

ISSN: 2215-3276

CONSEJO DE
NOTables
PODER JUDICIAL
COSTA RICA

ÉTICA JUDICIAL

Cuaderno 3

Vol. 2, n° 2, Octubre 2013

Un camino a la equidad, la interpretación del ámbito de aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, a la luz de las convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres

Linda Casas Zamora

Mención especial en el VI Concurso Internacional de Trabajo Monográfico en torno al Código Iberoamericano de Ética Judicial.



CONSEJO DE
NOTables
PODER JUDICIAL
COSTA RICA

Ética judicial
Cuaderno 3
Octubre 2013

ISSN
2215-3276

© **Escuela Judicial “Lic. Édgar Cervantes Villalta”**

© **Consejo de Notables del Poder Judicial**

© **Secretaría Técnica de Ética y Valores**

Director de la Escuela Judicial: Marvin Carvajal Pérez

Coordinadores de la publicación: Rafael León Hernández y Román Bresciani Quirós

Corrección filológica: Irene Rojas Rodríguez

Diseño de portada: Mónica Cruz Rosas

Diagramación e impresión: Departamento de Artes Gráficas, Poder Judicial

Consejo editorial

José Manuel Arroyo Gutiérrez
Alfonso Chaves Ramírez
Carmenmaría Escoto Fernández
Olga Ovares Araya
Luis Fernando Solano Carrera
Lena White Curling

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de cada persona autora y no necesariamente refleja la opinión del Consejo de Notables o de la Secretaría Técnica de Ética y Valores del Poder Judicial.

Se prohíbe la reproducción de esta publicación para la venta u otro propósito comercial.

www.eticayvalores.escuelajudicial.ac.cr

Contenido

Presentación	4
Un camino a la equidad, la interpretación del ámbito de aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, a la luz de las convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres (Linda Casas Zamora)	5
Resumen	6
Introducción	7
Capítulo primero. Acerca de la Ley de Penalización y su relación con los derechos humanos de las mujeres	9
Capítulo segundo. La dicotomía jurisprudencial surgida a partir de la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres	19
Capítulo tercero. La jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación de Cartago. Ejemplo de una interpretación adecuada a las normas de los artículos 35, 37, 39 y 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial	43
Conclusión	48
Abreviaturas	51
Referencias	51
Bases para la recepción de obras	53

Presentación

Desde el 2007, la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ) convoca anualmente el *Concurso Internacional de Trabajo Monográfico en torno al Código Iberoamericano de Ética Judicial*. En su sexta edición, bajo el tema “justicia y equidad”, la CIEJ acordó otorgar una mención especial a la monografía presentada por la jueza costarricense, Linda Casas Zamora, sobre la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, analizada a partir de las convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres.

En este tercer *Cuaderno de ética judicial*, presentamos esta monografía que fue descrita por el jurado precalificador nacional como

un trabajo riguroso y bien estructurado, que trata en forma adecuada un problema de gran relevancia para el funcionamiento de la justicia. Se estima que aborda el tema central del concurso, la relación entre justicia y equidad, en forma precisa y original, a partir del desarrollo normativo y jurisprudencial que en Costa Rica se ha dado a dichos problemas y asocia esta actividad a los deberes impuestos por los artículos 35 a 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

Creemos que este texto es una muestra de la alta capacidad de análisis crítico de la normativa nacional e internacional en relación con los temas éticos. Por esta razón, tiene una estrecha vinculación con el objetivo de los *Cuadernos de ética judicial* de optimizar el conocimiento con relación a la ética e incentivar su aplicación en el quehacer judicial.

Esperamos que la lectura de este documento incentive tanto la reflexión sobre este tema, así como el análisis de otros igualmente importantes y su vinculación con la ética judicial, lo que permitirá seguir enriqueciendo y mejorando el quehacer de la institución.

Consejo de Notables
Poder Judicial
Costa Rica

Un camino a la equidad, la interpretación del ámbito de aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, a la luz de las convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres

Linda Casas Zamora¹

¿Dónde comienzan los derechos humanos, después de todo? En lugares pequeños, cercanos a casa; tan cercanos y tan pequeños que no están registrados en ningún mapa del mundo. Sin embargo, estos lugares constituyen el mundo de las personas individuales, el vecindario donde ellas viven, la escuela o la universidad a las cuales ellas asisten. Esos son los lugares donde cada hombre, cada mujer o cada niño buscan igualdad en la justicia, igualdad de oportunidades, igualdad en la dignidad, sin discriminación alguna. A no ser que estos derechos tengan verdadera validez en esos pequeños lugares, será difícil que la tengan en otros. Sin la acción preocupada y comprometida de los ciudadanos de mantener esos derechos cerca de casa, será vano buscar indicios de progreso en un mundo más amplio.

Eleanor Roosevelt

¹ Jueza del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica y Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante.

Resumen

Esta investigación establece la relación entre la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres (LPVCM) y los derechos humanos de las mujeres plasmados en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belem do Pará, las cuales resultan ser las fuentes de interpretación de su ámbito de aplicación y del elemento normativo “unión de hecho declarada o no” presente en catorce de los tipos penales incluidos y contemplados en esta ley especial, de conformidad con lo que sus normas generales establecen. Posteriormente, se efectúa un análisis crítico de la dicotomía jurisprudencial surgida a partir de la aplicación de la ley por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación de Cartago, por un lado, y del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José y el Tribunal de Casación de Guanacaste, para concluir que la jurisprudencia de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación de Cartago que interpretan la LPVCM de conformidad con las normas de la Convención de Belem do Pará se adecua a las exigencias éticas de los artículos 35, 37, 39 y 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, pues constituye un abordaje equitativo e inclusivo de la problemática de la violencia de género que promueve el acceso a la justicia y la protección de las víctimas que el Estado costarricense se ha comprometido a promover a partir de la ratificación de esos instrumentos de derechos humanos de las mujeres. A esta interpretación, debe agregarse la necesaria referencia a las normas de la CEDAW y su recomendación 19 de 1992, las cuales refuerzan el compromiso estatal de velar por la prohibición de las conductas violentas contra las mujeres en la familia y la protección de las víctimas que coinciden con la finalidad señalada en el artículo primero de la LPVCM.

Introducción

La convocatoria de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial a escribir acerca de la búsqueda de la equidad y la justicia en el quehacer de las juezas y los jueces iberoamericanos lleva a una reflexión acerca de la actividad cotidiana de administrar justicia y el necesario componente ético que supone que la ética deja de ser un tema de discusión por parte de personas entendidas con inclinación a la filosofía. Así logra estar presente en cada resolución y en cada deliberación donde debe integrarse la letra de la ley con principios de derechos humanos para asegurarse de que la generalidad y la abstracción de la ley se maticen. Uno de los modos de hacerlo es recurrir a principios y normas provenientes de convenciones y tratados Internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico por haber sido ratificados por el Estado costarricense.

Ciertamente, la aplicación de algunas normas no ofrece un reto -en términos de interpretación- por su naturaleza y condiciones, pero en otros casos, debe desplegarse una actividad interpretativa donde la búsqueda de la equidad impone el recurso a normas de derechos humanos ratificadas por el Estado, pues ellas constituyen un instrumento de interpretación que, sin transgredir el derecho vigente, permite asegurar la efectiva igualdad de toda la ciudadanía ante la ley.

El tema que nos hemos propuesto analizar es la interpretación del ámbito de aplicación y del elemento normativo “unión de hecho declarada o no” incluido en catorce tipos penales contemplados en la LPVCM, a la luz de las convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres, frente a una interpretación excluyente que se limita a aplicar el artículo 242 del Código de Familia.

El propósito de este ejercicio de análisis es señalar un camino para cumplir con la exigencia ética de aplicar la ley para conseguir equidad, la cual consiste en la interpretación de la ley conforme a las convenciones internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, no es nuestra intención plantear el tema de un modo abstracto, sino enfrentarlo a una situación particular del ordenamiento penal costarricense, surgida a partir de la promulgación de la LPVCM.

Su aplicación ha significado un reto para su interpretación, la cual se ha resuelto de dos modos opuestos: uno excluyente y apegado a una fórmula legal del derecho de familia -no aplicable a la materia regulada por la LPVCM- y otra de conformidad con la Convención de Belem do Pará, inclusiva, adecuada a los fines de la ley y que supone una interpretación equitativa de la ley, con lo que se cumplen las exigencias de los artículos 35, 37, 39 y 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

La elección del tema responde a la necesidad de visibilizar el hecho de que la interpretación cotidiana de las leyes por parte de los jueces y las juezas no debe estar alejada de las normas de las convenciones internacionales de derechos humanos que forman parte del ordenamiento jurídico y que tienen jerarquía superior a las leyes y aun a la Constitución, de conformidad con la jurisprudencia constitucional costarricense desde el siglo pasado.

Queremos demostrar con nuestro análisis que, como resultado de la aplicación de las normas de las convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres, al ámbito de aplicación y a los tipos penales que contienen el elemento normativo “unión de hecho declarada o no” de la LPVCM, se ha alcanzado el propósito de protección de una población vulnerable: las mujeres víctimas de violencia de género por parte de sus convivientes, como la finalidad señalada lo prevé en el artículo primero de ese cuerpo legal.

Capítulo primero: Acerca de la Ley de Penalización y su relación con los derechos humanos de las mujeres

1.- El trámite del Expediente n.º 13874 en la Asamblea Legislativa

a.- Una breve referencia a los antecedentes de su promulgación, en relación con el ámbito de aplicación de la ley

Como resultado de la conciencia acerca de las obligaciones adquiridas por el Estado costarricense con la ratificación y la incorporación de los instrumentos internacionales de los derechos humanos de las mujeres al ordenamiento jurídico nacional, en 1999 se presentó un proyecto de ley a la Asamblea Legislativa por iniciativa del Poder Ejecutivo, el cual fue preparado por la Comisión de Estrategia para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

Así se inició el Expediente legislativo n.º 13874 que, en veintitrés tomos, resume ocho años de trámite del proyecto y las transformaciones que sufrió, lo que permite comprender que del proyecto de “Ley para la Penalización de las Mujeres Mayores de Edad” a la ley promulgada en el 2007, hay una considerable diferencia.

Un aspecto esencial del proyecto era que se regulaban las relaciones de poder y confianza con una mujer mayor de edad, de modo que se planteaba una tutela amplia que debió variarse como consecuencia de una de las resoluciones de la Sala Constitucional que evacuaron las consultas facultativas efectuadas por diputados y diputadas a este órgano jurisdiccional (Hernández y Ramírez, 2009).

b.- Las consultas de constitucionalidad

La resolución n.º 3441-2004 de las dieciséis horas con treinta y siete minutos del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro respondió al planteamiento de que la ley quebrantaba el principio de conexidad, el principio de igualdad y el principio de legalidad penal, doble regulación en materia de

tipos penales en el Código Penal y la ley y el carácter desproporcionado de las penas.

