena de inhabilitación producirá la suspensión o restricción para ejercer uno o varios de los derechos señalados en este artículo. En sentencia motivada, el juez aplicará las penas pertinentes, de acuerdo con el delito cometido.

 La pena de inhabilitación consistirá en:
 - a) Impedimento para ejercer el cargo público, incluso los de elección popular, la profesión, el oficio o la actividad con ocasión de cuyo desempeño haya cometido el delito.
 - b) Impedimento para ejercer la tutela, curatela o administración judicial de bienes, cuando el delito haya sido cometido aprovechando estas situaciones jurídicas.
 - La pena de inhabilitación no podrá ser inferior a un año ni superior a doce años.
 - El reemplazo de la pena principal no afectará el cumplimiento de la pena de inhabilitación.





Esta disposición va de la mano con la filosofía de la LPVcM, más específicamente, con la finalidad de las penas alternativas que no es otra que abordar de manera integral al sujeto condenado, con sanciones específicas que contrarresten la violencia contra las mujeres y evitar, de esta manera, la reincidencia en este tópico.

3.4. La pena impuesta en la sentencia debe ser menor de tres años o mayor de tres años si se sustituye en la etapa de ejecución: El reemplazo procederá en dos escenarios:

La primera posibilidad consiste en llevar a cabo la sustitución de la pena de prisión por una alternativa en sentencia, cuando se imponga una pena de prisión **menor a tres años** (art. 11 de la LPVcM).

Esta sustitución deberá hacerse por dos penas alternativas, donde, al menos, *una de ellas* debe ser la de cumplimiento de instrucciones (art. 11 *ibidem*). Sobre este punto, la defensa técnica debe tener presente que no existe prohibición legal para que puedan imponerse dos penas alternativas de cumplimiento de instrucciones, debido a que la disposición del numeral citado exige que al menos una de las sanciones alternativas sea de este tipo. No obstante, nada impide que ambas puedan ser de esa naturaleza.

El segundo escenario, donde esto puede suceder, es en la etapa de ejecución, a solicitud de la persona condenada, siempre y cuando, cumpla con los siguientes requisitos: que sea primario en materia de violencia contra las mujeres; que la pena sea **superior a tres años** y, por último; que haya descontado, al menos, la mitad de la pena impuesta (art.11 *ibid*.).

Sobre este aspecto, es de suma importancia señalar que el monto de las penas alternativas no puede superar al de la sanción principal impuesta.

Como se puede observar a simple vista, existió un error por parte del legislador, a la hora de regular las penas alternativas en los extremos referidos a la penalidad impuesta, ya que, por un lado, el artículo 11 señalado refiere **penas menores a tres años** y, por otro lado, indica **penas mayores a tres**, dejando al descubierto, el supuesto de hecho, en el que se le imponga a una persona condenada **tres años de cárcel exactos**.

Este limbo legal (laguna) debe resolverse haciendo una interpretación sistemática y restrictiva del ordenamiento jurídico. Para ello, debe analizarse el numeral 11 de la LPVcM en concordancia con el artículo 2 del C.P.P., de manera restrictiva y entender que, cuando se imponga *una pena de tres años de cárcel*, esta puede ser sustituida por una sanción alternativa por parte del tribunal sentenciador.

Además, esta interpretación es acorde con las disposiciones de carácter internacional que abogan por el uso mínimo y excepcional pena de cárcel. Por ejemplo, a nivel regional, mediante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización de Estados Americanos emitió la resolución n.º 1/2008 denominada "Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas", la cual, en el principio III, n.º 4 dispone la necesidad de que los Estados adopten "Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad". También, a nivel de la Organización de Naciones Unidas, existen sobre este mismo tema, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

Esta exégesis es conforme con la doctrina más autorizada que se decanta por el uso mínimo y excepcional pena de cárcel (Baratta, 2004), (Ferrajoli, 1995).

4. Revocatoria de la pena alternativa

La LPVcM (arts. 14 y 19) prevé dos causales para que, en la etapa de ejecución pueda revocarse las penas alternativas: a.- el incumplimiento de la pena alternativa impuesta y la b.- la comisión de un nuevo delito de violencia contra la mujer. Cualquiera de ellas facultará la revocatoria de la pena alternativa, ordenándose, en este último caso, el cumplimiento de la pena principal (cárcel), *durante el tiempo que falté para culminarla*.



Al respecto, hay que tener en cuenta que, previo a valorar la revocatoria de la pena alternativa, se puede solicitar la modificación ante el tribunal sentenciador de las penas alternativas impuestas originalmente.

Asimismo, es importante acotar, que el incumplimiento de una pena alternativa no implica necesariamente que la persona sentenciada tenga que cumplir el plazo total de la pena principal impuesta, pues en caso de revocarse, se deberá valorar si el penado cumplió parte de las sanciones alternativas con el fin de determinar si procede un eventual descuento del periodo cumplido respecto al de la sanción principal. Además, debe recordarse que el otorgamiento de penas alternativas no excluye la posibilidad legal de otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena. Así, por ejemplo, el TASPSJ lo ha dispuesto en la resolución n.º 2018-0360.

Es importante recordar que la autoridad jurisdiccional competente para revocar la pena alternativa es por disposición directa de ley: el juez o la jueza de la etapa de ejecución. Esta revocatoria se deberá llevar a cabo, respetando el debido proceso, es decir, otorgando el derecho de audiencia y defensa de la persona condenada. Este tema se desarrollará con mayor amplitud en el capítulo V del presente texto.

5. Autoridades involucradas en la ejecución de las penas alternativas

Le corresponde por disposición legislativa (art. 16, párr. últ., 20 y transitorio único de la LPVcM) al Ministerio de Seguridad Pública coadyuvar al Poder Judicial y al Ministerio de Justicia con la responsabilidad de ejecutar las penas alternativas.

Asimismo, le concierne al Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU) acreditar las instituciones que se encargarán de brindar la pena alternativa de cumplimiento de instrucciones, referidas en el numeral 16, incisos a) y b), según disponen los numerales 16 y el transitorio único de la Ley de Penalización.

De igual manera, es importante resaltar en torno a este tema que los gastos en que la persona condenada incurra en el cumplimiento de la pena de instrucciones están a cargo del Estado, salvo que la persona cuente con recursos económicos para ello (art. 16 de la LPVcM).

Sin embargo, a pesar de las obligaciones claramente establecidas por la ley y la importancia de la aplicación de las penas alternativas, a la fecha (junio, 2019) no existen instituciones acreditadas por parte del INAMU para abordar las penas alternativas de cumplimiento de instrucciones, pues las acreditaciones de las dos instituciones (*Centro de Psicología y Desarrollo Humano y Centro de Atención y Estudios Psicosociales*) que se habían llevado a cabo tardíamente por el INAMU (junio, 2016) están vencidas en la actualidad desde diciembre de 2017.

La ausencia de instituciones acreditadas obliga a la persona defensora pública a buscar otras instituciones alternativas gubernamentales u ONG's que desarrollen programas de semejante naturaleza, con el fin de ofrecerlas como alternativas en el proceso penal, para que el imputado cumpla con las penas alternativas de cumplimiento de instrucciones que le fueron impuestas mediante un fallo condenatorio. Para ello, se puede utilizar la lista de instituciones contenidas en el *Folleto de centros de remisiones de personas usuarias*, creado por la Unidad de la Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres (2014).

6. Forma de imposición de las sanciones alternativas ¿De oficio o a solicitud de parte?

Inicialmente, es relevante advertir que la incorrecta interpretación de las normas relativas a las sanciones, dispuestas en la LPVcM, trae como consecuencia que se impongan penas más graves como la de prisión, cuando existe la posibilidad de aplicar sanciones alternativas a ella.