En relación con el principio de legalidad penal, los magistrados y las magistradas de la Sala Constitucional concluyeron que el proyecto no delimitaba de manera suficientemente clara y concisa el ámbito de aplicación de la norma, al referirse al ligar su ámbito de aplicación a las “relaciones de poder o confianza”, lo que afectaba la constitucionalidad de toda la ley.

Debe observarse que esa sentencia no fue unánime, pues la magistrada Calzada Miranda y los magistrados Solano Carrera y Vargas Benavides salvaron el voto y razonaron que no existía lesión al artículo 39 de la Constitución Política, pues el ámbito de aplicación fijado no afectaba el principio de legalidad.

El criterio de la mayoría se reiteró en la resolución n.º 1800-2005 de las dieciséis horas con veinte minutos del veintitrés de febrero de dos mil cinco que, en relación con el ámbito de aplicación de la ley, dispuesto en el artículo tercero del proyecto, determinó que presentaba términos demasiado amplios y de difícil determinación con lo que se contrariaba el principio de tipicidad.

Como resultado de la inconstitucionalidad declarada que afectaba la esencia de la ley, debió sustituirse el concepto de “relación de poder o confianza” que definía el ámbito de aplicación de la ley y el elemento normativo en catorce tipos penales, y debió encontrarse un concepto sustitutivo para continuar con el trámite del proyecto de Ley de Penalización.

Así en el *Informe afirmativo unánime* de la Comisión de Consultas de Constitucionalidad del 12 de junio de 2006, se indica:

En virtud de lo anterior, esta Comisión subsana los vicios de inconstitucionalidad declarados por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera: [...] C.- En el artículo 1º. Del proyecto de ley, se substituye la frase: ‘una relación de poder o confianza’, por la frase: ‘una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no’.

Es así como aparece la expresión que define el ámbito de aplicación de la ley, en el texto del proyecto que se convirtió en la Ley N.º 8589 en abril de 2007.

2.- Las normas generales de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres y su relación con las normas de derechos humanos de las mujeres

En este apartado, interesa resaltar que se extrae la vinculación entre la LPVCM y los derechos humanos de las mujeres sin dificultad del texto de los primeros tres artículos de la ley. El artículo primero señala que la finalidad de la ley es

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

Y agrega:

En cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en la CEDAW, Ley 6968 de 2 de octubre de 1984 y de la Convención de Belem do Pará, Ley 7499 de 2 de mayo de 1995.

Se debe entender entonces que, a partir de su artículo primero, la Ley de Penalización deja claro -y a salvo de cualquier interpretación- que su finalidad está ligada indisolublemente a las normas de las convenciones de derechos humanos de las mujeres, las cuales han sido incorporadas al ordenamiento jurídico y establecen obligaciones que el Estado costarricense debe satisfacer.

Partiendo de esta finalidad, en el artículo segundo, prescribe que se aplicará cuando los delitos contemplados en ella se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, incluyendo a las mujeres mayores de 15 años y menores de 18.

En consonancia con estas normas, el artículo tercero de la ley establece que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país se constituyen en fuentes de interpretación de la Ley 8589, y aclara que “tengan un valor similar a la Constitución Política, los cuales, en la medida que otorguen mayores derechos y garantías a las personas, priman sobre la Constitución Política”. Añade que la CEDAW y la Convención de Belem do Pará serán fuentes de interpretación de la ley “en particular”.

La lectura de los dos artículos precedentes y sobre todo esta disposición de la ley conducen a la conclusión de que debe interpretarse toda la ley, incluidos los tipos penales, de conformidad con estas normas que priman sobre todas las otras del ordenamiento.

En este punto, resulta necesario citar dos resoluciones de la Sala Constitucional ordenadas cronológicamente, a saber, la n.º 2313-95 del 9 de mayo de 1995 y la n.º 2008-18884 de las 13: 34 del 19 de diciembre de 2008.

En la primera de ellas, se fijó la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos de la siguiente manera:

Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución. (*Vid.* sentencia n.º 3435-92 y su aclaración n.º 5759-93).

Esta idea se desarrolla también en la segunda de las resoluciones aludidas del dos mil ocho:

[...] Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad que la norma prevista en la Constitución Política, priman por sobre ésta. Al respecto, la Sala Constitucional, desde la sentencia N° 1147-90 de las 16:00 horas de 21 de septiembre de 1990, ha señalado en términos generales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Es evidente entonces que, de acuerdo con la Convención de Belem do Pará y la CEDAW, la interpretación de la Ley de Penalización es un imperativo señalado por la jurisprudencia constitucional. De este modo, no podría admitirse que, los jueces y las juezas, teniendo la posibilidad de proteger los derechos humanos de las mujeres al acoger lo dispuesto en la Convención, interpreten las normas de la Ley Especial conforme con un texto del Código de Familia, cuyos alcances no tienen relación con los derechos humanos de las mujeres.

3.- El ámbito de aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres N.º 8589, el elemento normativo de delitos de femicidio, (artículo 21), la restricción a la libertad de tránsito (artículo 23), violación contra una mujer (artículo 29), conductas sexuales abusivas (artículo 30), explotación sexual de una mujer (artículo 31)), maltrato (artículo 22), ofensas a la dignidad (artículo 25), restricción a la autodeterminación (artículo 26), amenazas contra mujer (artículo 27), sustracción patrimonial (artículo 34), daño patrimonial

(artículo 35), fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales (artículo 37), distracción de las utilidades de las actividades económicas familiares (artículo 38), explotación económica de la mujer (artículo 39) y su relación con los derechos humanos de las mujeres.

Tal y como resulta evidente desde su trámite en el Poder Legislativo y de las resoluciones de la Sala Constitucional en punto a su constitucionalidad, consultada por los legisladores y las legisladoras que participaron en su discusión y promulgación, la definición del ámbito de aplicación de la ley es fundamental en virtud de lo que su artículo segundo y el elemento normativo de los tipos penales citados disponen, porque determina la restricción o amplitud de su aplicación, en consecuencia el cumplimiento de su finalidad y en último término de las obligaciones asumidas por el Estado costarricense al ratificar la CEDAW y la Convención de Belem do Pará.

Ya hemos examinado que la redacción original del proyecto de ley no incluía el término “matrimonio o unión de hecho, declarada o no”. Sin embargo, al admitirse el dictamen de la Comisión de Consultas de Constitucionalidad citado, y al aprobarse la ley con esa redacción, la aplicación de la ley supone determinar qué debe entenderse por matrimonio y por unión de hecho declarada o no.

Siguiendo la dirección señalada claramente en los tres primeros artículos de la ley que hemos comentado *supra*, se deriva que el término matrimonio es una institución definida con claros límites en el derecho de familia, en relación con su origen, formalidades y consecuencias. De este modo, respecto a la aplicación de la Ley de Penalización a las parejas unidas en matrimonio, debe recurrirse al Código de Familia.

La situación en relación con la unión de hecho declarada o no es diferente. En este punto, debe indicarse que la unión de hecho no está definida en el derecho de familia costarricense de un modo similar al matrimonio, por lo que no es válido definir la aplicación de la ley en relación con la unión de hecho, considerando ambas instituciones como igualmente definidas en el Código de Familia.

A partir de la promulgación de la Ley N.º 7532 del 8 de agosto de 1995, en el Código de Familia, se introdujo un Título VII referente al reconocimiento judicial de la unión de hecho, cuyo único alcance fue equiparar los efectos patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial a la unión de hecho, constituida como una comunidad de vida entre un hombre y una mujer, la cual se plantea como duradera, excluye otras del mismo tipo y retrotrae los efectos a la fecha de inicio de esa unión, una vez que sea reconocida judicialmente.

Merece comentarse en este punto que la unión de hecho dentro del ordenamiento jurídico costarricense ha sido considerada en normas de carácter reglamentario con anterioridad a esta inclusión en el Código de Familia. Así para efecto de prestaciones sociales, se ha considerado que esta convivencia puede equipararse al matrimonio, y los requisitos para equipararlas no son los mismos que el Código de Familia contempla.

A modo de ejemplo, resulta pertinente citar el Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social del 3 de diciembre de 1996, en cuyo artículo 10, concerniente a las definiciones, establece que el compañero es la persona, hombre o mujer que convive en unión libre, en forma estable y bajo el mismo techo con otra de distinto sexo.

En el artículo 12 que regula la protección del beneficio familiar, se establece que la compañera y el compañero son asegurados familiares, si han tenido una convivencia estable por un año o más.

Nótese que, en esta norma, la concesión del beneficio dentro de la seguridad social exige que la convivencia sea de un año, lo que nos da una idea de que la unión de hecho se encuentra regulada de diferentes modos dentro del ordenamiento, según sea el propósito de su reconocimiento.

También merece comentarse la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en concreto la resolución n.º 06576 de las catorce horas con treinta y cinco minutos del nueve de julio de dos mil tres, la cual se ha ocupado del tema. De esta se deriva un ejemplo del reconocimiento de la unión de hecho para efectos migratorios, el cual merece destacarse, porque, en ese caso, a la luz de los derechos humanos, el Tribunal Constitucional considera que la convivencia

debe ser reconocida no sujeta a las exigencias del Código de Familia, sino desde el propósito de la protección de los derechos humanos. Se trata de un recurso de *habeas corpus* a favor de una ciudadana alemana, conviviente de un ciudadano costarricense, detenida en la Quinta Comisaría por tener la visa vencida.

Al contestar el recurso, la subdirectora general de Migración y Extranjería informa a la Sala Constitucional y argumenta que la unión de hecho de la amparada con un costarricense en nada cambia la resolución del asunto, pues la unión de hecho no genera derecho migratorio alguno, y agrega que darle esa trascendencia atentaría contra toda la legislación migratoria. En el Considerando quinto de la resolución citada, se indica:

La Directora General de Migración y Extranjería incurre en craso error, al aseverar en el Informe rendido a esta Sala que la unión de hecho no genera derecho migratorio alguno, toda vez que en reiteradas ocasiones este Tribunal ha señalado que ante la existencia del calificado vínculo del matrimonio u otro que implique el derecho a la unión familiar la Ley General de Migración y Extranjería, así como las disposiciones migratorias adoptadas por el Estado ceden ante la Constitución Política y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos abordan el asunto y aprecian el cuadro fáctico de otra manera, ya que desde esta óptica tenemos entonces a una persona que ingresó legalmente a Costa Rica, donde radica desde entonces con sus dos hijas, y desde 1999 convive en unión de hecho con un costarricense. Por ello, estima la Sala que en el particular se ha producido una infracción al artículo 51 de la Constitución Política en los términos de la sentencia citada, que implica el deber superior del Estado de ofrecer protección a la familia. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 51, 52 de la Constitución Política y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado tiene la obligación de proteger al núcleo familiar, cuya base esencial es el matrimonio o la unión de hecho. En reiteradas ocasiones, atendiendo asuntos similares al que nos ocupa, este Tribunal ha ordenado a la Dirección General de Migración y Extranjería realizar un

proceso sumarísimo en donde se le permitiera a la pareja de extranjero y costarricense demostrar su vínculo familiar, de hecho o de derecho [...].