Debido a lo anterior, no es casualidad que, desde la existencia del otrora TCPSJ (res., 2007-1559 y 2010-0629), ya se mostraba la preocupación de que, en los fallos judiciales, no se aplicaba la LPVcM en forma integral, en los términos de una correcta interpretación contextual y sistemática de las normas jurídicas.



En este sentido, la línea jurisprudencial mencionada determinó que, al encontrarse los tribunales costarricenses supeditados al principio de legalidad, están en la obligación de fundamentar por qué niegan una pena alternativa al endilgado. Dicho de otra manera, conforme a esta visión, es deber del tribunal sentenciador valorar de oficio, incluso, la aplicación de tal extremo. (TASPSR, res., 2012-0386; TASPC, res., 2014-0462; TASPSJ, res., 2014-1317, 2016-1482, 2016-1550).

El mismo argumento en torno a la obligación de valorar aun de oficio la imposición de las penas alternativas es aplicable a la pena de extrañamiento (art. 19 de la LPVcM). En otras palabras, el fallo debe motivar por qué, en el caso donde *prima facie* se estima que el sentenciado cumple con los presupuestos legales para imponer una pena de dicha naturaleza, esta no se impone. Cuando esto no sucede, la persona defensora debe reclamarlo en la etapa de impugnación.

Esta visión jurisprudencial se considera acertada, pues se ajusta tanto a lo dispuesto en el artículo 2 del C.P.P., como a la normativa internacional, respecto a la obligación de los Estados de utilizar penas alternativas en materia penal, verbigracia: las Reglas de Tokio.

Cabe resaltar que, a pesar de la claridad y la consistencia de la línea jurisprudencial referida *supra*, existe el voto n.º 2016-0576 de la S.T., el cual deja entrever que, si la defensa no solicita la pena alternativa, no existe obligación de la autoridad jurisdiccional de pronunciarse al respecto y basta con que fundamente la pena impuesta en el caso concreto.

Ahora bien, para evitar las ambigüedades jurisprudenciales citadas, lo recomendable es que las penas alternativas sean solicitadas por la defensa técnica en el momento procesal oportuno. Además, se considera que tal aspecto forma parte de las funciones técnicas que la persona defensora debe ejercer al momento de llevar a cabo la defensa en estos casos.

No obstante, en caso de que, por alguna razón, no se solicitaron las penas alternativas por parte de la defensa técnica y existía interés en ellas, la defensa debe reclamarlo vía recursiva, atendiendo a las posiciones jurisprudenciales mencionadas que aluden a la obligación de la autoridad jurisdiccional de valorar la imposición de las penas de referencia, aunque sea de oficio.

7. Algunos criterios no aceptados por la jurisprudencia para la denegatoria de las penas alternativas

La jurisprudencia nacional mediante diversas resoluciones, ha emitido algunos criterios que considera como incorrectos para justificar la denegatoria de una pena alternativa, entre ellos:

- 7.1. Prohibición de criterios relacionados con la doble valoración: No es legítimo denegar las penas alternativas utilizando criterios de doble valoración; es decir, "[...] fundamentar su improcedencia fundamentándose en la existencia de elementos objetivos contenidos en el tipo penal que se trate [...]". (Así lo ha dispuso por ejemplo la S.T., voto 2016-0576; TASPSR, res, 2016-0624).
- 7.2. No procede alegar la sola comisión del delito para denegarla: La jurisprudencia razona que no es posible alegar la existencia de la sola comisión del delito para considerar improcedentes las penas alternativas autorizadas por el legislador (S.T., voto 2016-00576).
- 7.3. Deber de motivar la denegatoria: Se deben expresar en la sentencia, las razones de hecho y de derecho que determinan en el fallo la denegación de las penas alternativas; es decir, los motivos que impidieron la aplicación de este tipo de sanción no pueden quedar en el fuero interno de la persona juzgadora, pues ello no solo impide que puedan ser conocidas por las partes, sino también imposibilita el control jurisdiccional de lo resuelto (TASPSJ, en res., 2016-1550; S.T., votos 1338-2013 y 0419-2012).

8. Valoración de los criterios de oportunidad y conveniencia en la solicitud de penas alternativas

Es elemental valorar la posición del encausado (el cual, en muchos casos, prefiere optar por el beneficio de ejecución condicional de la pena), junto con los aspectos contenidos en el cuadro visible en el punto 7.4 de la sección primera de este capítulo, de



previo a la solicitud de penas alternativas. En este caso, debe recordarse que debe prevalecer el criterio de nuestras personas usuarias en ejercicio de su defensa material.

Sección III. Apuntes en relación con la impugnación en materia de penalización de la violencia contra las mujeres

Es preciso señalar que, tratándose de impugnación en procesos penales derivados de la aplicación de la Ley de Penalización, en lo que respecta a los aspectos de forma y fondo, no existe ninguna particularidad en materia impugnaticia en relación con la materia penal ordinaria; es decir, las reglas son las mismas.

No obstante, se considera importante realizar algunos apuntes relacionados con recomendaciones para la persona defensora pública en torno a algunos aspectos que debe tener en cuenta a la hora de llevar a cabo una impugnación en materia de penalización de violencia contra las mujeres, especialmente de cara a los recursos de apelación de sentencia y casación.

Estos aspectos gravitan en gran parte en la ejecución de acciones, tendientes a la búsqueda de la revisión integral del fallo, a través de la imposición y resolución del recurso de apelación de sentencia en los términos dispuestos, tanto en los numerales 8.1 y 8.2.h de la C.A.D.H, así como, en la jurisprudencia de la CIDH, especialmente en el caso Mauricio Herrera vs. Costa Rica (julio, 2004).

Como parte de la revisión integral de lo resuelto, se recomienda a la persona defensora pública, como mínimo, revisar la sentencia, contraponiéndola –en lo que aplique– a cada eje temático propuesto en este texto, para divisar algunos tópicos que podrían reclamarse en sede de apelación de sentencia y/o casación.

Sin embargo, deben aunárseles a los aspectos mencionados, no solo todos aquellos extremos propios que rodean el caso particular, sino también los tópicos que, conforme a la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia, son impugnables.

Dicho de otro modo, la persona defensora pública debe entender que la revisión integral del fallo contempla un estudio de todos los aspectos que se han visto involucrados directa (aspectos endopenales) o indirectamente (circunstancias exopenales) en el proceso penal, en un caso concreto.

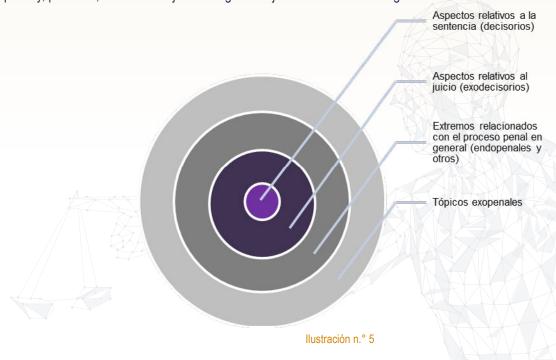
A partir de las consideraciones llevadas a cabo en los párrafos *supra*, se considera importante adoptar gran parte de la propuesta estructural recursiva –con algunas variaciones– que, en materia de impugnación, ha sido expuesta y recomendada por la profesora Rosaura Chinchilla Calderón, como una forma adecuada para materializar el principio de revisión integral de la sentencia (la cual expuso en la ponencia de fecha 23/02/2018, en el marco del Programa de Especialización Penal: Medios de Impugnación, Defensa Pública).