Este es un claro ejemplo de que la consideración de los derechos humanos conduce a concluir que, por encima de la interpretación basada en las normas legales, debe prevalecer la interpretación de una determinada situación de conformidad con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la LPVCM lo pregona en su artículo tercero.

En un tema tan trascendente como el ámbito de aplicación y el elemento normativo presente en los tipos penales de la Ley de Penalización, resulta válido concluir que, más allá de las normas del Código de Familia, que no regulan la convivencia en unión de hecho, sino las consecuencias patrimoniales surgidas a partir de su extinción, la unión de hecho que determina el ámbito de aplicación de la ley es la convivencia que se define en el artículo segundo de la Convención de Belem do Pará, en el Capítulo primero “Definición y ámbito de aplicación”, artículo 2, A). Esto es la relación que genera violencia dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio de la mujer.

De este modo, el ámbito de aplicación de la Ley de Penalización coincide con el ámbito de aplicación privado que el inciso A) del artículo segundo la Convención de Belem do Pará señala.

En el mismo sentido que la sentencia del Tribunal Constitucional citado, la protección de los derechos humanos debe prevalecer sobre definiciones legales.

Aun cuando la expresión unión de hecho declarada o no no aparezca en el artículo segundo de la Convención, surge de su lectura que sí contiene una definición de las relaciones dentro de las cuales se debe proteger a las mujeres de la violencia física, sexual y psicológica, y eso basta para considerar que el ámbito de aplicación de la ley del artículo segundo y el elemento normativo de los siguientes delitos: femicidio, (artículo 21) y restricción a la libertad de tránsito (artículo 23), violación contra una mujer (artículo 29), conductas

sexuales abusivas (artículo 30) y explotación sexual de una mujer (artículo 31)), maltrato (artículo 22), ofensas a la dignidad (artículo 25), restricción a la autodeterminación (artículo 26), amenazas contra mujer (artículo 27), sustracción patrimonial (artículo 34), daño patrimonial (artículo 35), fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales (artículo 37), distracción de las utilidades de las actividades económicas familiares (artículo 38) y explotación económica de la mujer (artículo 39) de la LPVCM se definen a partir de lo prescrito en el inciso A del artículo 2 de la Convención de Belem do Pará.

Capítulo segundo:

La dicotomía jurisprudencial surgida a partir de la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres

1.- Una aclaración de naturaleza procesal

Antes de emprender el análisis de esa dicotomía, resulta necesario hacer una aclaración de orden procesal relacionada con el régimen impugnativo de las sentencias penales en el ordenamiento costarricense que le dio origen.

El cumplimiento de las normas de derechos humanos, ratificadas por Costa Rica, supusieron, en el siglo pasado, la apertura del recurso de casación y la creación de los tribunales de casación que conocerían los recursos de casación presentados en relación con los procesos donde se hubieran juzgado delitos con penas menores de cinco años de prisión.

Posteriormente, se les encargó a esos tribunales, además del conocimiento de los delitos relacionados con la aplicación de la Ley 8204 de Sicotrópicos y los delitos sexuales contemplados en el Código Penal.

En razón de esa división del trabajo entre la Sala Tercera y los tribunales de casación que se crearon en el Segundo Circuito Judicial de San José, Cartago, San Ramón y Santa Cruz de Guanacaste, el conocimiento de los delitos de la Ley de Penalización quedó dividido.

La Sala Tercera de la Corte conocería el recurso de casación en relación con los delitos de femicidio, (artículo 21) y restricción a la libertad de tránsito (artículo 23), violación contra una mujer (artículo 29), conductas sexuales abusivas (artículo 30) y explotación sexual de una mujer (artículo 31) y, finalmente, el incumplimiento de deberes agravado (artículo 42).

Los tribunales de casación penal conocerían, por su parte, los recursos relacionados con los delitos de: maltrato (artículo 22), ofensas a la dignidad (artículo 25), restricción a la autodeterminación (artículo 26), amenazas contra

mujer (artículo 27), sustracción patrimonial (artículo 34), daño patrimonial (artículo 35), fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales (artículo 37), distracción de las utilidades de las actividades económicas familiares (artículo 38), explotación económica de la mujer (artículo 39), obstaculización del acceso a la justicia (artículo 41), incumplimiento de una medida de protección (artículo 43).

Esta división originó que la jurisprudencia de la Sala Tercera que se analiza tenga relación con el femicidio y la restricción a la libertad de tránsito, en tanto que los tribunales de casación han conocido acerca de los delitos de amenazas contra mujer e incumplimiento de medida de protección, en mayor medida.

Luego de la reforma legal que supuso la entrada en vigencia de la Ley N.º 8837, "Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal", promulgada el 29 de abril de 2010 y publicada en la Gaceta n.º 111 del 9 de junio de 2010, la cual entró a regir el 9 de diciembre de 2011, los tribunales de apelaciones (antes tribunales de casación) conocerán los recursos de apelación sin restricción en relación con la pena señalada a los delitos, y la Sala Tercera conocerá del recurso de casación contra las resoluciones de los tribunales de apelaciones.

Debe observarse que el artículo 468 del Código Procesal Penal dispone que, como motivo de casación, se puede alegar la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelaciones, o de estos con precedentes de la sala de casación.

Estas dos situaciones, por un lado que, en relación con todos los delitos de la LPVCM, el recurso de apelación será conocido por los tribunales que han definido el ámbito de aplicación de la ley citada de conformidad con el artículo 242 del Código de Familia, y el hecho de que podrá conocerse un recurso de casación en la Sala Tercera, con fundamento en los precedentes contradictorios dentro de los tribunales de apelaciones o entre estos y la sala de casación, podría influir en el futuro sobre la situación que comentaremos en

relación con la dicotomía jurisprudencial provocada por la aplicación de la LPVCM a partir del 2009.

2.- *La interpretación excluyente del ámbito de aplicación y del elemento normativo del tipo: “unión de hecho declarada o no”*

a.- Análisis crítico de los argumentos que sostienen la interpretación

De seguido, en síntesis, se expondrán los argumentos principales contenidos en las resoluciones que se analizan del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José y del Tribunal de Casación de Santa Cruz de Guanacaste, los cuales interpretan el concepto unión de hecho declarada o no, para definir el ámbito de aplicación de la Ley de Penalización y el elemento normativo de la mayoría de los tipos penales contenidos en ella, con base en el artículo 242 del Código de Familia.

Lo anterior implica una interpretación excluyente de la ley –en relación con las ciudadanas que debe proteger– y que no respeta las normas de interpretación que el artículo tercero de la ley señala expresamente, las cuales no son otras que la CEDAW y la Convención de Belem do Pará, normas donde se plasman los derechos humanos de las mujeres para su protección.

Primer argumento: *se define y delimita el concepto de unión de hecho en el artículo 242 del Código de Familia.*

Hemos examinado las resoluciones n.º 1218 del cuatro de noviembre de dos mil nueve; n.º 1395 del 17 de diciembre de dos mil nueve; n.º 0997 del 30 de agosto de dos mil diez, todas del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José; y n.º 00149 del 22 de junio de 2011 del Tribunal de Casación de Santa Cruz de Guanacaste, las cuales remiten para la definición del concepto de unión de hecho, al artículo 242 del Código de Familia.

Las dos primeras del Tribunal de Casación de San José sientan las bases de la interpretación del elemento normativo de los tipos de la Ley de Penalización conforme esa norma del derecho de familia, señalando que cualquier otra interpretación sería contraria al principio de legalidad, y sus

razonamientos se repiten en las resoluciones posteriores con algunos matices que merecen analizarse.

Ambas resoluciones, la n.º 1218 del cuatro de noviembre de dos mil nueve y la n.º 1395 del 17 de diciembre de dos mil nueve, muy cercanas en el tiempo, establecen que los conceptos de matrimonio y unión de hecho de la Ley 8589 están debidamente definidos en el Código de Familia y, partiendo de los requisitos señalados en esa norma, definen si debe aplicarse la normativa contenida en la LPVCM o las normas del Código Penal.

Necesariamente debe diferenciarse entre ambos institutos del derecho de familia, pues el matrimonio es una institución que, por su naturaleza, tiene una regulación exhaustiva en el Código de Familia e, incluso, protección constitucional.

La unión de hecho solo recientemente, en agosto de 1995, fue incluida en el Código de Familia, y su consideración constitucional ha surgido de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual ha elaborado, desde los años noventa del siglo pasado, numerosas resoluciones que aluden a la importancia de brindar protección a esa forma de unión entre un hombre y una mujer alternativa al matrimonio.

No puede desconocerse que, con anterioridad a la entrada en vigencia de esa reforma legal que reconoce solo los efectos patrimoniales de la unión de hecho cuando esta finaliza, la unión de hecho había sido reconocida en leyes y reglamentos con el propósito de brindar prestaciones sociales a aquellos ciudadanos que eligieron la unión de hecho para su convivencia.

Así tenemos, por ejemplo, que para efectos de la prestación de beneficios sociales, como el caso del Reglamento del Seguro de Salud, se exige una convivencia de un año para ser considerado asegurado familiar, lo que muestra que, en relación con otros fines, la unión de hecho ha sido regulada, en cuanto a sus requisitos, de una forma distinta al Código de Familia.

No es correcto afirmar, como se hace en las resoluciones citadas, que la unión de hecho está definida en el Código de Familia y, con base en la norma del artículo 242, debe definirse el ámbito de aplicación de la LPVCM.

Para conocer los alcances de esta normativa del derecho de familia, conviene recurrir a la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual conoce los recursos de casación en materia de familia y ha elaborado algunos razonamientos que aluden a la naturaleza de la norma referida y sus alcances, los cuales son limitados a sus efectos patrimoniales y tienen como requisito que la unión se haya disuelto.