Entre la forma y los elementos que el análisis integral del fallo debe comprender en el proceso penal en materia de penalización, se hallan los siguientes:





Para asuntos de orden y de una adecuada técnica recursiva, es recomendable que la persona defensora pública inicie un estudio de los aspectos señalados de lo general a lo particular, entendiendo que todos estos extremos forman parte del proceso penal y, por tanto, deben ser objeto de la garantía judicial de revisión integral del fallo.



1. Revisión de aspectos exopenales

Comprende, entre otros, todos los aspectos que están fuera de lo penal, los cuales fueron descritos detalladamente en el capítulo III de este texto, lugar al que se remite a la persona lectora para evitar reiteraciones.

Evidentemente, la persona defensora pública debe revisar exhaustivamente todos los aspectos exopenales, con la finalidad de reclamar lo que corresponda ante los tribunales de apelación de sentencia penal o S.T., ya que se debe tener claro que estos extremos también son revisables en la etapa de impugnación, pues forman parte directa o indirectamente de los elementos que dieron vida y contenido al fallo.

Si bien es cierto, debe llevarse a cabo la revisión integral del fallo, incluso, de oficio por parte de la autoridad jurisdiccional, cuando se conoce un recurso de apelación de sentencia, lamentablemente, en la realidad, no todas las integraciones de los tribunales de apelación penal cumplen con esta obligación, pues, generalmente, el examen de la sentencia se limita a los puntos que concretamente fueron cuestionados en la impugnación o, a lo sumo, a los aspectos propios de la sentencia (decisorios).

Por esta razón, la defensa técnica debe abocarse a realizar un estudio más amplio que involucre las circunstancias exopenales para incentivar a las autoridades que conocen de la impugnación a dirigir la mirada a esos temas.

A modo de ejemplo, puede invocarse un motivo mediante un recurso de apelación de sentencia penal, donde se cuestione la legalidad de las medidas de protección que justificaron la condena de una persona por la comisión del delito de incumplimiento de medidas de protección.

2. Examen relativo a los aspectos propios del proceso penal

Este extremo se circunscribe a todos los aspectos que ordinariamente componen el proceso penal –incluyendo los extremos civiles que se reclaman–, verbigracia, los que fueron descritos detalladamente líneas *supra* en este capítulo.

Incluye examinar, por ejemplo, el ejercicio legal de la acción penal; las actividades procesales defectuosas; la legalidad de la prueba (revisar la forma de recabar e incorporar la prueba al proceso, los actos probatorios); la prescripción de la acción penal; la prejudicialidad; el principio *non bis in idem*; el cumplimiento de las formalidades de la acusación o querella; la imputación adecuada de hechos; el nombramiento de intérprete y/o representación consular; el respeto a los derechos; los principios y las garantías que componen el debido proceso (derecho de defensa, principio de legalidad, derecho de abstención, etc.); aspectos civiles, entre otros.

La defensa técnica debe tener presente que todos estos aspectos relativos al proceso penal, en general, son reclamables y revisables en la etapa de impugnación, atendiendo al principio de revisión integral de la sentencia. Sin embargo, se reitera que es recomendable que la persona defensora las haga notar en el recurso respectivo para obligar a la autoridad competente resolver sobre ellos, no solo porque es parte de la labor, sino también porque obedece a una adecuada técnica impugnaticia.

3. Revisión de aspectos relativos al juicio (exo decisorios)

La defensa técnica debe revisar para reclamar en sede de impugnación aspectos, tales como los relativos a la jurisdicción; constitución del tribunal juzgador (juez natural, imparcial y objetivo, competencia por materia y territorio, idoneidad de la persona juzgadora); el respeto de los principios de procedencia para la aplicación de los procedimientos especiales como por ejemplo, juzgar a personas inimputables, personas en flagrancia, procedimientos especiales abreviados; incidentes de actividades procesales defectuosas nuevas o reiteradas; recusaciones; resolución de todos los aspectos planteados en debate (*solicitud de penas alternativas* y/o excepciones, por ejemplo); forma de interrogatorio; limitación de participación en el debate; actitud del tribunal con las partes (concentración); respeto a los principios del juicio; normas de deliberación y sentencia; plazo de emisión del fallo, extremos civiles, entre otros.

Es decir, se debe dirigir la mirada a todos los aspectos acontecidos durante y posterior al debate, con el fin de contraponerlas con las exigencias judiciales, procesales y sustantivas existentes en el ordenamiento jurídico costarricense –incluyendo instrumentos internacionales, realizando controles de convencionalidad– para un juzgamiento, conforme a derecho, que involucre el respeto del debido proceso en general para luego determinar, si existe algún motivo de impugnación que plantear.



Cabe insistir que la persona defensora pública debe recordar que todos los aspectos señalados y cualquier otro –exodecisorios—son revisables en la etapa de impugnación, bajo el principio de revisión integral del fallo. En este sentido, debe de tener en cuenta que, el ordenamiento jurídico costarricense se extiende más allá de nuestras normativa interna, ya que, una visión clara al respecto, generará el terreno fértil para realizar controles de convencionalidad en los fallos (sobre el *Control de convencionalidad*, ver Brewer-Carias, 2012; Carmona, 2015).

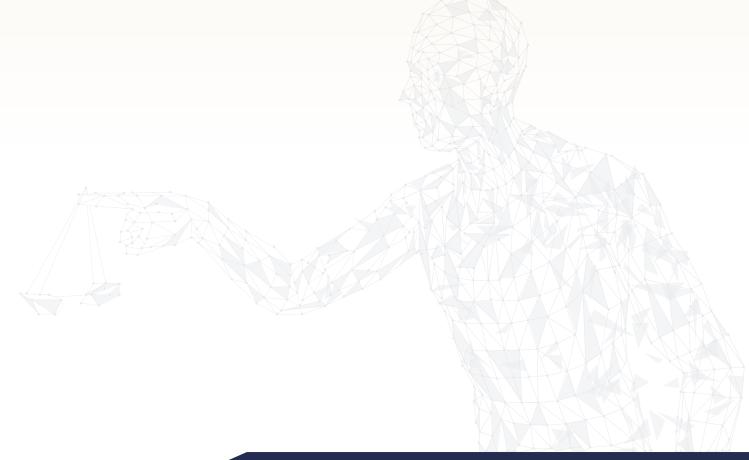
4. Revisión de aspectos decisorios (relativos a la sentencia)

Con la denominación de aspectos decisorios, se hace referencia a todos aquellos extremos contenidos, propiamente, en el fallo condenatorio que se impugna, incluyendo los civiles.

Entre ellos, se pueden mencionar los referentes a la determinación fáctica del hecho; la autoría y la participación; la fundamentación descriptiva, intelectiva y jurídica (implica necesariamente un análisis escalonado y pormenorizado de los elementos que componen la teoría del delito); aspectos relacionados con la motivación del fallo; respeto al principio de inocencia (carga de la prueba); naturaleza de la prueba utilizada para fundamentar fallo (lícita o ilícita); criterio de imposición de pena (quantum y tipo de pena); ley aplicable; concursos y unidad de acción, entre otros.

Sobre estos aspectos, comúnmente se detienen tanto el recurrente como los tribunales de apelación a analizar (salvo excepciones), dejando de lado todos los demás escenarios que gravitan en torno a la resolución final que da terminada la etapa de juicio. Por tal razón, es relevante que, en el recurso, se aleguen los demás extremos mencionados *supra*.

En conclusión, como se ha venido sosteniendo, es importante que la persona defensora pública no descuide los otros elementos revisables y reclamables en impugnación, debido a que esos otros escenarios son terreno fértil para que se lleven a cabo transgresiones de garantías y derechos de la persona imputada. La defensa técnica debe reclamar estas violaciones en todas las instancias legales competentes, siendo la fase de impugnación (apelación y casación) una de ellas.





Capítulo V. Apuntes generales relacionados con la etapa de ejecución de la pena en delitos de penalización

El buen curso de la etapa de ejecución de la pena impuesta depende, en mucho, de la información, las recomendaciones e insumos que la **defensa técnica de la etapa de juzgamiento** le otorgue a la persona sentenciada de cara al inicio del descuento de la sanción impuesta, especialmente, tratándose de materia de penalización. Desde esta perspectiva, es esencial el enlace que la defensa haga con la persona sentenciada con respecto a la sede de ejecución.

Como se indicó *supra*, la necesidad de conexidad entre la etapa de ejecución de la pena y las previas a esta, es esencial para que la persona sancionada inicie de buena manera la ejecución de la pena. Sin embargo, a pesar de ello, en la práctica, se ha visualizado lamentablemente, la existencia de un divorcio entre ellas, lo cual se traduce con frecuencia en obstáculos, tanto para la persona sentenciada como para la persona profesional letrada que representará al usuario, eventualmente, en este último periodo del proceso. Este aspecto no solo entorpece el adecuado comienzo de la ejecución de la pena, sino también, en muchas ocasiones, lleva a su fracaso, especialmente cuando la sanción impuesta es diferente a la cárcel.

Sobre este aspecto, es relevante que la persona defensora pública recuerde que la fase de ejecución de la pena forma parte del proceso penal y, por tanto, debe ser desarrollada conforme al estricto apego a la ley (principio de legalidad ejecutiva) y a los derechos fundamentales del sentenciado (Ferrajoli, 2015), a pesar de que, en el contexto costarricense, la realidad parece ser otra, pues a la fecha (junio, 2019), no existe todavía la Ley de Ejecución de la Pena en el proceso penal aplicable a personas mayores de edad, lo que ha provocado que esta materia se encuentre regulada, principalmente, por una maraña de disposiciones administrativas bastante oscuras e imprecisas, emitidas principalmente por el Ministerio de Justicia y Paz.

Teniendo como punto de partida las razones anteriores, se considera de suma importancia realizar algunas recomendaciones generalísimas, dirigidas, principalmente, a la persona defensora pública que se encuentra apersonada en un proceso penal en las etapas previas a la fase de ejecución, con el fin de construir insumos que pueden servir, posteriormente, en la etapa de ejecución de la pena, como elementos facilitadores y de enlace para la persona sentenciada y de su representación técnica de esta última parte del proceso.

Sección I. Aspectos técnico-administrativos iniciales correspondientes a la etapa de juzgamiento y a la fase de ejecución de la pena

1. Paso de la etapa de juzgamiento a la de ejecución de la pena

En caso de una condena de cualquier naturaleza (entre otras: prisión, penas alternativas), es importante que con un lenguaje sencillo, entendible y de forma amplia y clara, la persona defensora pública le informe a la persona usuaria que el proceso penal no culmina con la emisión del fallo condenatorio, sino que se extiende a la etapa de ejecución, la cual es, quizás, una de las más invasivas a sus derechos, ya que es aquí donde se materializa el poder punitivo sancionatorio del Estado con la ejecución de la pena impuesta.

En definitiva, la información brindada al respecto es de suma relevancia para que el sentenciado inicie y culmine de la mejor forma posible, el camino procesal pendiente, debido a que los datos brindados en ese sentido servirán no solamente como insumos para enlazar la fase de juzgamiento con la de ejecución, sino también implicará una fuente de motivación para que la persona condenada comprenda la importancia de comunicarse con el o la profesional que ejercerá su representación legal en esta última parte del proceso penal.

En este sentido, es importante al menos que, de manera general, la persona defensora pública le brinde al sentenciado la siguiente información:



Debe advertir a la persona sancionada que, con la firmeza de la sentencia, inicia la etapa de ejecución, donde deberá inmediatamente ponerse a las órdenes de las autoridades encargadas de ejecutar y vigilar la materialización de la pena impuesta.

Es importante que se le indique a la persona condenada que, entre las autoridades involucradas en la ejecución de la pena, se encuentran las siguientes: Ministerio de Justicia y Paz, la Dirección General de Adaptación Social, representada por el Instituto Nacional de Criminología a través del Programa denominado Oficina de Atención en Comunidad (conocida como OPAC), además, los juzgados de ejecución de la pena. Debe informársele también que cada uno de estos entes determinará su competencia territorial según el domicilio del sentenciado.

Sobre este tema, es importante que la persona defensora pública tenga en cuenta y le explique al usuario que el tribunal sentenciador debe remitir copia del fallo tanto a la OPAC (para el caso de penas alternativas) como al juzgado de ejecución de la pena del circuito territorial que corresponda, según el domicilio reportado por la persona sentenciada, para que inicie el proceso de ejecución de la pena.

De igual manera, se le debe advertir a la persona sentenciada que si el fallo condenatorio no lo indica, deberá apersonarse al tribunal que emitió la sentencia para que le informe cuáles serán el juzgado de ejecución y la OPAC que se encargará de ejecutar la sentencia.

Una vez que se le informe a la persona penada todos los aspectos *supra* señalados, debe indicársele que deberá ponerse a las órdenes de estas autoridades para iniciar el cumplimiento de la pena impuesta.

Además de lo anterior, la persona defensora pública debe comunicar a la persona sancionada todos los aspectos generales, cuando sean aplicables al caso concreto que se señalaron líneas *infra* en este capítulo, según sea el tipo de pena impuesta.

2. Trámite técnico-administrativo que la persona defensora de la etapa de juzgamiento debe realizar una vez firme la sentencia condenatoria con la finalidad de entrelazar ambas etapas

Es importante que la persona defensora pública inste la emisión del auto de liquidación de la pena ante el tribunal emisor del fallo, con el fin de que este sea remitido al juzgado de ejecución de la pena correspondiente, para que se tenga claro no solo el contenido de la sanción, sino también las condiciones en las que se debe ejecutar la pena. Ahora bien, puede agilizarse el trámite entregando al usuario, al menos, la copia de la sentencia en la que se visualice la parte dispositiva, donde teóricamente, se deberían detallar estos aspectos.

Sección II.- Recomendaciones relacionadas con la etapa de ejecución de sentencia en caso de que se aplique pena de prisión en delitos de penalización

Existen algunos aspectos generales que deben integrarse a los específicos de cada caso concreto, que la persona defensora pública debe tener en cuenta cuando tome firmeza una sentencia condenatoria que imponga pena de prisión en materia de penalización de violencia contra las mujeres, entre ellas:

1. Valorar la posibilidad de pedir la unificación de pena bajo criterios de legalidad, oportunidad y conveniencia

Es importante que la persona defensora pública recuerde que la unificación parcial o total de pena es el instituto que aplica [...] cuando recaen sobre la misma persona dos o más condenatorias por acciones ilícitas independientes, las cuales eran susceptibles de haberse sancionado en un mismo juicio [...] (Aguilar, Murillo, 2014, p. 300). Sin embargo, por diferentes razones, estas no se tramitaron de manera conjunta, verbi gratia: no existió coordinación entre las diferentes autoridades jurisdiccionales.



Entonces, la unificación de pena dependerá de la existencia del concurso material entre los distintos delitos que puedan dar lugar a la invocación de un concurso real retrospectivo, el cual:

[...] se presenta cuando el sujeto comete un nuevo delito antes de ser condenado por un delito anterior, de modo que al juzgársele por ese segundo hecho no puede ser calificado de reincidente, ni se podrá recurrir a las reglas de la reincidencia para aplicar la pena, sino que deberán tomarse las reglas del concurso real, pese a que los hechos hayan sido objeto de diferentes procesos y, consecuentemente, de diferentes sentencias [...]. (S.T., voto 175-F-1994).