La resolución n.º 2008-000764 de las 9:50 del 10 de septiembre de dos mil ocho resulta muy ilustrativa y desarrolla estas limitaciones de la regulación del derecho de familia. Al respecto, se ha dispuesto:

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 (al exterior, frente a terceros, no hay una nota característica que marque la diferencia entre el matrimonio y la unión de hecho). La unión ha de ser única: ninguno de los convivientes puede mantener otra relación paralela. Si tal cosa ocurriera, la unión de hecho no produce efectos patrimoniales. Debe, además, ser estable, o sea, ininterrumpida, y esa estabilidad debe prolongarse durante al menos tres años. La unión de hecho es, por consiguiente, una comunidad de vida entre un hombre y una mujer que se plantea como duradera y que excluye otras del mismo tipo". (TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. Derecho de Familia Costarricense. San José, Editorial Juricentro, quinta edición, Tomo I, 1999, p.p. 403-404). Por una ficción legal, el legislador equiparó los efectos patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial a la unión de hecho constituida mediante los presupuestos antes mencionados y retrotrajo dichos efectos a la fecha de inicio de dicha unión, una vez que esta fuera reconocida judicialmente (artículo 244 del Código de Familia).

La lectura de esta resolución deja claro que la regulación de la unión de hecho en el Código de Familia es diferente al matrimonio que se regula en su constitución, disolución y efectos, mientras que la unión de hecho se regula en tres artículos que se limitan a prescribir que “La norma se puede aplicar sólo cuando la unión se disuelve y el reconocimiento de la unión sólo tiene efectos patrimoniales”.

Esta delimitación del ámbito de aplicación de la norma del derecho de familia que surge del modo particular, limitado y parcial en que el legislador decidió regular -no la unión de hecho en su constitución, disolución y efectos de naturaleza familiar y social- sino los efectos patrimoniales de su disolución, tiene la consecuencia de que no se puede considerar, como las resoluciones aludidas del Tribunal de Casación Penal lo hacen, que la unión de hecho se encuentre debidamente definida en el Código de Familia, solo porque el nombre es común en ambas normas.

Aun cuando no puede negarse que hay una identidad del nombre que se utiliza en el Código de Familia y la LPVCM, el ámbito de aplicación de esta ley no puede estar determinado por una norma del Código de Familia, cuya aplicación está limitada a los efectos patrimoniales que se generan cuando la unión de hecho se disuelve.

De esto se colige que el artículo 242 del Código de Familia no regula una forma de convivencia entre un hombre y una mujer y, por eso, no es válido el razonamiento contenido en la resolución n.º 1218 del 4 de noviembre de 2009, en la cual el Tribunal de Casación señala en relación con la unión de hecho como forma de convivencia que

[...] Por ello, cuando el artículo 27 citado se refiere a la unión de hecho no es posible incluir aquellas relaciones genéricas de convivencia, que aunque suelen llamarse como unión de hecho, no reúnen los requisitos de ley, porque se infringiría el numeral 2 del Código penal y el artículo 2 del Código Procesal penal, que manda que la interpretación debe ser restrictiva. La interpretación amplia del concepto de unión de hecho puede llevar a un concepto del todo indefinido pues si calificamos como

tales a todas las formas de convivencia, una relación pasajera o de escaso tiempo entraría como unión derecho [sic], con lo cual el concepto se vacía de contenido y no permite al ciudadano conocer entonces el alcance mínimo del tipo penal, lo cual atenta contra el principio de legalidad penal. “El artículo 242 del Código de Familia no regula un tipo de convivencia sólo establece las condiciones para que la convivencia entre un hombre y una mujer, una vez finalizada, produzca efectos patrimoniales; en consecuencia, no es eficiente para establecer el ámbito de aplicación de la Ley de Penalización que supone un vínculo entre un hombre y una mujer que ha dado origen a una situación de violencia de género delictiva. Establecido entonces, que el artículo 242 no define un tipo de convivencia sino los efectos patrimoniales una vez extinta aquella, surge con toda claridad la conclusión de que esa norma no puede llenar el elemento normativo de los tipos penales de la ley de Penalización y tampoco puede determinar cuáles delitos contra las mujeres víctimas de violencia domestica deben ser juzgados de conformidad con la regulación especial contenida en la ley PVCM.

Segundo argumento: *La interpretación del elemento normativo “unión de hecho” ha sido definido por la jurisprudencia de la Sala Tercera y la Sala Constitucional*

En la resolución n.º 1395 del 17 de diciembre de dos mil nueve y también en la n.º 1218 del 4 de noviembre de dos mil nueve, ambas del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial, se remite a la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Se cita la resolución de esa misma cámara n.º 419 de las nueve horas con cuarenta y siete minutos del siete de mayo de dos mil cuatro como un criterio válido para delimitar el concepto de unión de hecho. Se trata de una resolución acerca de un procedimiento de revisión, en cuyo quinto alegato, se reprocha: “[...] la incorporación de prueba ilegal, específicamente la declaración de Brighth Boza Chaves, quien era compañera del justiciable Juan Luis Aguilar Guzmán, pese a tener derecho de abstención”.

La resolución discurre acerca de que el recurrente no logra fundamentar que la testigo aludida estaba amparada por el derecho de abstención. La Sala Tercera afirma que, de sus propias manifestaciones, debe concluirse que ella no se define a sí misma como pariente o compañera del imputado, pues esta explica: “a menudo llega a mi casa, se queda a dormir, se va al otro día”. Así concluye que se trata de una relación casual.

Luego alude a varias resoluciones de la Sala Constitucional 2776-1992, 6798 de 1994 y 1151 y 1153, ambas de 1996, las cuales tienen el común denominador de señalar que la facultad de abstención dispuesta en el artículo 36 de la Constitución y 228 del Código de Procedimiento Penales es una garantía absoluta que tiende a proteger la cohesión del núcleo familiar y tiene como objetivo “primordial proteger el vínculo familiar de los efectos que podría tener una declaración del cónyuge o de los parientes en los grados ahí descritos, en contra de otro familiar”.

En las últimas resoluciones citadas de 1996, delimita, con una importante salvedad, lo que debe entenderse por una familia de hecho. Así estableció lo que no es una unión de hecho:

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 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) [...] La sala no puede definir qué es la “familia de hecho”, el juez debe valorar cada caso” (la negrilla es suplida, N° 1151 de las 15:30 horas del 1° de marzo de 1994, en igual sentido la N° 1153 de esa misma fecha). (Sala Tercera, n.° 286-F-96 de las 9:20 horas del 4 de junio de 1996).

Es evidente que el Tribunal de Casación centra su atención en los requisitos de estabilidad, cohabitación y singularidad que la Sala Tercera señala, citando a su vez, resoluciones de la Sala Constitucional y deja de considerar que la Sala Constitucional renuncia a definir qué es la familia de hecho y, como consecuencia, dispone que “El juez debe valorar cada caso”.

Si para el caso de la garantía constitucional del derecho de abstenerse de los familiares y compañeros o compañeras de las personas imputadas, la Sala Constitucional señala que el juez debe valorar cada caso; de la propia naturaleza de lo resuelto por la Sala Constitucional que tiene su aplicación dentro del proceso penal, debe concluirse que los requisitos señalados deben ser valorados en cada caso para determinar si existe o no una familia de hecho, y entonces así se podría determinar si deben o no aplicarse los artículos 36 de la Constitución y 228 del Código de Procedimientos Penales (derogado, actualmente 225 del Código Procesal Penal).

Es evidente que la frase en la que la Sala Constitucional expresa que no puede definir lo que es la familia de hecho, y que cada juez debe hacerlo frente al caso concreto, señala cuál debe ser la correcta interpretación de ese antecedente constitucional que no establece las limitaciones ni requisitos que el Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial “lee” en las resoluciones 1395-2009 y 1218-2009, sino la obligación de cada juez frente al caso concreto de determinar cuándo hay una unión de hecho.

Además, la lectura íntegra de la resolución 2004-00419 citada de la Sala Tercera permite concluir que el discurso de la Sala Constitucional está construido en relación con una garantía que tiende a proteger la cohesión del núcleo familiar, lo que resulta desvinculado con la finalidad de la LPVCM. Entonces no podría admitirse que la jurisprudencia constitucional relacionada con la protección del vínculo familiar sea considerada para limitar el ámbito de aplicación de la LPVCM.

b.- Análisis crítico de los argumentos de la jurisprudencia excluyente en torno a la lesión al principio de legalidad que se atribuye a la interpretación del

concepto “unión de hecho declarada o no”, de conformidad con el artículo 2° de la Convención *de Belem do Pará*

En las resoluciones 1395-2009 y 1218-2009 del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José, los jueces y las juezas del tribunal abordan el análisis de este tema, porque la defensa de los imputados alega que la aplicación de la ley sustantiva es errónea por parte del tribunal sentenciador que aplicó la PVCM y no el Código Penal.

En este apartado, se señalarán las objeciones planteadas a los razonamientos de jueces y juezas de instancia que han considerado que debe interpretarse el elemento normativo del tipo, de conformidad con la convención de Belem do Pará, y que han tenido como consecuencia una restricción al ámbito de aplicación de la LPVCM.

Argumento No.1: Los instrumentos internacionales definen que se entiende por violencia contra la mujer, pero no brindan ningún elemento para definir que debe entenderse por matrimonio, familia o unión de hecho (que es el tema que está aquí en discusión)” [...] Es claro que los citados instrumentos internacionales establecen el marco para sancionar-sin que repriman efectivamente pues no pueden hacerlo-cualquier forma de violencia contra las mujeres pero serán los diferentes estados los que deban adaptar dichas normas al ordenamiento interno y hacerlas operativas en ese marco jurídico [...] o toda violencia contra las mujeres en el marco de una relación de matrimonio o unión de hecho declarada o no es abarcada por dicha ley; sino que esta reguló sólo la efectuada contra mujeres mayores de 15 años [...].

En primer lugar, debe precisarse que la Convención de Belem do Pará invocada en la resolución de instancia no es solo un instrumento internacional, sino también un instrumento de derechos humanos de las mujeres, lo que supone ubicarlo en su correcta dimensión de fuente de interpretación de la Ley de Penalización con valor superior a la Constitución y con mayor razón que una norma del Código de Familia.

Camacho (2003) señala que tanto la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres CEDAW, como la Convención de Belem do Pará son instrumentos de enorme importancia para las mujeres y, específicamente, la segunda centra su atención en el derecho de

las mujeres a llevar una vida libre de violencia, el cual es un derecho al que la CEDAW no se refiere en forma específica. Agrega que

Son leyes que permiten exigir a los estados y a los gobiernos que los administran, que actúen para crear condiciones de vida adecuadas en favor de todas las personas para eliminar la discriminación y subordinación existente en contra de las mujeres.

La recomendación general n.º 19 de la CEDAW amplía la definición de discriminación de la CEDAW al afirmar que la violencia en contra de las mujeres es una forma de discriminación y una violación a los derechos humanos, y que la violencia pone en peligro la vida y la salud de las mujeres.

En las recomendaciones concretas para los países, se indica que deben velar para que las leyes contra la violencia protejan de manera adecuada a todas las mujeres, y recomienda también capacitar a los funcionarios judiciales, los agentes del orden y otros funcionarios públicos para que apliquen la convención.