La aplicación de este instituto presenta las siguientes finalidades:

[...] a).- disminución de la pena impuesta a través de la adecuada aplicación de las reglas concursales; c.-) impedir que penas impuestas por separados, en diferentes juicios, superen el triple de la mayor; b.-) para efectos administrativos penitenciarios, cuando, tener un sola pena implica un panorama más beneficiosos para la obtención de beneficios carcelarios, a modo de eje: optar por la ejecución condicional, pues implica desaparecer la condición de reincidente [...] (S.T., voto 2001-1178).

En virtud de lo anterior, en sentencia (incluyendo la emitida en razón de la aplicación de un procedimiento especial abreviado, arts. 373-375, C.P.P.), la defensa técnica de juicio puede valorar la solicitud de la unificación de pena. Sin embargo, debe tener en cuenta criterios de legalidad, oportunidad y conveniencia de acuerdo con el caso concreto y los intereses de la persona encartada, pues no toda unificación es automáticamente más beneficiosa. Por el contrario, se podrían visualizar escenarios donde es más perjudicial en comparación con la aplicación de otras posibilidades, como por ejemplo: el descuento simultáneo.

Dicho de otra manera, pueden existir panoramas donde es mejor que el sentenciado descuente de manera simultánea la otra pena pendiente, como sería el caso de que se le imponga una pena alternativa en otro proceso penal, además de la pena de cárcel impuesta con anterioridad. En la situación hipotética expuesta, el tiempo que se duraría descontando simultáneamente la pena sería mucho menor que el que pueda durar en caso de que sean unificadas.

2. Informar al sentenciado sobre el proceso grupal o individual de violencia intrafamiliar que debe llevar en su estadía en prisión

Una vez que haya sentencia firme donde se imponga al usuario pena de cárcel de ejecución inmediata (directa), es recomendable que la persona defensora pública le informe que, en la fase de ejecución, es indispensablemente cursar el Programa de Violencia Intrafamiliar que se imparte en todos los centros institucionales del país, ya sea, en su modalidad individual o grupal, como condición *sine qua non* para obtener y/o acceder a algunos beneficios o para materializar algunos derechos en sede de ejecución.

Cabe resaltar que no es suficiente informar al sentenciado sobre la existencia de este Programa, sino que la defensa letrada debe llevar a cabo una labor motivacional y de sensibilización para que la persona condenada inicie a cursarlo, inmediatamente después de ingresar a descontar la pena de prisión correspondiente, recomendándole, a su vez, que debe tomar una postura de reflexión y aceptación en torno a la posición de agresor, para que pueda progresar en dicha etapa.

Por último, debe indicarse al sentenciado que tanto la inclusión inmediata a este Programa como su necesario posicionamiento en la figura de agresor son esenciales no solo para obtener beneficios carcelarios que tienen como finalidad tanto el egreso más pronto del centro de reclusión, así como también, sirve para facilitar el goce de diferentes derechos en su estadía en prisión, entre ellos: visita conyugal, salidas restringidas, visitas generales, entre otros.



3. Posibilidades de optar por el beneficio de libertad condicional versus la solicitud de pena alternativa en la etapa de ejecución

En el caso de la condena a la pena de cárcel por delitos contenidos en la LPVcM, existe la posibilidad de solicitar en la etapa de ejecución un cambio a sanciones alternativas, cuando el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena, tal y como los numerales 10 y 11 de dicho cuerpo legal lo disponen.

Es recomendable que esta información sea facilitada por la persona defensora de la etapa de juicio al sentenciado para que haga valer sus derechos cuando correspondan. No obstante, tomando en cuenta criterios de oportunidad y conveniencia, la defensa técnica debe hacerle ver también al penado que pueden surgir otros panoramas jurídicos diferentes como los siquientes:

Tendrá la posibilidad de solicitar el beneficio de libertad condicional regulado en los artículos 64 al 66 del C.P., cuando haya cumplido la mitad de la pena impuesta, siempre que no haya sido condenado anteriormente por un delito común, sancionado con pena mayor de seis meses y previo informe del Instituto Nacional de Criminología.

Es importante que se trasmita esta información de manera sencilla e idónea al sentenciado, pues los panoramas pueden variar de un caso a otro, tomando en consideración criterios de legalidad, oportunidad y conveniencia, ya que el beneficio de libertad condicional trae aparejada en algunas circunstancias de mayores beneficios que la propia sustitución de penas alternativas, debido a que es menos invasiva en el sentido de que puede otorgarse, sin que se impongan condiciones en su cumplimiento, contrario a la posibilidad que otorgan los numerales 10 y 11 de la LPVcM.

Asimismo, pueden surgir otros escenarios donde por circunstancias propias del caso concreto, tomando en cuenta criterios de legalidad, oportunidad y conveniencia, sea más factible solicitar la sustitución de pena de prisión por penas alternativas, por ejemplo, cuando el sentenciado cuente con antecedentes no relacionados con delitos contemplados en la LPVcM, pues en este último caso, se le imposibilitará acceder al beneficio de libertad condicional.

Sección III.- Recomendaciones relacionadas con la etapa de ejecución de sentencia en caso de que se apliquen penas alternativas dispuestas en la LPVcM

A pesar de que la LPVcM entró en vigencia desde el 2007, todavía en la práctica, se visualiza, constantemente, una incorrecta aplicación de las penas alternativas por parte de los tribunales de juicio. En muchas ocasiones, la persona representante del ente fiscal y la persona designada de la defensa técnica contribuyen en la comisión de dicho yerro, debido a las solicitudes incorrectas al momento de requerir la pena y/o por la omisión de controlar lo resuelto en el fallo sobre el extremo de la sanción.

A modo de ejemplo de los errores cometidos en este tópico, se pueden citar casos como los siguientes: se imponen penas alternativas y el beneficio de ejecución condicional de la pena a la vez; se otorgan penas alternativas sin fijar el plazo correspondiente; y se fija el plazo de la sanción alternativa contrario a las disposiciones de ley.

Este erróneo proceder da al traste con el fin resocializador de las penas dispuesto en el artículo 51 del C.P., así como en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, numeral 10.3, la CEDAW artículo 5° y la Convención *Belem do Pará*, numerales 7 y 8. (Esta finalidad ha sido aceptada por la jurisprudencia constitucional costarricense en el voto 2001-10543, por ejemplo).

Además, sobre este aspecto, hay que tener en cuenta que la incorrecta imposición de las penas alternativas conlleva a una serie de dificultades y obstáculos para su cumplimiento, lo cual, a su vez, acarrea consecuencias procesales como la revocatoria y, consecuentemente, el descuento de la pena principal impuesta: *la cárcel*.

Por estas razones, es necesario que, al momento de solicitar la imposición de penas alternativas o al controlar este extremo en sentencia, la persona defensora pública revise los siguientes extremos en relación con el caso particular en el que ejerce la defensa técnica, entre otros:



1. Solicitar y/o verificar el plazo de las penas alternativas impuestas

La defensa técnica debe tener claro que, según el numeral 11 de la LPVcM, [...] La pena alternativa no podrá superar el monto de la pena principal impuesta [...] en la sentencia. Además, de la interpretación de la normativa en cuestión, puede colegirse que el tiempo de la sanción alternativa bien podría ser menor al plazo determinado para la pena de cárcel; es decir, no debe necesariamente ser igual a este último.

Es importante insistir que el cumplimiento de este requisito de legalidad en la imposición de la sanción alternativa es una obligación dispuesta por la ley, cuyo objetivo es otorgar seguridad jurídica en la aplicación de la pena al sentenciado. Además, su observancia deviene en esencial para la etapa de ejecución, pues es un aspecto que la persona sentenciada debe conocer claramente para materializar de buena forma el cumplimiento de la sanción.

Además, aquella circunstancia toma especial preponderancia al momento de valorar la revocatoria en los términos de los numerales 68 del C.P. y 14 de la LPVcM, donde se ha entendido, por interpretación sistemática, gramatical (literal) y restrictiva de dichas normas que, una vez cumplido el plazo de la pena alternativa, debe tenerse por cumplida, sin importar si realmente el sentenciado realizó sus condiciones.

2. Verificar las clases de penas alternativas impuestas en sentencia

La defensa técnica debe revisar de manera pormenorizada las clases de penas alternativas impuestas en el fallo (detención de fin de semana, prestación de servicios de utilidad pública, cumplimiento de instrucciones y el extrañamiento) para luego explicar amplia, detallada y claramente al sentenciado los aspectos y contenidos relacionados con la sanción a cumplir en la etapa de ejecución con la finalidad de allanar el inicio de esta fase al penado.

En relación con la forma y el contenido de las penas alternativas, la función y las gestiones que la persona defensora pública haga al respecto en las etapas procesales previas a la de ejecución toman especial notabilidad, debido a que los insumos que se le brinden a la autoridad jurisdiccional para resolver este extremo servirán para orientarla en cuanto a cómo deben imponerse y qué debe contener el plan de sanciones alternativas; principalmente, cuando se trata de penas de prestación de servicios de utilidad pública y el cumplimiento de instrucciones, ya que este tipo de sanciones requieren detallar algunos aspectos como lugar de cumplimiento, tipo de instrucciones, fechas, plazos y otras circunstancias a las cuales el sentenciado debe ajustarse.

A modo de ejemplo, si como pena alternativa, se le impone al penado cumplir con la instrucción dispuesta en el artículo 16, inciso b): **someterse a un programa especializado para ofensores y orientado al control de conductas violentas**. Se debe comprobar que se especificaron dónde se realizará, qué tipo de programa es y cuánto tiempo dura. En caso contrario, existirán muchas posibilidades que la imprecisión de estos extremos conlleve a un incumplimiento por parte del sentenciado.

3. Incompatibilidad de las penas alternativas con otras formas de ejecución y/o beneficios

Es necesario que la defensa pública verifique que la sentencia que impone las penas alternativas no se aplique de manera conjunta con otros tipos de sanciones y/o beneficios que sean incompatibles entre sí o con las sanciones alternativas.

Para ejemplificar lo anterior, en la práctica, se imponen penas alternativas y, a su vez, se otorgan el beneficio de ejecución condicional, más la pena principal de prisión en caso de incumplimiento. Pero esto es un error, debido a que las penas alternativas son incompatibles con el beneficio de ejecución condicional de la pena (art. 59 C. P.), ya que son institutos diversos tanto en su naturaleza jurídica como en su forma de ejecución.

Cuando se suscita una situación como la descrita, se incurre en una ilegalidad en la imposición de la pena, pues se está sancionando a la persona de una manera no autorizada por la ley (doble sanción), rebasando el principio de culpabilidad. Además, se traslada a la persona sentenciada a un escenario de inseguridad jurídica, en tanto existe incerteza de cuál es la pena y cómo es la forma en que debe ejecutarse el fallo.



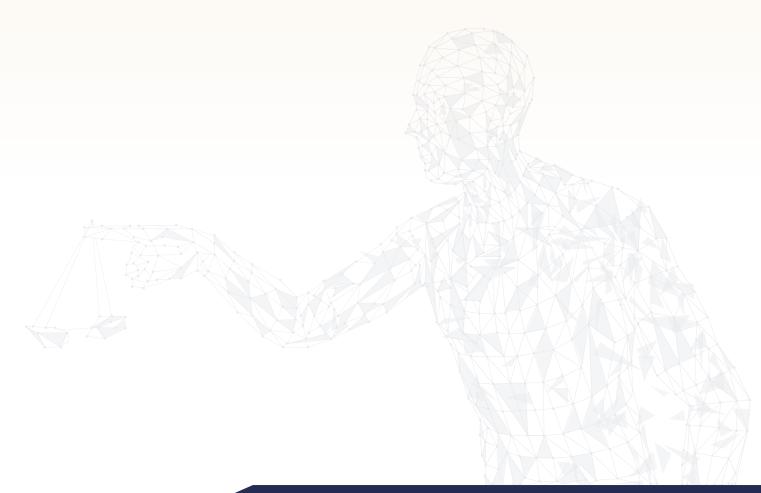
Asimismo, con la situación descrita, se provoca otro tipo de afectaciones a los intereses del penado, relacionados con un aspecto subjetivo, pues el plazo de una ejecución condicional en muchas ocasiones sobrepasa el de las penas alternativas, lo cual quiere indicar que la cancelación de la anotación en sus antecedentes será mucho más prolongada.

4. Solicitar que el fallo indique los nombres de las autoridades que se encargarán de la ejecución de las penas alternativas

Es de suma importancia que, tanto la defensa técnica como el tribunal –este último en la sentencia– le indiquen a la persona sentenciada a cuál OPAC y a cuál juzgado de ejecución le corresponderá supervisar la sanción alternativa impuesta. Esta información tiene especial trascendencia para la persona penada, ya que servirá para que se ponga inmediatamente a las órdenes de estas instituciones una vez firme el fallo, con el fin de iniciar el plan de cumplimiento de la sanción.

Además, la defensa técnica de la etapa de juzgamiento debe indicarle al sentenciado que, por tratarse de la ejecución de penas alternativas, se le nombrará representación letrada para que lo asesore en la etapa de ejecución de la pena.

Por último, debe solicitarse al tribunal sentenciador que le indiquen a la persona sancionada las formas, mediante las cuales, puede conocer quién será su defensor o defensora de ejecución, para que se ponga en contacto, cuanto antes con el o la profesional. Asimismo, no es ocioso recordar que a la persona condenada se le puede brindar dicha información tanto por medio del juzgado de ejecución que tramitará la ejecución de la pena, así como directamente por medio de las oficinas de la Defensa Pública.





Bibliografía

Aguado, Teresa. El principio de proporcionalidad. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.

Ambos, K. (2009). Colecciones Derecho y Justicia. Revista Escuela Judicial. San José, Costa Rica (pp. 21-40).

Bacigalupo, E. (1996). Manual de derecho penal. Bogotá, Colombia: Temis.

Baratta A. (2004). Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Baratta, A. (1990). Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. *Revista IIDH*. San José, Costa Rica, n.º 11.

Benavides, D. (2011). Código de Familia. Concordado y comentado con jurisprudencia constitucional y de casación. (4^{ta} Ed.). San José. Costa Rica: Juritexto.

Brenes, A. (2001). Tratado de los bienes. (7ª Ed.). San José, Costa Rica: Juricentro.

Brewer-Carías, A. (2012). El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. El control de convencionalidad y su aplicación. San José, Costa Rica (pp. 1-65).

Browne, A. (1991). El libro de los cerdos.

Cafferata, J., Hairabedián M. (2011). La prueba en el proceso penal. (7ª Ed.) Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Carmona, A. (2015). Control difuso de convencionalidad: Una invitación garantista para soslayar el tratamiento inconvencional de la detención provisional en penal juvenil. *Revista Escuela Judicial*, 10 (29-55).

Castillo y otros. (2013). Convención sobre derechos humanos. Anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Castillo, F. (2012). Los delitos de apropiación. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2011). *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. (1° Ed.). Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno.