De lo expuesto se colige que el argumento de la resolución acerca de que los “instrumentos internacionales” no brindan ningún elemento para definir qué debe entenderse por unión de hecho, matrimonio y familia de hecho parte de la idea equivocada de que son normas que están fuera del ordenamiento jurídico y que no pueden definir la aplicación concreta de tipos penales.

Pero eso no pasa de ser un prejuicio y una falta de contacto con esas normas de derechos humanos, porque tanto de las normas de la CEDAW como de las recomendaciones citadas, se desprende que esta Convención y la de Belem do Pará obligan a los países a velar por la protección de todas las mujeres víctimas de violencia y capacitar a los funcionarios judiciales para que apliquen la Convención.

No basta con decir que los instrumentos internacionales no permiten definir los elementos objetivos de un tipo penal determinado, cuando de sus propios textos y recomendaciones, se deduce -sin dificultad- que los

funcionarios judiciales están obligados a aplicarlas y, para ello, deben ser capacitados.

Finalmente, el tribunal de casación parte de que las normas de derechos humanos de las mujeres son normas internacionales que están fuera del “ordenamiento interno” y que se deben adaptar y hacerlas operativas.

Nuevamente en este caso, el tribunal supone que los instrumentos de derechos humanos de las mujeres no forman parte del ordenamiento jurídico costarricense y que, por ello, sus normas deben pasar por un proceso de adaptación para que se cumplan en el ordenamiento interno.

Esto no es exacto, porque tanto la CEDAW como la Convención de Belem do Pará forman parte del ordenamiento costarricense desde que fueron ratificadas en abril de 1986, en el primer caso, y, en julio de 1995, en el caso de la Convención de Belem do Pará. De este modo, las definiciones legales que se extraen de las normas internacionales de derechos humanos de las mujeres sí pueden definir el ámbito de aplicación de la LPVCM.

Argumento No. 2: La Convención (de Belem do Pará) no viene a modificar en nada el tipo penal como tampoco lo hacen las reglas generales de la ley, por ello no son de aplicación supletoria o principal para el análisis de tipicidad.

Nuevamente, en este razonamiento, se advierte la existencia del prejuicio de que las definiciones de una convención Internacional de derechos humanos de las mujeres no pueden modificar el tipo penal, aun cuando hayan sido señaladas como fuente de interpretación de la ley en sus normas generales.

Evidentemente, se concibe la convención como una norma extraña al ordenamiento que no puede modificar un tipo penal. En este punto, debe aclararse que la Convención de Belem do Pará no modifica los tipos penales de la LPVCM, porque ello supone que hay una interpretación conforme con otra norma que es la original, y la Convención puede modificarla, pero esa idea no es correcta.

Por ser una regulación de los derechos humanos de las mujeres, la cual está incorporada al derecho costarricense, la Convención debe definir su ámbito de aplicación, porque en ella se establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, y que la violencia contra las mujeres es una violación a los derechos humanos.

Partiendo de este propósito, de la Convención surge con claridad que esta norma de derechos humanos es la más adecuada para definir los conceptos necesarios para aplicar la LPVCM, ya sea en las normas generales o en cada uno de los tipos penales, cuyo elemento normativo debe definirse de conformidad con el propósito de la ley y de las normas de derechos humanos de las mujeres.

Argumento No.3: "Las normas de derecho internacional contemplan un ámbito de mayor cobertura en cuanto al sujeto pasivo (sin límites etarios) y sobre la base de otro tipo de relaciones y es evidente que la Ley de penalización de la Violencia contra las mujeres, acorde con la voluntad del legislador, limitó su esfera de aplicación / lo que no puede ser obviado por esta Cámara pues ello implicaría un claro incumplimiento del Principio de Legalidad".

Ciertamente, el artículo 2ª de la Convención de Belem do Pará define la violencia contra las mujeres en el artículo primero como cualquier acción o conducta que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, y establece que puede suceder en el ámbito público o privado. Camacho (2003) indica acerca de la definición:

Esta definición es ampliada por el artículo segundo de la misma Convención, el cual contiene una serie de aspectos que detallan la definición anterior en relación con el lugar donde se comete el acto de violencia, la persona que lo comete y las manifestaciones posibles de esa violencia.

A continuación, en un cuadro, se detallan los lugares, los autores y las formas de violencia en tres niveles, todos contemplados en la definición anterior. En el primer nivel, respecto al lugar, en primer término señala que ocurre en la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal. En relación con el autor, define que es aquella persona que viva

o ha vivido en el mismo domicilio que la mujer y, de acuerdo con las formas, comprende entre otras manifestaciones: violación maltrato y abuso sexual.

Del contenido del artículo segundo de la Convención, esta definición de lugar, autor y modo es la que interesa para definir el ámbito de aplicación de la LPVCM. Es evidente que los demás tipos de violencia contemplados por la Convención, que ocurren en la comunidad y en cualquier lugar cometido por cualquier persona o el Estado y sus agentes, están contemplados en la legislación penal común, laboral o administrativa y no en la LPVCM, por ejemplo, la trata de personas, la tortura y el acoso sexual en lugares de trabajo, centros educativos, centros de salud o cualquier otro lugar.

En ese sentido, el razonamiento del Tribunal de Casación es correcto en cuanto afirma que el ámbito de aplicación de la Convención es más amplio que el de la ley. Pero de ello no se puede derivar que se excluyeron del amparo de la ley las relaciones que no cumplieron con los requisitos del artículo 242 del Código de Familia.

Las definiciones del artículo 2 de la Convención delimitan los lugares y las relaciones donde la violencia contra las mujeres ocurre de un modo claro y acorde con la naturaleza de la protección de todas las víctimas que pretende, y el hecho de que se excluya de esa protección a las mujeres menores de quince años no implica que también deba aceptarse que se ha excluido a las mujeres en una relación de convivencia que no cumpla los requisitos del artículo 242 del Código de Familia, porque la LPVCM no afirma eso, pero sí define un límite de edad para su aplicación.

El argumento del tribunal derivado de una protección limitada en la edad, la conclusión de que también el legislador eligió una protección limitada, de acuerdo con las relaciones de convivencia donde se puede dar la violencia es una falacia, pues, en un caso, existe una norma expresa que limita la aplicación de la ley, y la otra es una restricción jurisprudencial sin un adecuado fundamento normativo, según se ha analizado.

En el voto n.º 1395 -2009 del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial, se alude que la Convención define la violencia que ocurre en cualquier

relación interpersonal como referida a la que tiene como autores a docentes o empleadores y está excluida por voluntad del legislador del ámbito de aplicación de la Ley de Penalización.

Este aserto no es admisible porque de la relación entre los lugares y autores que definen la violencia contra las mujeres, la violencia ejercida por empleadores y docentes sucede en la comunidad y no en el primer lugar: la familia o unidad doméstica y cualquier relación interpersonal. De este modo, no es atendible la objeción que el tribunal plantea a la definición de unión de hecho basada en el artículo segundo de la Convención.

La definición de que la violencia contra las mujeres puede ocurrir en cualquier relación interpersonal responde a la experiencia que señala que los vínculos emocionales donde la violencia contra las mujeres puede ocurrir no pueden ser definidos en términos de tiempo, porque ello implica restringir la protección a las víctimas y, en consecuencia, incumplir con el propósito de los instrumentos de derechos humanos de las mujeres, los cuales brindan igual protección contra la violencia a todas las mujeres, aun aquellas cuyas relaciones no sean estables o únicas.

Hemos concluido que el concepto unión de hecho está definido en el artículo 2 de la Convención de Belem do Pará y que, por ello, integra tanto las normas generales de la LPVCM como los tipos penales que aluden a la relación de convivencia que no sea el matrimonio, sin que ello pueda considerarse una lesión al principio de legalidad.

Por esta razón, no estamos frente a una interpretación analógica de la ley penal, sino frente a la incorporación de un elemento normativo del tipo penal que proviene de una fuente superior en jerarquía a la Constitución y que está contenida en un instrumento de derechos humanos de las mujeres, para protegerlas contra la violencia que es la misma materia regulada en la LPVCM.

c.- Ejemplos de una interpretación excluyente: De seguido analizaremos dos resoluciones de cuyo análisis se concluye que la definición del concepto de unión de hecho implica una restricción de la aplicación de la LPVCM que resulta contraria a su naturaleza de protección de los derechos humanos de las

mujeres y, en consecuencia, impide el acceso a la justicia a las víctimas de violencia, cuyas relaciones de convivencia no cumplen con requisitos ajenos a ese propósito.

1.- *La víctima no tiene libertad de estado.* En el voto n.º 2010-0997 del 30 de agosto de 1997, el Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial conoce del recurso de casación del defensor público del acusado al que se le atribuyó el delito de amenazas contra mujer, y cita la sentencia n.º 1218-2009 que hemos comentado antes. Al final agrega que se demostró, con certificación expedida por el Registro Civil, que la ofendida se unió en matrimonio con una persona distinta al encartado, por lo que no era posible aplicar el artículo 27 de la LPVCM, pues la convivencia debía ser susceptible de ser declarada y, en este caso, no podía serlo porque no existía aptitud legal por parte de la denunciante. El tribunal concluye que el hecho resulta atípico y absuelve de toda pena y responsabilidad al imputado. Termina la resolución observando que se impone una reforma al artículo 27 de la Ley de penalización de la “violencia Doméstica” [sic], pues por su contenido actual, con hechos que pueden tener una dimensión socialmente relevante, se impide hacer una justicia con enfoque de género.

De conformidad con la interpretación que el Tribunal de Casación presenta en la sentencia n.º 1218-2009, la cual ocupa casi todo el texto de la resolución que se comenta, la libertad de estado es uno de los requisitos para considerar que una convivencia resulta amparada por la LPVCM y, en este caso, la ofendida, que tiene trece años de convivencia con él, está casada con otra persona, según consta en la certificación del Registro Civil.

El requisito de que se debe prolongar la convivencia por más de tres años, establecido por el artículo 242 del Código de Familia, se cumple sobradamente. Pero el hecho de que la ofendida esté casada con otra persona que no es su compañero y agresor impide la aplicación de la LPVCM.

El formalismo presente en la interpretación de los tribunales de casación penal resulta irritante y ofensivo, con excepción del Tribunal de Cartago que

impide la aplicación de la LPVCM para esta víctima y determina la absolutoria del imputado.

Este ánimo obliga a plantearse una pregunta: ¿Qué relación tiene con la aplicación de una ley penal especial que brinda protección a las víctimas de violencia, el hecho de que una señora se haya casado y no haya roto ese vínculo matrimonial antes de iniciar la convivencia de trece años con el imputado?

Esta interpretación es irrazonable y desconoce por completo la protección que los instrumentos de derechos humanos de las mujeres brindan a las víctimas de violencia, pues deja sin aplicación la norma especial que considera un delito de acción pública las amenazas contra una mujer, absuelve al imputado y luego se “lava las manos” como Poncio Pilato, no sin antes advertir acerca de la urgente necesidad de reformar el artículo 27 de la Ley 8589 que “por su contenido actual [...] impide hacer una justicia con enfoque de género”.