Chinchilla Calderón, R. (2010). Principio de legalidad. ¿Muro de contención o límite difuso para interpretación de la teoría del delito en C. R? San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.

Chinchilla Rojas, L. (2010). Sobre la situación espiritual de la jurisprudencia costarricense en relación con el concurso de delitos: La necesidad de una luz sobre un tema malinterpretado. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Chirino, A. (2002). Reflexiones a propósito del dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión Permanente de la Mujer. (Informe sobre Proyecto de Ley de expediente n.° 13 874). Asamblea Legislativa de Costa Rica.

Cobo, R. y otros. (1995). Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau. Valencia, España: Universitat de València.



Comunicado CorteIDH_CP-01/18, Español, 9 de enero de 2018.

Conejo, M. (2008). Medios de impugnación y defensa penal. San José, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial.

Cruz, F. (1994). La nulidad por nulidad, la justicia pronta y cumplida y la vigencia del formalismo procesal. San José, Costa Rica: Escuela Judicial.

Dall'Anese Francisco. (2002). El Dolo. (3ra Ed.). San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.

Defensa Pública del Poder Judicial. (2014). Penalización de Violencia contra las Mujeres. *Folleto de Centros de Remisiones de Personas Usuarias*.

Ferrajoli L. (2015). *La cárcel*. Lección expuesta el 4 de julio de 2015, en el curso de posgrado Ejecución Penal y Derecho Penitenciario Organizado, San José, Costa Rica, por Iñaki Rivera Beiras de la Universidad de Barcelona y por Carlos Manavella de la Universidad para la Cooperación Internacional.

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, España: Trotta, S. A.

Galtung, J. (1969). Violencia, paz e investigación para la paz. En Sobre la paz. Fontamara.

Gimbernat, E. Ordeig. (2013). Concepto y método de la ciencia del derecho penal. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

González, José., Montero D. (2015). Teoría del caso y argumentación jurídica. Heredia, Costa Rica: Poder Judicial.

Hassemer, W. (2003). Crítica al derecho penal de hoy norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.

Lerner, G. (1990). La creación del patriarcado. Barcelona, España: Crítica, S. A.

Llobet, J. (2005). Derecho procesal penal. Aspectos generales. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.

Llobet, J. (2009). Proceso penal comentado. Código Procesal Penal comentado. (4^{ta} Ed.) San José, Costa Rica: Jurídica Continental.

Meza, A. (2009). Tratado de la posesión. San José, Costa Rica: Isolma.

Molina, F. (2008). Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n.º 74, (113-144).

Montero, D. y Salazar, A. (2013). Derecho penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los derechos humanos. San José, Costa Rica: ISOLMA.

Montero, F. (1999). Obligaciones. (III Ed.) San José, Costa Rica: Premia.

Muñoz, F. (2010). Teoría general del delito. (3ra Ed.) Bogotá, Colombia: TEMIS.

Murillo, R.; Sevilla G. (2014). *Ejecución penal: derechos fundamentales y control jurisdiccional*. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.



Pereira, S. (2014). Modelo de abordaje integral en violencia doméstica. San José, Costa Rica: Juricentro.

Platero, R. y otros. (2014). Otras formas de (re) conocer. Reflexiones, herramientas y aplicaciones desde la investigación feminista. España (pp. 79-96).

Puleo G. y otras. (2007). El hilo de Ariadna ecofeminismo, animales y crítica al androcentrismo. España: Universidad de Salamanca (pp.71-86).

Roxin, C. (2013). La teoría del delito en la discusión actual. Lima, Perú: Grijey E. I. R. L.

Serrano, F. (1999). Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Valladolid, España: Trotta.

Traversi, A. (2005). La defensa penal. Navarra, España: Aranzadi, S. A.

Trejos, G. (1999). Derecho de familia costarricense. (Il Ed.). San José, Costa Rica: Juricentro.

Trejos, G. (2010). *Derecho de la familia*. San José, Costa Rica: Juricentro.

Zaffaroni, E. (2015). Estructura básica del derecho penal. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Legislación

Normativa nacional

Código Civil de Costa Rica, Ley N.º 63.

Código de Familia, Ley N.º 5476.

Código Penal de Costa Rica, Ley N.º 4573.

Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N.º 9342.

Código Procesal Penal de Costa Rica, Ley N.º 7594.

Constitución Política de Costa Rica, Ley N.º 9271.

Constitución Política de Costa Rica.

Ley contra la Violencia Doméstica, Ley N.º 7586.

Ley de Creación de las Comisiones Institucionales sobre Accesibilidad y Discapacidad (CIAD) N.º 9171.

Ley de Creación del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (CONAPDIS). N.º 9303.

Ley de Creación del Instituto Nacional de las Mujeres, N.º 7801.

Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, N.° 7600.

Ley de Justicia Restaurativa, N.º 9582.





Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal, N.º 9271.

Ley de Notificaciones Judiciales, N.°8687.

Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, N.º 8589.

Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, N.º 7142.

Ley de Protección a Víctimas y Testigos N.º 8720.

Ley de Reconocimiento de Lenguaje de Señas Costarricense (LESCO) como Lengua Materna, N.º 9049.

Ley de Reforma al artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales, N.º 9361.

Ley de Reforma Ley contra la Violencia Doméstica, N.º 8925.

Ley de Registro y Archivos Judiciales, N.º 6723.

Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, N.° 7935.

Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, N.º 9379.

Reglamento N.º 26831 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad.

Directrices y circulares institucionales

Circular n.º 004-2008. Defensa Pública. Distribución de trabajo de las nuevas plazas de penalización.

Circular n.º 009-2018 y n.º 16-2012. Defensa Pública. Procedimiento para vistos buenos de aplicación de procedimiento abreviado.

Circular n.º 010-2019. Defensa Pública. Directrices generales sobre funciones de la Unidad de Investigación.

Circular n.° 119-2015. Consejo Superior del Poder Judicial. Protocolo de imposición y notificación de medidas de personas con problemas psicosociales.

Circular n.º 017-2016. Consejo Superior. Gestión de cobro de honorarios en casos que procedan.

Circular n.° 017-2005. Secretaria General de la Corte. Manual de procedimientos para la contención, conducción e intervenciones corporales de detenidos.

Circular n.° 197-2014. Consejo Superior. Protocolo Interinstitucional de Intervención y Valoración de Riesgo en Situaciones de Violencia Contra las Mujeres.

Circular n.º 020-2010. Defensa Pública. Creación y funciones de la Unidad de Investigación.

Circular n.º 023-2014. Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia. Disposiciones en casos de personas que se sospeche que tienen alguna enfermedad mental.



Circular n.º 060-2015. Consejo Superior del Poder Judicial. Protocolo de imposición y notificación de medidas de personas con problemas psicosociales.

Circular n.° número 130-2017. Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia. Disposiciones en casos de personas que se sospeche que tienen alguna enfermedad mental.

Circular n.º 032-2018. Defensa Pública. Reglas prácticas para la solicitud, autorización, contratación y pago de peritos, consultor técnico, traductor y otros.

Circulares n.° 008-2016. Defensa Pública. Gestión de cobro de honorarios en casos que procedan.

Legislación internacional

Carta Iberoamericana de derechos de las víctimas (2012).

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Ley N.º 7948.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belem do Pará)*, Ley N.º 7499.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conocida (CEDAW), Ley N.º 6968.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley N.º 8661.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder (1985).

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Guías de Santiago sobre la Protección de Víctimas y Testigos (2008).

Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

Resoluciones judiciales

Resoluciones nacionales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Voto, 0185-2019.

Voto, 0264-1991.

Voto, 0522-1999.

Voto, 0540-1999.



Voto, 0611-1990.

Voto, 0701-1991.

Voto, 0750-2002.

Voto, 0861-2017.

Voto, 0986-2001.

Voto, 1080-2006.

Voto, 11155-2007.

Voto, 1151-1994.

Voto, 1192-1999.

Voto, 15447-2008.

Voto, 1739-1992.

Voto, 17681-2011.

Voto, 1782-1997.

Voto, 2000-0154.

Voto, 2001-10162.

Voto, 2001-10543.

Voto, 2001-9676.

Voto, 2007-13584.

Voto, 2011-3056.

Voto, 2313-1995.

Voto, 2776-1992.

Voto, 2984-1993.

Voto, 3129-1996.

Voto, 3475-1999.

Voto, 3483-1993.



Voto, 5836-1999.

Voto, 6708-2009.

Voto, 791-1991.

Voto, 87647-2001.

Voto, 9879-2001.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Voto, 1301-2004.

Voto, 0217-1992.

Voto, 1428-1996.

Voto, 2013-1225.

Voto, 0035-1999.

Voto, 0072-1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Voto, 2013-0543.

Voto, 0974-2002.

Voto, 0085-2007.

Voto, 0337-2002.

Voto, 0350-2013.

Voto, 0419-2012.

Voto, 0543-2013.

Voto, 0695-2007.

Voto, 0713-2009.

Voto, 0760-2011.

Voto, 0883-2015.

Voto, 0984-2003.



Voto, 0992-2013.

Voto, 0350-2013.

Voto, 101-F-1995.

Voto, 1126-2008.

Voto, 1260-2016.

Voto, 1338-2013.

Voto, 1358-2000.

Voto, 175-F-1994.

Voto, 2000-0376.

Voto, 2001-1178.

Voto, 2005-0170.

Voto, 2007-1101.

Voto, 2008-0263.

Voto, 2010-1416.

Voto, 2013-0543.

Voto, 2013-0924.

Voto, 2014-1098.

Voto, 2015-0301.

Voto, 2015-0883.

Voto, 2016-0576.

Voto, 2529-1994.

Voto, 446-F-1992.

Voto, 465-F-1994.

Voto, 719-F-1996.

Voto: 0159-2018.



Voto: 0760-2011.

Voto: 1192-1998.

Voto: 1393-2010.

Voto: 0301-2015.

Voto: 0214-2011.

Voto, 0261-2019.

Voto, 2019-01184.

Voto: 2019-00749.

Voto: 00231-2019.

Voto: 2019-01080.

Voto: 2020-00463.

Tribunal de Familia de San José

Voto, 0049-2012.

Voto, 0122-2004.

Voto, 0181-2009.

Voto, 0617-2010.

Voto, 0974-2004.

Voto, 1158-2001.

Voto, 2004-0974.

Voto, 2007-13446.

Voto, 2007-17528.

Voto, 2288-1999.

Voto, 1718-2001.

Voto, 1304-2002.

Voto, 0754-2003.



Voto, 0364-2007. Voto, 0588-2010. Voto, 1329-2002. Voto, 0586-2009. Voto, 0490-2018. Voto, 0004-2019. Voto, 1304-2002. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón Voto, 0250-2014. Voto, 0407-2016. Voto, 158-2013. Voto, 2012-0386. Voto, 2013-0670. Voto, 2016-00752. Voto, 2016-0362. Voto, 2016-0624. Voto, 0250-2014. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago Voto, 0102-2017. Voto, 0125-2014. Voto, 0179-2018. Voto, 0463-2013. Voto, 0733-2015.

Voto, 0810-2004.



Voto, 2012-0121.

Voto, 2013-0013. Voto, 2014-0462. Voto, 2016-0433. Voto, 2016-0655. Voto, 2017-0083. Voto, 2017-0347. Voto, 2017-0382. Voto, 2018-0066. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz Voto, 0158-2013. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil de San José Voto, 0209-2017. Voto, 2018-0299. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José Voto 1044-2018. Voto, 0018-2016. Voto, 0069-2008. Voto, 0078-2017. Voto, 0209-2017. Voto, 0568-2012. Voto, 0613-2007. Voto, 0673-2014. Voto, 1317-2014. Voto, 1563-2014. Voto, 2009 -1218.



Voto, 2010-0879.

Voto, 2012-0278.

Voto, 2012-1392.

Voto, 2013-0288.

Voto, 2014-0213.

Voto, 2014-0336.

Voto, 2014-0674.

Voto, 2014-0084.

Voto, 2014-0997.

Voto, 2014-1317.

Voto, 2015-0810.

Voto, 2015-0862.

Voto, 2015-1059.

Voto, 2015-1075.

Voto, 2016-0655.

Voto, 2016-0760.

Voto, 2016-1482.

Voto, 2016-1550.

Voto, 2017-0007.

Voto, 2017-0382.

Voto, 2017-0685.

Voto, 2017-0892.

Voto, 2017-1318.

Voto, 2017-1483.

Voto, 2018-0360.



Voto, 2018-0369.

Voto: 2010-0997.

Tribunal de Casación Penal de Cartago

Voto, 2009-0402.

Voto, 0183-2008.

Voto, 0273-2010.

Voto, 2008-0101.

Voto, 2008-0369.

Voto, 2009-0350.

Voto, 2010-0273.

Voto, 2011-0037.

Tribunal de Casación Penal de San José

Voto, 0558-2007.

Voto, 0651-2007.

Voto, 0738-2007.

Voto, 2003-0948.

Voto, 2007-1559.

Voto, 2010-0629.

Voto, 2011-0010.

Voto, 2011-0456.

Voto, 2011-1487.

Resoluciones internacionales

Corte Interamericana

Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 2012.

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, 2009.



Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 1999.

Caso De la Cruz Flores vs. Perú, 2004.

Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 2005.

Caso García Astos y Ramírez Rojas vs. Perú, 2005.

Caso López Álvarez vs. Honduras, 2006.

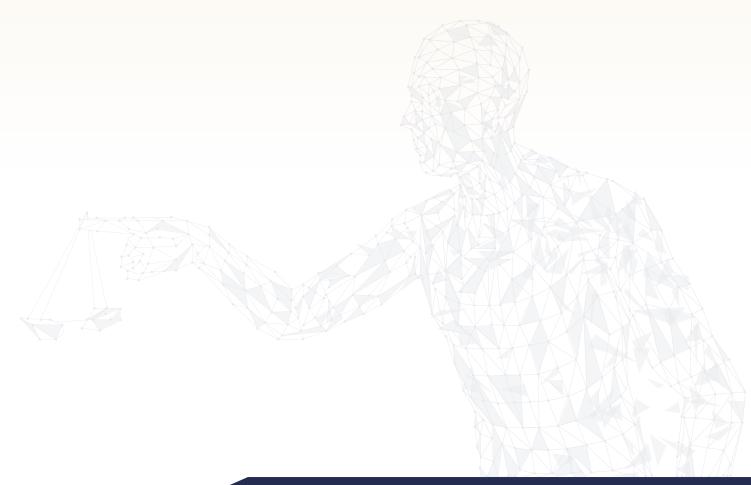
Caso Mauricio Herrera vs. Costa Rica, 2004.

Caso Ricardo Cannese vs. Paraguay, 2004.

CIDH, Opinión Consultiva de Costa Rica sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo, n.º OC-24/17, 24 noviembre de 2017.

Comisión Interamericana

Resolución n.° 1/2008 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.





Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres



"El derecho a tener derechos, o el derecho de cada individuo a pertenecer a la humanidad, debería de ser garantizado por la misma humanidad"

Hannah Arendt