No es necesario reformar ninguna norma para considerar que una convivencia de trece años cumple con las condiciones que el artículo segundo de la Convención de Belem do Pará define. En consecuencia, no es el contenido actual del artículo 27 de la Ley de Penalización el que impide “hacer una justicia con enfoque de género”, sino una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la Ley de Penalización que, con el ropaje de protección al principio de legalidad, impide en este caso, el acceso a la justicia a la víctima del delito de amenazas, a quien, en último término, no se le aplica una ley especial que la protege por ser “adúltera”. Esta condición proviene -dentro de la lógica de la resolución- del hecho de estar casada en el Registro Civil y convivir al mismo tiempo con un compañero agresor.

2.- *La unión de hecho no es estable.* En el voto n.º 00149 del 22 de junio de 2011, con fundamento en el artículo 242 del Código de Familia que transcribe, el Tribunal de Casación de Santa Cruz de Guanacaste dispone que, en el caso bajo examen, no se cumple con el requisito de la estabilidad que el legislador de familia marca y, por ello, no se puede aplicar la LPVCM en ese caso. La

ofendida que solicitó medidas de protección en el Juzgado de Violencia Doméstica de Santa Cruz, las recibió, y le fueron notificadas personalmente al encausado en ese despacho. Cuando declaró en el debate señaló: “Yo vivía donde mis papás, él llegaba a dormir,...no teníamos una relación fija, como pareja fija, no”.

Resulta paradójico comprobar que aun cuando la ofendida estableció una solicitud de medidas de protección en el Juzgado de Violencia Doméstica de Santa Cruz y que, en esa sede, sí se consideró que tenían una unión de hecho que ameritó la aplicación de la Ley de Violencia Doméstica, cuando debió aplicarse la consecuencia penal del incumplimiento de esas medidas de protección, de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Penalización, el tribunal concluyó que la convivencia no era estable y, por ello, la conducta del imputado estaba fuera del ámbito de aplicación de la ley especial que creó el delito del incumplimiento de una medida de protección.

Esta falta de coherencia entre la protección en sede de violencia doméstica y en materia penal es producto de una interpretación que, además de ser restrictiva del ámbito de aplicación de la ley especial creada para penalizar la violencia contra las mujeres, no es coherente con otras normas del ordenamiento jurídico que tienen la tarea de amparar el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia.

De lo expuesto se concluye que la interpretación que se ha efectuado en las resoluciones comentadas limita -injustificada y arbitrariamente- el ámbito de aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, impide el acceso a la justicia de las víctimas y desconoce que los instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres son parte del ordenamiento jurídico costarricense desde 1986, en el caso de la CEDAW, y, desde 1995, en el caso de la Convención de Belem do Pará y, que a partir de la promulgación de la Ley de Penalización en el 2007, constituyen las normas a las que se debe acudir para definir qué debe entenderse por unión de hecho en el marco de las normas generales y los tipos penales de la LPVCM.

De esa consideración, se concluye que impedir el acceso a la justicia a las víctimas de los delitos contemplados en la Ley de Penalización, porque no cumplen con los requisitos del artículo 242 del Código de Familia, es una doble discriminación, ya que las víctimas sufren la violencia de género que origina las denuncias y no tienen acceso a la aplicación de una ley especial que tiene el cometido de protegerlas, partiendo de lo que las normas de derechos humanos de las mujeres disponen.

3.- *Una interpretación acorde con las normas que protegen los derechos humanos de las mujeres. Jurisprudencia de la Sala Tercera (de casación penal) de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación de Cartago*

De previo al análisis de esta jurisprudencia, debe indicarse que, cronológicamente, las primeras sentencias donde se aplicó la Ley de Penalización fueron por el delito de femicidio, y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia las conoció. A continuación, las enumeramos: voto 00143-2009 de las diez horas con cuarenta minutos del 20 febrero de 2009; confirma la sentencia n.º 254-2008 de las nueve horas del 29 junio de 2008 del Tercer Circuito Judicial de San José, Desamparados; voto 2009-00884 de las catorce horas con cincuenta minutos del 9 de julio de 2009. Confirma sentencia n.º 10-2009 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, sede Pérez Zeledón; voto 2009-01035 de las catorce horas con catorce minutos del 26 de agosto de 2009. Confirma sentencia n.º 39-2009 de las 18 horas del 4 de marzo de 2009 del Tribunal de Juicio de Corredores; voto 2009-01709 de las dieciséis horas del 9 de diciembre de 2009. Confirma sentencia n.º 116-2009 del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Guanacaste; voto 2009-01566 de las quince horas con dieciséis minutos del 18 de noviembre de 2009. Confirma sentencia n.º 87-2009 del Tribunal de Juicio de Guanacaste, sede Liberia, y finalmente, voto 2010-0336 de las diez horas del 30 de abril de 2010. Confirma sentencia n.º 492-2009 del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela.

Debe señalarse que, en esos votos y sentencias, se aplica la LPVCM sin que los tribunales de sentencia o la Sala Tercera se plantearan alguna consideración acerca de la definición de unión de hecho declarada o no, o el ámbito de aplicación de la ley.

Posteriormente, en razón de los argumentos de los recurrentes en casación, se ha planteado la interpretación del ámbito de aplicación, y por ello, hemos analizado los votos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con las excepciones que se señalan del Tribunal de Casación de Cartago, a saber: n.º 372-2009 del 30 de noviembre de 2009, del Tribunal de Casación de Cartago; n.º 01416 2010 del 22 de diciembre de 2010; n.º 2011-0037 del 9 de febrero de 2011 del Tribunal de Casación de Cartago; n.º 2011- 00214 del cuatro de marzo de 2011 y n.º 01086-2011 del 9 de septiembre de 2011.

a.- Acerca de los argumentos expuestos en las resoluciones de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación de Cartago, en punto a la interpretación de la LPVCM de acuerdo con la Convención de Belem do Pará

Primer argumento: El artículo tercero de la LPVCM remite para su interpretación a la CEDAW y a la Convención de Belem do Pará, en cuyo artículo segundo se define lo que debe entenderse por violencia. El artículo 2 de la Convención de Belem do Pará es una norma de mayor rango que protege en mayor medida los derechos y garantías de las víctimas de violencia. Los juzgadores deben estar sujetos a los principios y garantías establecidas en las leyes y a aquellos previstos en las normas constitucionales y en el derecho Internacional y comunitario a los que Costa Rica se ha adherido. Deben aplicarse las disposiciones de los Instrumentos interamericanos de derechos humanos y del derecho humanitario que en su conjunto crean un régimen interrelacionado y que se refuerza mutuamente de protecciones de los derechos humanos.

Segundo argumento: La “unión de hecho declarada o no” no puede definirse de conformidad con el artículo 242 del Código de Familia. Existen normas de derechos humanos de carácter internacional reconocidas por Costa Rica que definen de una manera más amplia lo que es violencia contra la mujer en el seno de la familia y que según el artículo sétimo de la Constitución Política tienen rango superior a la ley ordinaria. Los requisitos que exige el artículo 242 del Código de Familia dejan fuera de la ley de Penalización la mayor parte de las uniones existentes en el país.

Tercer argumento: La LPVCM contempla también aquellas relaciones recién iniciadas (o bien, puede trascender el marco estricto de la convivencia actual, cobijando incluso las situaciones de convivencia pasadas a partir de las citadas convenciones que tienen valor supra legal en nuestro ordenamiento jurídico. No resulta válido argüir que por no haber alcanzado la convivencia una cierta duración o haberse interrumpido, ese tipo de situaciones pasan a ser dirimidas por la ley general. La Jurisprudencia reconoce que las normas de la Convención de Belem do Pará han sido incorporadas al ordenamiento jurídico Costarricense y en esa medida pueden utilizarse para llenar de contenido el elemento normativo de los tipos penales y las normas generales de la ley de penalización y de ese modo determinan que el ámbito de aplicación de la ley cumple con su propósito de brindar protección a todas las mujeres mayores de quince años que se encuentran en una relación de subordinación, sumisión y sometimiento con su esposo o conviviente, sin que sea relevante para determinar esa protección, el tiempo de convivencia, la estabilidad de la convivencia o la libertad de estado de los convivientes.

De los argumentos expuestos, se concluye que la jurisprudencia comentada ha interpretado el ámbito de aplicación de la LPVCM y el elemento normativo de los tipos penales que incluyen la unión de hecho, de conformidad con el artículo tercero de la ley. En consecuencia, ha incorporado en la ley la protección que los instrumentos de derechos humanos de las mujeres brindan con la consecuencia de que todas las mujeres mayores de quince años de edad pueden tener acceso a la aplicación de esta ley especial, sin las restricciones ni formalidades de la interpretación excluyente que se comentaron *supra*.

b.- La necesidad de considerar la CEDAW y la recomendación n.º 19 de 1992, como fundamento de una interpretación de la LPVCM acorde con los derechos humanos de las mujeres

Debe observarse que la jurisprudencia comentada de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación de Cartago no ha considerado que deben

complementarse las normas de la Convención de Belem do Pará con las de la CEDAW, en la medida que

En el ámbito internacional, reconocen y establecen que los derechos humanos de las mujeres son derechos humanos [...]. Son instrumentos complementarios, porque ambos contienen normas tendientes a eliminar la discriminación contra las mujeres. Por esta razón es importante utilizarlos de manera integrada, en el caso de la CEDAW como marco normativo que define ampliamente la discriminación, en el caso de la convención de Belem do Pará porque trata específicamente sobre un derecho no establecido en la CEDAW, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. (Camacho, 2003).

Efectivamente, en su artículo segundo, la lectura de la CEDAW esclarece que los compromisos de los Estados que la han ratificado incluye:

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer: c) establecer la protección jurídica de los derechos de las mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

Está claro que la violencia sancionada en la LPVCM es un tipo de discriminación particularmente grave y dañina. De este modo, esas normas señalan que el Estado debe adoptar las medidas para prohibir ese tipo de discriminación y además establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer como consecuencia de la actividad jurisdiccional en los países signatarios.

Por último, debe señalarse que, en materia de derechos humanos previstos en la CEDAW, resulta válido analizar también las recomendaciones emitidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual tiene el encargo de dar seguimiento a la aplicación de la Convención y se dirige a los Estados que han ratificado la Convención con la finalidad de

indicarles cuáles medidas deben adoptarse para cumplir con lo que la Convención establece.

En concreto, la recomendación n.º 19 del 29 de enero de 1992 refiere la violencia contra las mujeres y, en el apartado titulado *Observaciones sobre disposiciones concretas de la Convención*, artículos 16 /y artículo 5) indica:

r) Entre las medidas necesarias para resolver el problema de la violencia en la familia figuran las siguientes: i) sanciones penales en los casos necesarios y recursos civiles en caso de violencia en el hogar; [...]

Además dispone:

[...] t) Los estados adopten todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para prestar protección eficaz a las mujeres contra la violencia dirigida contra ellas, incluidas entre otras: i) medidas jurídicas eficaces, incluidas sanciones penales, recursos civiles y disposiciones de indemnización para proteger a la mujer contra todo tipo de violencia, incluida la violencia y los malos tratos en la familia, [...].

Se observa de lo prescrito en la recomendación que el Estado debe enfrentar de dos formas la violencia en el hogar, a saber: las sanciones penales como medidas para resolver el problema de la violencia; pero también las concibe como medidas para prestar protección eficaz a las mujeres víctimas de violencia.

Entonces, debe concluirse que si el Estado costarricense se comprometió al ratificar la CEDAW, a cumplir con esos compromisos y los de las recomendaciones del comité, debe ser vigoroso en vigilar que se resuelva el problema de la violencia en la familia y que se proteja eficazmente a las mujeres de la violencia, con la imposición de sanciones penales en los casos necesarios. Ello implica asegurarse de que se interpreten el ámbito de aplicación y el elemento de los tipos penales “unión de hecho declarada o no”, de conformidad con los instrumentos de derechos humanos de las mujeres; es

decir, con un criterio inclusivo y que garantice el derecho de las víctimas a una vida libre de violencia.

Capítulo tercero:

La jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación de Cartago. Ejemplo de una interpretación adecuada a las normas de los artículos 35, 37, 39 y 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial

La secuencia de los temas que hemos tratado en los dos capítulos anteriores prepara el análisis que se efectuará en este apartado.

Es nuestro propósito señalar que la dicotomía jurisprudencial que se ha originado a partir de la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres responde a una forma diferente de como los jueces y las juezas enfrentan la normativa penal especial que, en este caso, se encuentra ligada a los instrumentos de derechos humanos de las mujeres.

En este caso, por un lado, tenemos la jurisprudencia de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación de Cartago, la cual hemos llamado respetuosa de los derechos humanos de las mujeres y, por otro lado, se halla la jurisprudencia del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José, la cual hemos denominado excluyente y ligada a las normas del Código de Familia.

A propósito de esta situación, la investigadora peruana Gladys Acosta (1997) expresa acerca de la justicia de género:

Gran parte de la dinámica del sistema jurídico reposa en la creatividad de quienes deben aplicar la justicia. Los Jueces tienen que convertirse en elementos activos en la discusión judicial para poder resolver mediante la interpretación las contradicciones surgidas al interior de un sistema que está en proceso de ajuste.

A esta idea agregamos que la interpretación debe estar orientada por la equidad y la justicia, de modo que se consigan los fines que se señalan en el artículo 35 del Código Iberoamericano de Ética Judicial; es decir, realizar la justicia por medio del derecho.

El análisis de la jurisprudencia en torno al ámbito de aplicación de la LPVCM evidencia, en primer término, que la interpretación de las normas jurídicas es una actividad que requiere conocimiento de las normas jurídicas y sus principios; pero también requiere una orientación ética que puede venir determinada por la aplicación de normas de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico.

De este modo, si se acoge el contenido de estas normas para juzgar las situaciones concretas sometidas al conocimiento de la jurisdicción penal, como en el caso de la jurisprudencia de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación de Cartago, se llegará a una aplicación más equitativa de una ley especial inspirada precisamente en esas normas de derechos humanos de las mujeres.

De seguido examinamos, de modo más concreto, la relación entre los artículos 39 y 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial y la jurisprudencia que la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres ha interpretado, de conformidad con lo que su artículo tercero dispone; es decir, determinar su ámbito de aplicación y el elemento normativo unión de hecho de los tipos penales a las normas de la Convención de Belem do Pará.

a. **Acerca del artículo 37**

La aplicación de las normas de la Convención de Belem do Pará en la interpretación de la Ley de Penalización implica –en el mismo sentido que lo propone esta norma– que sin transgredir el derecho vigente, porque las convenciones han sido incorporadas al ordenamiento jurídico costarricense, desde el siglo pasado, el juez equitativo toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento que se pueden extender a todos los casos sustancialmente semejantes.

En la aplicación de la LPVCM, las peculiaridades del caso implican que las normas de interpretación deben tender a considerar que el fenómeno de la violencia de género debe ser analizado de acuerdo con normas que se ocupan particularmente de esa materia, como las convenciones internacionales –en especial la de Belem do Pará– de modo que los criterios que puedan

extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes surjan como resultado de la labor de interpretación del juez.

Así, para el caso de la LPVCM, no se debe excluir a las víctimas de la aplicación de la ley por el empleo de criterios excluyentes que no son coherentes con los valores del ordenamiento, sino que responden a una interpretación formal y apegada a un nombre jurídico, sin valorar los principios de justicia y equidad que deben guiar la interpretación, para que esos criterios inclusivos se puedan extender a todos los casos sustancialmente semejantes; es decir, a todas las víctimas que reclaman a su favor la protección de los tribunales penales en razón de la discriminación que han sufrido por su condición de género.

b. Acerca del artículo 39

Esta norma se refiere a que, en los procesos, la consideración de la equidad debe guiar el logro de una efectiva igualdad de todos ante la ley. En la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de conformidad con las convenciones de derechos humanos de las mujeres, la determinación de su ámbito de aplicación surge de la jurisprudencia analizada de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación de Cartago y es conforme con la equidad, porque no hace diferencia entre las víctimas en términos de tiempo de convivencia o de que tengan o no libertad de Estado. Al contrario, logra la efectiva igualdad de aquellas que deben ser protegidas de conformidad con la finalidad de la ley señalada en el artículo primero.

En tanto, la interpretación del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial y del Tribunal de Casación de San Cruz de Guanacaste, que se realiza de acuerdo con el artículo 242 del Código de Familia, excluye a la mayoría de las víctimas de violencia de género del ámbito de aplicación de la ley, por no cumplir con los requisitos de una unión de hecho que no define una forma de convivencia, sino una serie de requisitos para que la disolución de una relación de convivencia tenga efectos patrimoniales iguales a los de la disolución del matrimonio.

Así, el acento se pone en los requisitos de tiempo de convivencia, libertad de estado, estabilidad, y el resultado es que no hay una efectiva igualdad para esas víctimas, porque la equidad demanda que todas las víctimas tengan acceso a la protección de sus derechos según la ley. El primero de ellos es poder acceder a la justicia del modo que lo prevé una norma penal especial que tiene como su fuente de interpretación a los instrumentos de derechos humanos de las mujeres.

En el caso de la jurisprudencia del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial, las diferencias entre las víctimas de la violencia de género que han denunciado a sus compañeros por delitos en su contra se construyen a partir de las razones ajenas a la protección que la ley busca. Se amparan unas y se excluyen otras con el resultado de que el denunciado resulta absuelto por no cumplir la convivencia con un requisito como la libertad de estado.

No solo resulta contrario a la equidad, sino también absurdo y cruel que excluya esa consideración de la aplicación de la ley. Se absuelve al imputado y se le impide a la mujer el acceso a la justicia por hallarse casada en el Registro Civil y haber iniciado una relación de convivencia con otra persona, lo que nos lleva a la conclusión de que, en este caso, lejos de proteger el ordenamiento a la víctima, con la aplicación restrictiva de la ley, sanciona a la víctima por haberse unido en convivencia, estando casada en el Registro Civil, y se deja de lado la consideración de que tiene derecho a la protección que la ley brinda con independencia de cuál sea su estado civil. Lo que importa es su condición de víctima de una práctica de discriminación por razón de género.

La equidad demanda entonces que el ámbito de aplicación de la ley esté determinado por los instrumentos de derechos humanos de las mujeres, de conformidad con lo que sus artículos primero, segundo y tercero disponen.

c. Acerca del artículo 40

La jueza y el juez deben sentirse vinculados no solo por el texto de la ley, sino también por las razones en que se fundamentan. En el análisis de la jurisprudencia que hemos efectuado *supra*, se evidencia que, en la jurisprudencia excluyente del Tribunal de Casación del Segundo Circuito

Judicial y del Tribunal de Casación de Santa Cruz de Guanacaste, existe una vinculación con una definición de unión de hecho contenida en el Código de Familia; es decir, con un “nombre” contenido en el artículo 242 de ese cuerpo legal, lo que implica que el juez y la jueza se limitan en su interpretación al texto que la ley vincula y no a las razones que fundamentan su aplicación, los artículos primero y tercero que vinculan la aplicación de la ley a las convenciones internacionales de derechos humanos, en general y, en particular, la CEDAW y la Convención de Belem do Pará, instrumentos de derechos humanos de las mujeres.

En la jurisprudencia analizada, se evidencia que la interpretación conforme al texto de las normas jurídicas contenidas en el Código de Familia (artículo 242) conduce a una interpretación restrictiva y excluyente de las víctimas.

Por su parte, de conformidad con las razones en las que la ley se fundamenta, determinadas por sus artículos primero, segundo y tercero, la interpretación origina una visión equitativa de la ley que permite recibir la protección de sus derechos a todas las mujeres mayores de edad y entre los 15 y los 18 años, víctimas de violencia de género, en virtud de la aplicación de una ley especial, en cumplimiento de las convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres que son las razones en que se fundamenta.

Del análisis efectuado, se concluye, entonces, que en el caso de la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, la interpretación de su ámbito de aplicación y del elemento normativo de los tipos penales que contemplan la unión de hecho declarada o no que surge de la jurisprudencia de la Sala Tercera y el Tribunal de Casación de Cartago es adecuada a las normas contenidas en los artículos 35, 37, 39 y 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

Lo anterior demuestra que la incorporación de las normas de las convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres conduce a una interpretación de las normas de la LPVCM adecuada a sus fines de 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.

Conclusión

El propósito que nos planteamos al iniciar este trabajo fue abordar el análisis de una situación actual y concreta del ordenamiento jurídico penal costarricense, la aplicación de la LPCVM que, en nuestro criterio, muestra claramente que una interpretación de la ley conforme a las normas contenidas en los instrumentos de derechos humanos de las mujeres supone no solo la fidelidad al propósito del legislador, expresado en el texto de su artículo primero, sino que se ajusta a los criterios éticos plasmados en los artículos del Código Iberoamericano de Ética Judicial que se dedican al tema de la justicia y la equidad y su relación con el quehacer de los jueces y las juezas iberoamericanos.

Lo propuesto se convirtió en un reto intelectual que ha implicado abordar en un sentido amplio la LPVCM, desde el trámite legislativo del expediente n.º 13874 que dio origen a su promulgación, el examen de las resoluciones de la Sala Constitucional y su relación con las normas de derechos humanos de las mujeres que vienen establecidas claramente en las normas generales y que vinculan necesariamente toda interpretación de esa ley especial.

Luego de examinar el modo en que la LPVCM se encuentra indisolublemente unida a la CEDAW y la Convención de Belem do Pará, nos abocamos al análisis de la dicotomía jurisprudencial que la aplicación de la ley ha originado a partir del 2009.

Por una particularidad del ordenamiento procesal costarricense, superada en virtud de la entrada en vigencia de la Ley N.º 8837, "Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal," promulgada el 29 de abril de 2010 y publicada en la Gaceta

n.º 111 del 9 de junio de 2010 que entró a regir el 9 de diciembre de 2011, la aplicación de la LPVCM dio origen -en virtud de las resoluciones relacionadas con los recursos de casación interpuestos por las partes- a dos corrientes jurisprudenciales, una que llamamos excluyente, por fundamentarse en el artículo 242 del Código de Familia y otra adecuada a las normas de interpretación que la propia ley señala.

Hemos examinado los argumentos extraídos de las resoluciones en un sentido y en otro, para llegar a la conclusión de que las razones expuestas en la jurisprudencia excluyente para justificar una interpretación legal de conformidad con el Código de Familia no son admisibles, porque no respetan lo dispuesto en la LPVCM acerca de que su interpretación debe ser acorde con la CEDAW y la Convención de Belem do Pará.

Pero además de no ser adecuada al propósito de la ley, la interpretación excluyente impide -y así se demuestra con sendos ejemplos- el acceso a la justicia a las víctimas que sufren violencia de género a manos de sus esposos o convivientes, y establece diferencias entre las víctimas que afectan la igualdad en la protección que el legislador establece en las normas generales de la LPVCM.

En razón de que no podía considerarse completo el análisis, sin abordar el estudio de la jurisprudencia de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación de Cartago, también examinamos los argumentos de esas sentencias que acogen como criterio de interpretación las convenciones citadas.

Así se origina una aplicación de LPVCM inclusiva y acorde con la finalidad de la ley y de sus fuentes de interpretación que no crea diferencias entre las víctimas protegidas por la ley, al sancionar a los autores de las conductas típicas previstas, sin considerar el tiempo de convivencia, si la unión se mantiene en el momento de la conducta denunciada y/o la libertad de estado de los convivientes.

Agregamos a ese análisis un párrafo relacionado con la necesaria incorporación a la interpretación examinada de las normas de la CEDAW y de la recomendación n.º 19 de 1992, cuyos señalamientos a los Estados

signatarios de la Convención comprenden el deber de adoptar las medidas necesarias para resolver el problema de la violencia en la familia, entre las cuales se mencionan sanciones penales, pero también se conciben como medidas para prestar protección eficaz a las mujeres víctimas de violencia.

Después de ese examen de la jurisprudencia, nos pareció pertinente enfrentar la jurisprudencia inclusiva y respetuosa de la finalidad y fuentes de interpretación de la LPVCM a las normas comprendidas en los artículos 35, 37, 39 y 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial. A partir de ese enfrentamiento, hemos concluido que la jurisprudencia originada en la Sala Tercera y el Tribunal de Casación de Cartago responde a una actividad jurisdiccional que observa esa guía ética contenida en esas normas.

De este modo, por medio de la aplicación del derecho, del que la LPVCM forma parte, se ha logrado realizar la justicia, pues respecto a cada víctima que ha recibido protección en virtud de la aplicación de la LPVCM, se ha cumplido ese cometido ético de la actividad jurisdiccional, en virtud del apego a la noción de justicia presente en los instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres.

La consideración de las normas de la CEDAW y de la Convención de Belem do Pará garantiza criterios de justicia y equidad en la actividad jurisdiccional, y esto no es un aserto carente de demostración.

Al contrario, el análisis de los criterios jurisprudenciales surgidos a partir de la promulgación de la LPVCM, plasmados en la jurisprudencia analizada de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación, conduce a la conclusión de que se garantizan el acceso a la justicia y la protección de las víctimas, lo que no ocurre con la jurisprudencia excluyente que considera las normas de las convenciones citadas como externas al ordenamiento jurídico costarricense en la medida que requieren, según esta postura, introducirse al ordenamiento mediante la promulgación de leyes que sí serían aplicables en los casos sometidos a los tribunales.

También se han vinculado al texto del artículo 242 del Código de Familia sin tomar en cuenta las razones que fundamentan la LPVCM, plasmadas en la

CEDAW y la Convención de Belem do Pará, lo que ha dado origen a su jurisprudencia excluyente y que no se adecua a los lineamientos del Capítulo quinto del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

Abreviaturas

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

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

LPVCM: Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.

Referencias

Acosta Vargas, G. (1997). Una luz al final del túnel: La justicia de género. En M. E. Gómez Cortés y H. Amoretti Orozco (Comp.). *Antología del curso de Sensibilización sobre La Penalización de la Violencia contra las Mujeres*. Primera Edición. San José, Costa Rica: Programa de Educación Continua, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y otros.

Camacho, R. (2003). *Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres*. Primera reimpression. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Hernández Céspedes, E. y Ramírez Cover, A. (2009). *La inconstitucionalidad de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres: Un análisis a nivel de los tipos penales y su aplicación*. Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Normativa nacional

Asamblea Legislativa. (2007). *Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A.

Normativa internacional

Asamblea General de las Naciones Unidas (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En: *Acercándonos a los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres*.

(1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En: *Acercándonos a los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres*.

Jurisprudencia

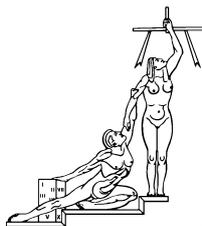
- Voto 2313 -95, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las dieciséis horas con dieciocho minutos del nueve de mayo de 1995.
- Voto 06576-2003, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José a las catorce horas con treinta y cinco minutos del nueve de julio de 2003.
- Voto 3441-2004, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo de 2004.
- Voto 0419-2004, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las nueve horas con cuarenta y siete minutos del siete de mayo de 2004.
- Voto 1800-2005, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las dieciséis horas con veinte minutos del veintitrés de febrero de 2005.
- Voto 2008-000764, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las nueve horas con cincuenta minutos del diez de septiembre de 2008.
- Voto 2008-018884, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las trece horas con treinta y cuatro minutos del diecinueve de diciembre de 2008.
- Voto 1218-2009, Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial, San José, de las catorce horas con veinte minutos del cuatro de noviembre de 2009.
- Voto 00372 -2009, Tribunal de Casación de Cartago, Cartago, de las dieciséis horas con cuarenta y seis minutos del treinta de noviembre de 2009.
- Voto 1395-2009, Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial, San José, las once horas con veinte minutos del diecisiete de diciembre de 2009.
- Voto 01416-2010, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las nueve horas con veinticinco minutos del veintidós de diciembre de 2010.
- Voto 0037 -2011, Tribunal de Casación de Cartago, Cartago, de las quince horas con cinco minutos del nueve de febrero de 2011.
- Voto 2011-00214, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, de las nueve horas con cuarenta minutos del cuatro de marzo de 2011.
- Voto 00149 -2011, Tribunal de Casación de Guanacaste, Santa Cruz, de las trece horas con siete minutos del veintidós de junio de 2011.

Bases para la recepción de obras

1. Los *Cuadernos de ética judicial* son publicaciones periódicas del Consejo de Notables del Poder Judicial, en coordinación con la Escuela Judicial, cuyo objetivo es optimizar el conocimiento en relación con la ética e incentivar su aplicación en el quehacer judicial.
2. La publicación está dirigida a las personas servidoras judiciales, académicas, docentes y estudiantes de Derecho, ética y ramas afines.
3. Las colaboraciones que se envíen para su valoración deben versar sobre temas relacionados con la ética judicial y deben estar escritas siguiendo las reglas de redacción moderna, utilizando el formato APA.
4. El envío de las colaboraciones no implica su publicación automática, la cual dependerá del dictamen positivo del Consejo Editorial. Se pueden realizar consultas con especialistas sobre los contenidos de las obras, si se considera necesario. El Consejo de Notables del Poder Judicial se constituye como Consejo Editorial de los Cuadernos de Ética Judicial.
5. Cualquier persona nacional o extranjera, trabajadora o no del Poder Judicial podrá remitir colaboraciones que indiquen sus cualidades: nombre completo, número de identificación, formación y grado académico, lugar de trabajo, número de teléfono y correo electrónico de contacto. Podrá agregar un resumen curricular no mayor a una cuartilla, si lo desea.
6. Se recibirán ensayos, revisiones y comentarios de libros, experiencias o reflexiones. En el caso de colaboraciones que refieran a experiencias o similares, donde se mencionen casos de personas, despachos u organizaciones concretas, deberá contarse con las autorizaciones por escrito respectivas.
7. En el caso de que las colaboraciones hayan sido expuestas en congresos o ponencias de cualquier tipo, los datos de estas deberán ser señalados a la hora de enviar el material para su valoración.
8. Las colaboraciones deberán ser remitidas digitalmente al correo electrónico consejo-notables@poder-judicial.go.cr en formato .doc, .docx o .rtf. Deberán presentarse en tipografía Arial o Times New Roman, con doble espacio y tener una extensión entre 10 y 50 páginas, tamaño carta. El Consejo Editorial valorará la conveniencia de publicar colaboraciones que no cumplan o excedan con la extensión señalada.
9. Las colaboraciones deberán ser originales, inéditas y no estar comprometidas o en valoración para ser publicadas por ningún otro medio. Las personas autoras serán las responsables exclusivas de los contenidos e ideas expresadas en sus obras.
10. Todas las citas textuales, paráfrasis y fuentes deben estar debidamente acreditadas utilizando el formato APA. Se rechazarán las colaboraciones

que cuenten con copias textuales o de ideas de otras personas autoras, sin que se haya reconocido la fuente original.

11. Las personas que remitan sus colaboraciones se deben comprometer a no someterlas a valoración de ningún otro medio mientras no se conozca en dictamen aprobatorio o denegatorio de publicación por parte del Consejo Editorial. Deberá realizarse dicho dictamen en un plazo no mayor a seis meses una vez recibida la colaboración.
12. Las colaboraciones aprobadas para publicación serán sometidas a revisión y corrección filológicas.
13. Las personas colaboradoras deberán presentar la fórmula para ceder sus derechos para la publicación, a favor de *Cuadernos de ética judicial*, la cual será facilitada una vez que se tiene la comunicación afirmativa para su publicación. En la publicación se realizará el reconocimiento de la autoría y se incluirán el nombre completo, formación, grado académico y puesto.
14. El envío de colaboraciones supone la comprensión y aceptación de las presentes bases.



PODER JUDICIAL